



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-00594-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: GRACO ALFONSO PINZÓN CASAS
DEMANDADO: BANCO POPULAR S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación presentado por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de junio del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declare que fue trabajador oficial a partir de su vinculación al Banco Popular; se CONDENE al Banco Popular a reliquidar y reajustar las cesantías definitivas liquidadas como consecuencia de la indebida liquidación del salario base de liquidación, primas y prestaciones legales y extralegales y tiempo laborado, conforme la normativa convencionales y legal considerando los factores salariales legales y reales; que se CONDENE al Banco Popular a reliquidar y reajustar los



intereses legales de las cesantías; se CONDENE a pagar las primas extralegales semestrales de junio y diciembre dejadas de pagar en el transcurso de la relación laboral desde el año 2000 y las dejadas de pagar en la liquidación definitiva de cesantías y prestaciones sociales, las cuales deben ser liquidadas conforme al salario realmente devengado; se CONDENE a pagar las primas extralegales semestrales de mayo y noviembre indebidamente liquidadas y pagadas al demandante en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación definitiva de cesantías y prestaciones sociales; se CONDENE al pago de la reliquidación de las primas de vacaciones convencionales indebidamente liquidadas en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación definitiva de cesantías y prestaciones sociales con base al salario legal y real que devengaba el actor en cada período vacacional; se CONDENE a liquidar y pagar las primas legales de vacaciones dejadas de liquidar y pagar al demandante en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación definitiva de cesantías y prestaciones sociales; se CONDENE a reliquidar y reajustar las vacaciones reconocidas indebidamente liquidadas al demandante en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación de cesantías y prestaciones sociales; se CONDENE a reliquidar y reajustar las primas de servicios legales y extralegales indebidamente liquidadas al demandante en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación de cesantías y prestaciones sociales; se CONDENE a pagar la indemnización moratoria, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses convencionales de cesantías insolutos y dejados de reconocer al demandante.

Como pretensiones subsidiarias solicita se condene a reliquidar, reajustar y pagar las primas de servicios semestrales de junio y diciembre pactadas convencionalmente, las primas semestrales de mayo y noviembre liquidadas indebidamente, las primas de servicios convencionales, las vacaciones legales, las primas de vacaciones convencionales, las primas de vacaciones legales, las primas extralegales semestrales de junio y diciembre por lo menos de los últimos 3 años de servicios, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que ingresó a laborar al servicio del Banco Popular el 18 de junio de 1976 como trabajador oficial; que en el transcurso de la relación laboral el contrato de trabajo suscrito con el Banco Popular no fue sustituido, reformado, ni modificado por efectos o como consecuencia de la privatización del banco demandado la cual ocurrió en 1996; que la relación laboral tuvo vigencia hasta el 10 de julio del 2018, es decir, que laboró por más de 42 años; que la relación laboral tuvo una duración total de 15.368 días pero en la liquidación definitiva de cesantías la demandada reconoció un tiempo total de servicios de 15.143 días como laborados por el demandante; que la demandada reconoció en la liquidación definitiva de cesantías un sueldo básico mensual de \$2'412.837 es decir \$126.870 diario; que la cesantía bruta liquidada por la demandada al demandante fue de \$146'640.671.33 en la liquidación final de cesantías; que el banco demandado liquidó y pagó al demandante en la liquidación definitiva de cesantías la suma de \$3'069.266,08 de intereses a las cesantías sobre unas cesantías neta de \$48'462.096; que los intereses a las cesantías al 12% debidamente liquidados ascienden a la suma de \$5'815.451.52; que en la liquidación final de cesantías y prestaciones sociales el Banco dedujo la suma de \$98'178.575,33 a título de pagos parciales; que la demandada omitió pagar la cesantía liquidada u acreditada a fecha de 31 de diciembre de 1979 por la suma de \$36.214.34; que la demandada reconoció y pagó a título de vacaciones finales la suma de \$657.721.49 liquidadas únicamente sobre un sueldo básico diario de \$80.427; que pagó las vacaciones legales en el mes de febrero del 2018 en la suma de \$2'814.976.50 liquidadas únicamente sobre un sueldo básico diario de \$80.427; que la demandada omitió liquidar las vacaciones con el salario promedio de lo devengado por el demandante en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedieron conforme lo dispone el numeral 2° del artículo 192 del CST; que la demandada reconoció y pagó los permanentes auxilios de alimentación y auxilio de transporte pactados en los artículos 10 y 11 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 01 de diciembre del 2011; que el demandante devengó en diciembre de 2017 la suma de \$1'247.396,13 como



prima legal de servicios correspondiente a 15 días; que la demandada le reconoció en el último año de servicio por concepto de prima de servicios convencional la suma de \$5'334.113.44 liquidada únicamente con el sueldo básico; que la demandada le pagó en el último año de servicios en los últimos 5 días de mayo de 2.018, por concepto de Prima Semestral Extralegal de Mayo \$1.206.418.50 liquidada únicamente sobre el sueldo básico mensual; que la demandada reconoció y pagó al demandante en los últimos cinco (5) días de noviembre de 2.017 por concepto de Prima Extralegal Semestral de Noviembre \$1.127.494.00, liquidada únicamente sobre el sueldo básico mensual; que la demandada reconoció y pagó al demandante en febrero de 2.018 por concepto de Prima de Vacaciones convencional \$3.940.967.10, liquidada únicamente sobre el sueldo básico mensual; que la demandada reconoció y pagó al demandante en enero de 2.018, por concepto de Vacaciones Legales \$2.814.976.50 liquidadas únicamente sobre el sueldo básico mensual; que la demandada omitió liquidar y pagar las vacaciones al demandante considerando el salario promedio devengado en el año de causación de las vacaciones; que el Banco Popular S.A. ha suscrito y tiene vigente Convenciones Colectivas de Trabajo, suscritas periódicamente con el sindicato que represente a los trabajadores de la Entidad, de conformidad a las disposiciones propias del Derecho Colectivo de Trabajo; que las organizaciones sindicales que han suscrito Convenciones colectivas de trabajo en el Banco Popular S.A. han sido el Sindicato de Trabajadores del Banco Popular, "Sintrapopular" y la Unión Nacional de empleos Bancarios, "UNEB"; que la normatividad convencional en el Banco Popular ha preservado la vigencia de los derechos adquiridos y el principio de aplicación de la norma más favorable al trabajador, incorporándose a las condiciones de los contratos de trabajo, conforme lo dispone el artículo 467 del C. S. del T.; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo del demandante, se encontraban vigentes las normas convencionales pactadas anteriormente que no fueron modificadas o derogadas por dicha Convención laboral, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1° de diciembre de 2011; que durante el transcurso de la relación laboral el demandante fue afiliado a la UNEB y fue beneficiario legal de las convenciones colectivas de trabajo suscritas por el Banco Popular S. A.; que la demandada descontó al demandante, por nómina, la



cuota como afiliado de organización sindical y beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el Banco demandado con destino a la CUT y la UNEB, organizaciones, de conformidad a lo estipulado legal y convencionalmente; que el Banco Popular S.A., ha reconocido parcialmente al demandante los beneficios convencionales estipulados, durante el transcurso de la relación laboral; que el demandante por estar vinculado al 31 de diciembre de 1.999, además del sueldo básico devengaba anualmente una Prima de Servicios equivalente a noventa (90) días de salario anualmente así: 45 días de salario pagaderos en Junio y 45 días de salario, pagaderos en Diciembre de cada año, por mandato de las convenciones colectivas de 1.961 punto II, artículo 9 convención colectiva del 16 de diciembre de 1999 y convención colectiva del 18 de octubre de 2005, art. 12 numeral 1; que la Prima de Servicios establecida convencionalmente, le fue pagada al demandante indebidamente, en el transcurso de la relación laboral, sin integrar la totalidad del salario legal base de liquidación, para su pago: que por estar vinculado al 31 de diciembre de 1999, además de la Prima de Servicios pactada convencionalmente, la demandante devengó una Prima Extralegal Anual, equivalente a 15 días de sueldo básico mensual, que se cancelaba dentro de los últimos cinco (5) días del mes de Noviembre de cada año, conforme a lo dispuesto en el art. 5 convención colectiva del 3 de enero de 1964, convención colectiva del 12 de diciembre de 1985, art.32 num.2 y art.10 de la Convención Colectiva del 16 de diciembre de 1999; que conforme lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 11 de la Convención Colectiva de trabajo suscrita el 16 de diciembre de 1.999, por estar vinculado al 31 de diciembre de 1.999, además de las primas estipuladas en Laudos y Convenciones, el demandante tenía derecho al pago de una Prima Extralegal Semestral de 15 días de salario ordinario en el mes de Junio y 15 días de salario ordinario en el mes de Diciembre de cada año; que la demandada reconoció y pago al demandante, dentro de los últimos cinco (5) días de los meses de Mayo y Noviembre de cada año, la Prima Extralegal Semestral, prevista en el párrafo segundo del artículo 11 de la Convención Colectiva de trabajo suscrita el 16 de diciembre de 1.999, establecida en 15 de salario, liquidada sobre el sueldo básico mensual únicamente; que la Prima de Vacaciones Convencional, equivalente a 49 días de salario ordinario,



establecida en el literal d) del artículo 26 de la Convención Colectiva del 6 de marzo de 1990 y el artículo 13 de la convención colectiva suscrita el 18 de octubre de 2005, reconocida y pagada en el transcurso de la relación laboral, le fue liquidada por la demandada considerando únicamente el sueldo básico mensual; que al efectuar las liquidaciones de las Primas de Vacaciones Convencionales del demandante el Banco demandado aplicó indebidamente el Parágrafo 2 previsto en el artículo 13 de la Convención del 18 de Octubre de 2.005, en el transcurso de la relación laboral, al reconocer y pagar dichas primas únicamente sobre el sueldo básico mensual que percibía el actor a la fecha de las vacaciones; que en la liquidación final de cesantía, y en el transcurso de la relación laboral, el Banco demandado, omitió liquidar y pagar al demandante la Prima de Servicios convencional, de 45 de salario en el mes de Junio y 45 días de salario en el mes de Diciembre de cada año, conforme al salario promedio devengado en cada periodo semestral; que la demandada omitió incluir todos los factores salariales indicados en el artículo 127 del C. S. del T., y el salario promedio del respectivo período, al liquidar a la demandante la Prima de Servicios pactada convencionalmente; que la demandada en el transcurso de la relación laboral, omitió liquidar la Prima de Servicios al demandante, incluyendo la prima de vacaciones convencional, como factor salarial, en cada periodo de liquidación vacacional, conforme lo preceptuado en el artículo 17 del D.1045/78; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo, el demandante devengaba un sueldo básico mensual de \$2.412.837.00, más un auxilio convencional de transporte de \$113.332.00 y un auxilio extralegal permanente de alimentación de \$226.273.00 Total sueldo básico mensual más auxilios extralegales mensuales permanentes: \$2.752.442.00; que en el último año de servicios la demandada reconoció y pago al demandante las siguientes primas demandante: a) por Prima Extralegal Anual \$1.127.494.00, en noviembre/17 y \$636.720.88 en julio/18. Total \$1.764.214.88 b) por Prima Extralegal Semestral en noviembre: \$1.127.494.00.00 c) por Prima Extralegal Semestral en Mayo: \$1.127.494.00 d) por Prima de Servicios Diciembre/17 (2/3): \$2.494.792.27 e) por Prima de Servicios Junio/18 (2/3): \$2.686.407.73.00 f) por Prima de Vacaciones: \$3.640.967.10; que las primas legales y extralegales pagadas al demandante por el Banco demandado fueron indebidamente liquidadas



sobre el sueldo básico mensual únicamente; que para liquidar la Prima de Servicios convencional del demandante, el Banco omitió como factor salarial la totalidad de las horas extras devengados en cada semestre en el transcurso de la relación laboral; que el demandante a partir del año 1992 percibió una Prima de vacaciones convencional de 49 días de sueldo básico, indebidamente liquidada; que la demandada reconoció y pago al demandante la Prima de Vacaciones Convencional en el mes de febrero de 2.018, por la suma de \$3.940.967.10 considerando únicamente un sueldo básico diario de \$131.365.557, o sea el sueldo básico mensual de \$3.940.967.00; que el Banco omitió liquidarle y pagar proporcionalmente la Prima de vacaciones convencional proporcional, en la liquidación definitiva de cesantía, hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, sobre el salario promedio real devengado por la demandante, en el año de causación; que la demandada omitió liquidar y pagar al demandante la Prima Legal de Vacaciones, en el transcurso de la relación laboral y en la liquidación final de cesantía y prestaciones sociales, conforme Régimen Prestacional de los Trabajadores Oficiales, previsto en los artículos 5, 17, 24, 25 del D.1045/78; que al efectuar la liquidación definitiva o final de cesantía y prestaciones sociales del demandante, la demandada, omitió aplicar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1° de febrero de 1.980, que ordena: “A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva, el Banco Popular liquidara y pagará el auxilio de cesantía de sus trabajadores y los intereses del mismo, con un régimen equivalente al previsto para el Sector Privado.”; que en la liquidación definitiva de cesantía del demandante la demanda omitió tener en cuenta los factores salariales para la liquidación de la cesantía y prestaciones sociales, conforme los artículos 127, 249 y 253 del C. S. del T.; que al efectuar la liquidación definitiva de cesantía del actor, la demandada omitió la totalidad de la Prima de Vacaciones Extralegal debidamente liquidada en base al salario, como integrante de los factores base de liquidación salarial; que el demandante no se acogió a los términos de la Ley 50 de 1.990 para efectos de la liquidación de la cesantía; que la demandada omitió liquidar la cesantía definitiva del demandante, considerando todos los factores salariales del último año de servicios y el salario promedio legal y real devengado por la demandante durante el último año de servicios de



por lo menos \$2.752.442.00 mensuales, o la suma mayor que se demuestre procesalmente, y el número de días efectivo de duración de la relación laboral; que la demandada en la liquidación definitiva de cesantía del demandante indebidamente tuvo en cuenta solo 15.143 días como laborados, cuando en realidad los días laborados por el demandante fueron de 15.368 días, dados los extremos de la relación laboral; que en el último año de servicios la demandada omitió reconocer, liquidar y pagar al demandante la Prima Extralegal Semestral de Junio de 2.014, Diciembre de 2.014 y Junio de 2.015, correspondiente a 15 de salario, conforme lo dispuesto en el Párrafo primero del artículo 11 de la Convención Colectiva del 16 de diciembre de 1.999; que a demandada omitió incluir las Primas Extralegales Semestrales de Junio y Diciembre de 2.014 insolutas, como factor de salario, al establecer el Salario Base de Liquidación, (SBL), en la liquidación definitiva de cesantía, conforme lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 19 de la Convención colectiva del 28 de diciembre de 1.981; que en la liquidación final o definitiva de cesantía la demandada omitió liquidar a la demandante, por concepto de intereses legales definitivos a la cesantía al 12%, que le corresponden, por lo menos, en la cantidad de \$22.007.504.76 (art. 1º Ley 52 de 1975), o la suma mayor que se demuestre procesalmente; que en la liquidación definitiva de cesantía efectuada al demandante y en el transcurso de la relación laboral, la demandada omitió liquidarle y pagar los intereses convencionales del nueve por ciento (9%), conforme lo ordenado en el artículo 25 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 23 de diciembre de 1.971; que la demandada omitió reconocer, liquidar y pagar a la demandante, en la liquidación definitiva de cesantía y prestaciones sociales, la suma de \$163.505.628.57.00, o la suma mayor que se establezca procesalmente, correspondiente al 9% de interés convencional sobre el monto de la cesantía a 31 de diciembre de 2.014, suma que adeuda al demandante; que la demandada adeuda al demandante los intereses convencionales del 9% sobre el monto-de la cesantía liquidada al 31 de diciembre de cada año, por lo menos durante los últimos tres (3) años de la relación laboral; que la demandada adeuda al demandante, por lo menos, \$75.268.335.01, o la suma mayor que se establezca procesalmente, como consecuencia de la indebida liquidación de cesantía, intereses legales y convencionales de



cesantía, liquidadas indebidamente o dejadas de liquidar y pagar; que en el transcurso de la relación laboral y en el último año de servicios, la demandada omitió liquidar y pagar al demandante las vacaciones legales “con el promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior”, como lo ordena el num.2° del artículo 192 del C. S. del T.; que el Banco demandado y el demandante mantuvieron el mismo contrato de trabajo suscrito el 14 de enero de 1976 hasta la terminación del mismo, durante el transcurso de la relación laboral, sin alteración, ni modificación de la condición de Trabajador Oficial del actor; que el Banco Popular S.A., ni sus trabajadores, de ningún modo estuvieron vinculados al Fondo Nacional del Ahorro, por cuanto las cesantías y prestaciones sociales de sus trabajadores fueron y son liquidadas y pagadas directamente a sus empleados por la demandada y finalmente, que el demandante agotó la Reclamación Administrativa, la cual fue resuelta de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, el **BANCO POPULAR**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 2ª, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 12, 17, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 43, 43ª, 53, 60, 61, 65, 66, 67 y 68, manifestó que el 33 no era un hecho y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la base salarial para liquidar las cesantías definitivas del demandante corresponde a CUATRO MILLONES SEISCIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS (\$4.602.820,65), conforme las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR al BANCO POPULAR S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante, el señor GRACO ALFONSO PINZON CASAS identificado con C.C . . _19.277.298, las



siguientes sumas y conceptos de manera indexada al momento de su pago:

- *Por reliquidación de cesantías definitivas e intereses, la suma de CUARENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$49.946.749,87).*
- *Por primas extralegales semestrales de junio y diciembre, la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON TRES CENTAVOS (\$6.500.364,03).*

TERCERO: *ABSOLVER al demandado BANCO POPULAR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.*

CUARTO: *DECLARAR parcialmente PROBADA las excepciones prescripción, pago, inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, y NO PROBADAS las demás, conforme las consideraciones de esta sentencia.*

QUINTO: *COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS_(\$3.500.000) a favor de la parte actora.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que Que se encuentra probado el contrato de trabajo entre el 18 de junio de 1976 al 10 de julio del 2018 en su condición de trabajador oficial; que el último salario promedio fue de \$3'806.102; que no se acogió a la Ley 50 de 1990; que no se encuentra la calidad del demandante dado el cambio de naturaleza de la demandada la cual modificó su naturaleza jurídica de sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado vinculadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la sociedad comercial anónima banco popular s.a. por lo que a partir del 21 de noviembre de 1996 momento en el cual el banco popular fue privatizado en virtud del decreto 1198 de 1995 el actor ya no era considerado como trabajador oficial sin olvidar que la relación laboral perduró desde el 18 de junio de 1976 al 10 de julio del 2018 de manera ininterrumpida en el cargo de cajero y sin perjuicio del derecho pensional del demandante. De la reliquidación de las cesantías definitivas debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 19 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el banco de trabajadores del banco popular y el banco demandado en 1981; que al actor le es aplicable las diferentes disposiciones convencionales al ser beneficiario de estas tal y como lo dijo la parte demandada; que al observar la liquidación entregada por el banco demandado se tiene que tuvo en cuenta los siguientes factores para hallar el IBL la prima extra anual, la prima extra diciembre semestral, la prima extra junio semestral, prima de servicios diciembre, prima de servicios junio y prima de vacaciones respecto de los cuales se obtuvo la base de \$3'806.102.50 para una cesantía bruta de \$146'640.671.33 suma a la que se le descontó \$98'178.575.33 por pagos parciales para un total de cesantía neta de \$48'462.096 e intereses finales en monto de \$3'069.266.8 por lo anterior es claro que a la parte actora le asiste razón al decir que la liquidación se realizó de manera errada como quiera que no aparece que respecto del factor de primas se hayan



incluido las primas extralegales semestrales pagaderas para los meses de junio y diciembre y de ahí que el demandante este solicitando el pago de las mismas a partir del año 2000 puesto que ese beneficio se acordó en la convención colectiva de trabajo del año 1999 en ese punto resulta pertinente conceptualizar la decisión con el fundamento convencional empezando por el laudo arbitral del año 1974 que en su artículo 5° estableció el pago de primas extralegales semestrales, posteriormente se continua con este beneficio en la convención colectiva de trabajo de 1980 puntualmente en el artículo 12 estableciendo que a partir de su vigencia el banco popular incrementaría la prima semestral como lo indica el laudo arbitral de 1984 en 15 días de salario ordinario pagaderos 7.5 días en el mes de junio -y 7.5 días en el mes de diciembre de cada año; que más adelante en el artículo 32 de la convención colectiva de trabajo del año 1985 en cuanto a las primas semestrales acordó 1) la prima semestral extralegal prevista en el artículo 8° del laudo arbitral de 1974 y en el art. 12 de la convención colectiva de 1980 se cancelara dentro de los últimos 5 días de los meses de mayo y noviembre 2) la prima extralegal anual del art. 5° de la convención colectiva de 1964 se cancelara dentro de los últimos 5 días del mes de noviembre de cada año y 3) la prima de servicios consagrada en el artículo 2° de la convención colectiva de 1961 no se modifica en sus términos de pago y en el artículo 11 de la convención colectiva de 1999 se estableció sobre la prima semestral extralegal lo siguiente además de la prima que ordenara la ley y las estipuladas en laudos y convenciones el banco pagará a sus trabajadores las siguientes a) 15 días de salario ordinario que se pagara en el mes de junio b) 15 días de salario ordinario que se pagará en el mes de diciembre; la prima extralegal prevista en el art. 8° en el laudo arbitral de 1974 y con la convención colectiva de 1980 se cancelara dentro de los últimos 5 días de los meses de mayo y noviembre; para quienes ingresen a partir del 01 de enero del año 2000; se liquidara con el sueldo básico y no constituirá salario para ningún efecto por tanto no incidirá en la liquidación de prestaciones legales y extralegales incluido el auxilio de cesantía queda modificado el laudo arbitral de 1974 y la convención colectiva de 1985 lo anterior quiere decir que a partir del instrumento sindical de 1999 surgió la obligación a cargo del banco popular de pagar el valor de medio salario ordinario en los meses de junio y diciembre y que las primas extralegales de que trata el artículo 12 de la convención colectiva de 1980 sería pagadera ya no en los meses de junio y diciembre sino en los últimos 5 días de los meses de mayo y noviembre, es decir, que las adeudadas al demandante desde el año 2000 son las establecidas en el artículo 11 de la convención colectiva de 1999 respecto de las que se decidirá su pago más adelante. Retomando con la liquidación de las cesantías definitiva queda claro que en la determinación de los factores para hallar la base salarial se omitió incluir las primas extralegales de los meses de junio y diciembre creadas en el año 1999 conceptos que se incluirán en los cálculos que realizara el juzgado de la siguiente manera conforme a los medios probatorios allegados al proceso teniendo en cuenta lo percibido por el trabajador para el último año de servicios comprendido entre el 10 de julio de 2017 y el mismo día y mes del año 2018; el valor del último salario \$2'412.837, auxilio de transporte \$113.332 y auxilio de alimentación la suma de \$226.269; factor de primas, prima de servicio 2/3 \$288.451, prima extra anual \$607132; prima extra de junio y diciembre \$288.450.54; prima extra de mayo y noviembre \$144.225.27 y prima de vacaciones \$635.342.84; para una base salarial el monto de \$4'602.820.65 se tiene una diferencia a favor del demandante en la suma de \$796.718.15; que se debe tener en cuenta que para la prima de vacaciones el demandado paga un promedio de \$635.342.84 la cual es superior a la que encontró el Despacho al hacer las operaciones aritméticas y por tanto al resultarle más conveniente al trabajador es que la liquidación definitiva se liquidó con ese valor; que así las cosas una vez se realizaron los cálculos se obtuvo como cesantía bruta la suma de \$193'612.536.39 que al descontar los pagos parciales que corresponden al monto de \$98'178.575.33 se tiene como cesantía definitiva neta el monto de \$95'433.961.9 circunstancia que hace variar el valor reconocido de intereses sobre las cesantías finales y que se



determinan en \$6'044.150.86 para un total de \$101'478.111.95, dicho lo anterior, como quiera que la liquidación definitiva de cesantías e intereses no hay discusión sobre el pago a favor del actor en la suma de \$51'531.362 es por lo que resulta procedente descontar dicho valor para que sea condenado el banco demandado a pagar la diferencia a su favor que corresponde a **\$49'946.749.87** suma que deberá ser indexada al momento en que se efectúe el correspondiente pago teniendo en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en concordancia con lo anterior cabe advertir que las pretensiones principales relacionadas con la reliquidación de las primas extralegales de junio y diciembre y mayo y noviembre y prima de vacaciones para efecto de liquidar la cesantía definitiva consecuentemente quedaron igualmente resuelta en lo que respecta a prima legal de vacaciones y prima de vacaciones desde ya debe aclararse con fundamento en el concepto dado por la sala del servicio civil del consejo de estado que si en una convención colectiva se establece una prima de vacaciones en cuantía superior a la señalada en el artículo 25 del Decreto 1045 de 1978 no puede entenderse que se está creando una prestación extralegal lo que sucede es que se aumenta dicho valor para los trabajadores oficiales quienes tendrán derecho a que se les reconozca dicha prima conforme lo dispuesto en la convención colectiva de trabajo en ese entendido para el caso del banco popular el art. 22 de la convención colectiva de 1985 y en síntesis en lo que le interesa a esta decisión se pactó que a partir del 01 de enero de 1986 la prima de vacaciones que ya se venía reconociendo se pagaría según la antigüedad es decir que para los trabajadores entre 1 y menos de 5 años de servicio corresponde a 28 días de salario ordinario; entre 5 y 10 son 34 días de salario, entre 10 y 15 años 37 días de salario y para los trabajadores con 15 o más años como es el caso del demandante sería 40 días de salario. Al respecto recuérdese que el Despacho para efectos de liquidar la cesantía definitiva determinó que le resultaba más favorable lo pactado por el demandada por concepto de prima de vacaciones revisión que no sólo se hizo para el último año de servicios sino para los anteriores y que la demanda solo se ciñe a manifestar que tal emolumento se liquidó indebidamente sin que precise el origen de las diferencias reclamadas por consiguiente se absolverá de esta pretensión al banco popular. Sobre la pretensión para que se reliquide el concepto de vacaciones se tiene que no puede olvidarse que el demandante en su momento mantuvo la calidad de trabajador oficial y por ende en principio le era aplicable el régimen de vacaciones estipulada para esta clase de servidores públicos conforme lo previsto en el art 8 del Decreto 1045 de 1978 esto es 15 días hábiles de vacaciones por cada año de servicios salvo lo que se disponga en normas o convenciones especiales que para el caso del banco popular dicho concepto fue discutido en la convención colectiva de 1964 señalando que durante su vigencia el pago del auxilio de vacaciones es en suma igual al 50% del sueldo; que a partir del 21 de noviembre de 1996 momento a partir del cual el banco popular fue privatizado mutando su naturaleza jurídica de pública a privada el actor ya no era considerado como trabajador oficial y por lo tanto la revisión de lo pagado por concepto de vacaciones debe sujetarse en primer lugar al término prescriptivo al haber sido propuesto por la demandada y de otra parte de conformidad con lo establecido en el artículo 186 y s.s.; que si se observan los pagos realizados para vacaciones por lo menos para los últimos 3 años no se concluye ninguna inconsistencia en favor del trabajador y que el pago resulta superior a lo legalmente establecido. Que si lo que reclama es el valor de lo pagado lo mínimo era que indicara en donde estaba la diferencia reclamada, lo cual no sucede por lo que absuelve. En cuanto a las primas extralegales semestrales de junio y diciembre y mayo y noviembre debe recordarse que el artículo 12 del acuerdo sindical se observa que dichos emolumentos se le reconocieron al demandante no así las establecidas en el art. 11 que dice que los trabajadores tienen derecho al pago de 15 días ordinarios que se pagarían en el mes de junio y 15 días en el mes de diciembre los cuales no aparecen reconocidos por lo que se condenará a pagar la suma de \$6'536.400.3 suma que debe pagarse de manera indexada teniendo en cuenta que operó el fenómeno prescriptivo desde



19 de julio del 2015. Que el banco olvidó incluir la prima de servicios como factor salarial afirmación que no es correcta como quiera que la norma convencional para la liquidación de las cesantías no incluyó esa prima de servicio convencional y por otro el apoderado de la parte actora incluye una errada interpretación del punto segundo de la convención colectiva del trabajo del 31 de agosto de 1961 puesto que lo dicho allí acerca de que las primas extralegales al mes del sueldo establecido integraran con él esa prestación especial para todos los efectos legales no puede ser extensivo a todo el procedimiento para liquidar la cesantía definitiva y entenderse en tal sentido sencillamente porque así no se acuerda establecido en el acuerdo convencional del año 1961. Frente al pago que se pretende por intereses a las cesantías se tiene que convencionalmente se acordó el pago del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuren a favor del trabajador por concepto de cesantías consolidada y que no haya sido utilizada para compra de vivienda posteriormente se acordó que las cesantías y los intereses serían liquidado con un régimen similar al del sector privado, por lo que los intereses del 9% desaparecieron con la convención colectiva de 1980 por lo que no hay lugar a imponer condena por ese concepto en cuanto a la indemnización moratoria conforme el criterio de la CSJ tal indemnización no procede de forma automática que no se advierte un ánimo defraudatorio por lo que absuelve de dicha pretensión

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que 1) en cuanto a las vacaciones: que bien señaló el Despacho que el actor ya no era trabajador al momento en que terminó la relación laboral porque por efecto de la sustitución patronal de 1996 lo que se presentó en el banco fue una sustitución empresarial que el art. 67-70 CST señala que las obligaciones contraídas por el antiguo patrono continúan vigente y, que los contrato permanecen inalterables e inmodificables en los eventos de la sustitución patronal que ocurrió en 1996 solicita se tenga en cuenta que fue trabajador oficial hasta la terminación del contrato; que el contrato no sufrió ninguna modificación; el banco popular continuo siendo la misma entidad y con las mismas funciones y que al no haber alteración en el contrato al momento de la sustitución patronal el contrato se mantuvo en las mismas condiciones como trabajador oficial. Que la demandada liquidó erróneamente la cesantía del demandante al no tener en cuenta que el actor laboró durante 42 años y 21 días continuos e ininterrumpidos sin un día de ausentismo y que su contrato duró 15.362 días dados los extremos de la relación laboral que este tiempo no fue el que tuvo en cuenta el banco para liquidar la cesantía del demandante. Que de otro lado se tiene que el banco popular aplicó una congelación de cesantías equivalente a \$30.521.53 (fl. 352-353) donde se evidencia una resolución



administrativa alterna del banco en la cual so pretexto de la aplicación de una convención colectiva contraria a derecho le congelaron supuestamente las cesantías al demandante al 31 de diciembre de 1979; que la figura de la congelación de las cesantías no existe en el ordenamiento legal luego esa congelación era ilegal e improcedente; que con el pretexto de aplicar dichas normas el Decreto 3118 del 68 téngase en cuenta que lo que hizo esa norma fue crear el fondo nacional del ahorro para administrar las cesantías de los empleados públicos, pero que el demandante no era empleado público, sino trabajador oficial de tal manera que no se le puede aplicar esa normativa; que se tenga en cuenta que para el año en que el actor se vinculó al banco popular era una sociedad de economía mixta del ordena nacional adscrita al ministerio de hacienda y que en 1996 transformó su condición legal a sociedad anónima en virtud de que el estado vendió el 80% de las acciones que poseía el ministerio de hacienda; que esa venta no afectó las condiciones del trabajador; que esas normas son ineficaces como lo regula el CST en su artículo 43 y lo ratifica el art 109 que dice que esas normas no producen efectos si desmejoran las condiciones del trabajador; que si como lo dice el Despacho el actor ya no era trabajador oficial debió aplicar para liquidar las vacaciones la normativa propia del CST, que en el art. 192 ordena como debe liquidarse el monto de las vacaciones legales, las cuales debió liquidarse conforme a la disposición convencional.

El apoderado de la parte demandada indica que previó a interponer recurso solicita aclaración de la forma en que se llega a la suma de reliquidación de las cesantías pues no se indicó el tiempo tomado.

La falladora de primera instancia señala: la liquidación definitiva cesantías con el último salario \$2'412.837 sin que se haya probado en el plenario un valor distinto y así con la relación de pagos aportado por el banco demandado fl. 367, se obtuvo como auxilio de transporte la suma de \$113.332 y como auxilio de alimentación la suma de \$226.269, estos emolumentos conforman el primer factor contenido en la convención colectiva de trabajo del año 1981, para el caso del demandante no se causó el segundo factor contemplado en la norma convencional y, en lo que respecta al tercer valor corresponde a las primas causadas por el



demandante en el último año de servicios que corresponde a las siguientes: prima de servicios se tuvo en cuenta las 2/3 partes en monto de \$288.451; por prima extralegal anual \$607.132; por prima extralegal semestral la suma de diciembre y junio \$288.450.54; por prima extrasemestral que se paga en mayo y noviembre la suma de \$144.225.27 y por prima de vacaciones la suma de \$635.342.84, esto arroja un total de \$ 4'602.820.65 debiéndose aclarar que para cada una de las primas se tomó 1/12 con excepción de la prima de servicios

El apoderado del demandado insiste en que no se ha indicado el factor de tiempo.

La falladora de primera instancia señala que fue en los mismos extremos que planteó el banco en la liquidación desde la fecha de ingreso – 18 de junio 1976- hasta la fecha de retiro -10 de julio de 2018- y se le descontó el pago parcial que se hizo en esa liquidación.

El apoderado del **banco demandado** interpone recurso de apelación señalando no estar de acuerdo con la base salarial y con las condenas impuestas; que el juzgado se equivocó cuando toma un tiempo de servicios de 15.142 días que corresponden a la fecha de ingreso al retiro y con ese factor de tiempo multiplica un inexplicable salario base de \$4'602.820.65 equivocándose el juzgado a pesar de haber analizado las convenciones colectivas, pues el auxilio de cesantías del demandante como se anunció desde la contestación de la demanda se rige por el art. 15 de la convención colectiva de 1980 oportunidad en la cual los trabajadores del banco popular ante la naturaleza jurídica de esa patronal acordaron que el auxilio de cesantía a 31 de diciembre de 1979 se liquidaría y se congelaría y se pagaría como de hecho esta debida pagado y lo establece la Resolución N° 342 de 1979 en donde se liquidó el auxilio a 31 de diciembre de 1979, lo cual no fue tenido en cuenta que a partir del 01 de enero de 1980 es que hay retroactividad de las cesantías. Que el factor de tiempo correcto es de **13.870** días, desde el 01 de enero de 1980 a 10 julio de 2018, por lo que no puede el juzgado violar la convención colectiva y desatender los acuerdos que hicieron las partes. El segundo error es cuando dice que el banco omitió



pagar las primas de servicios extralegal el juzgado omitió analizar copia de los acumulados de nómina en los que se evidencia los pagos realizados durante la relación laboral; que en ningún momento omitió algún pago. Que no se percata que en el banco popular hay una prima convencional que se encuentra pagada. Que tampoco se percata que hay una prima extralegal semestral que se encuentra pagada. Que tampoco se percata que la prima extralegal anual se encuentra debidamente pagada y que hay una prima de vacaciones que se encuentra cancelada. Que el juez inventa que hay otra prima de servicios que no se canceló pareciera que confundió la prima legal de servicios art. 306 con la prima extralegal semestral, indicando que no pagó el banco, cuando si se pagó. Que la juez ordena el pago de primas supuestamente no canceladas lo cual no es cierto. Que no es posible que si desde 1999 se creó una nueva prima según el juzgado no es posible que el actor no haya solicitado su pago desde 1999 casi 20 años y entonces nunca la pago. Que además integra ese valor al salario para liquidar las cesantías. Que las primas como tercer factor de salario art. 19 de la convención 1980 que se deben liquidar conforme a lo devengado en el último año no lo causado en el último año; que lo causado es lo que se debe incluir para la liquidación del valor del auxilio no lo devengado porque eso es totalmente diferente; en ese tercer factor el juez explicó que había incluido el pago de una prima de servicios convencional diferente a la prima legal de servicios \$432.960 eso fue lo que devengó en el último año de servicios; hay una prima extralegal semestral \$194.858; una prima extralegal anual \$97.429 y una prima de vacaciones \$328.414 en ningún momento los valores que la señora Juez dice encontró, ni mucho menos que el banco hubiera omitido pagar una prima extralegal en la liquidación final de prestaciones, eso no es cierto, eso es de lo devengado por el demandante es de \$1'053.661 para un total como lo explicó el banco y lo demuestran los acumulados de nómina ; que se debe indicar que el banco liquidó el salario conforme la convención colectiva de trabajo; que el banco popular le pagó todas las primas como se observa en los acumulados de nómina; que el banco no adeuda ningún concepto y que no entienden de dónde sacó el juzgado que se adeuda una nueva prima y, además ordena incluirlo en la base salarial para las cesantías; se critica además que se haya ordenado el pago de los intereses a las cesantías lo cual obedece que al mover de manera equivocada la base



salarial de las cesantías se modifica el valor de los intereses a las cesantías; que no se está de acuerdo en que se ordene la indexación, pues no se adeuda ninguna suma en conclusión el salario base que halló la juez es una cifra económica disparatada; que el banco no dejó de pagar ninguna prima, ni ningún beneficio extralegal al demandante; luego no existe ninguna obligación de pago, por lo que solicita se revisen los acumulados de nómina. Que viola el juzgado la convención colectiva de 1980 y no explica el motivo por el cual ese equivocado salario de liquidación se debe multiplicar por un factor de 15.142 días que es el factor que arroja el juzgado. Que se critica que no se hallan declarado probadas todas las excepciones.

Teniendo en cuenta que se accedió a una aclaración se le da el uso de la palabra al apoderado del **demandante** quien señaló que se tenga en cuenta que el banco para la liquidación de las cesantías sólo toma el período comprendido entre el 01 de enero de 1980 a la fecha de terminación del contrato que el período comprendido con anterioridad no fue liquidado ni pagado por el demandante ni siquiera bajo el mal concepto de cesantía congelada y en consecuencia procede la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., siendo lo primero indicar que en esta instancia, no se controvierte pues no fue apelado que: (i) entre el Banco Popular y el demandante Graco Alfonso Pinzón Casas existió un contrato de trabajo entre el 18 de junio de 1976 y el 10 de julio del 2018; (ii) que el actor fue beneficiario de las convenciones colectivas suscritas por el banco demandado con el sindicato de trabajadores del Banco Popular “SINTRAPOPOPULAR” y posteriormente, con la Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB” y, (iii) que el banco accionado, desde su constitución hasta el 21 de noviembre de 1996, fue una sociedad de economía mixta del orden nacional, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que a partir de esa fecha, es una entidad bancaria y financiera de carácter privada.



Régimen aplicable ante el cambio de naturaleza jurídica de la entidad

El apoderado de la parte demandante insiste en su recurso en que se declare que el actor ostentó la calidad de trabajador oficial hasta la terminación de su contrato; lo cual no es posible, tal y como lo explicó la falladora de primera instancia, teniendo en cuenta que si bien es cierto con arreglo al Decreto 2186 de 1960 el Banco Popular tuvo el carácter de sociedad de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cierto es, que cambió su naturaleza jurídica a sociedad comercial anónima mediante Escritura Pública 5901 de 04 de diciembre de 1996, es decir que desde la última calenda en cita, se convirtió en empresa del sector privado.

Por tanto, si bien inicialmente algunos de sus servidores tuvieron la calidad de trabajadores oficiales, a partir del 04 de diciembre de 1996 pasaron a ser trabajadores privados, por lo que, a partir de dicha data, la normatividad que regula sus contratos de trabajo es la del CST.

Prima extralegal semestral de junio y diciembre

Frente a este punto hay que advertir que en las convenciones colectivas allegadas únicamente se evidencia la existencia de dos primas extralegales, la semestral y la anual, la primera de las cuales tuvo origen arbitral con tres modificaciones convencionales. Ahora bien, de la expresión “Además de la prima que ordena la ley, y las estipuladas en Laudo y Convenciones” contenida en el artículo 11 de la Convención de 1999, no es dable asumir o concluir que se estuviera creando una nueva prestación distinta a las ya referidas, como equivocadamente lo entendió la falladora de primera instancia, pues, la norma convencional refiere al reconocimiento de 15 días de salario en junio y diciembre de cada anualidad, pagaderos dentro de los últimos días de mayo y noviembre, respectivamente, previsto en el Laudo



Arbitral de 1974, y en consecuencia modifica expresamente todas las normas que la precedían y se referían a la misma prestación -prima semestral-.

Ahora, teniendo en cuenta que la falladora de primera instancia declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las primas extralegales causadas con anterioridad al 19 de julio del 2015, se revisará a partir de dicha fecha si las primas semestrales extralegales fueron o no pagadas por el banco demandado como quiera que su apoderado insiste en que no se adeuda ninguna suma por dicho concepto.

Al revisar el archivo “016ContestaciónDeDemanda” se evidencia que el Banco popular allegó las constancias de los pagos efectuados al demandante en donde se evidencia que desde el 19 de julio del 2015, pues con anterioridad se declaró la prescripción, se le pagó al demandante la suma correspondiente por prima extralegal semestral, la cual fue liquidada correctamente, por lo que se equivocó el fallador de primera instancia al impartir condena por este concepto; razón por la cual se revocará parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada.

Reliquidación de cesantías

El fallador de primera instancia tomó como factores para reliquidar las cesantías el salario básico, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, 2/3 de la prima de servicios, la prima extralegal anual, la prima extralegal semestral de junio y diciembre, la prima extralegal semestral de mayo y noviembre (la cual como ya se indicó no existe) y la prima de vacaciones; sin embargo, el banco demandado insiste en que liquidó correctamente las cesantías y las pago en forma oportuna al demandante.

Para resolver sobre este punto, se debe tener en cuenta como ya sé dijo, que debido al cambio de naturaleza jurídica del BANCO POPULAR S.A. de

empresa de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado a sociedad comercial anónima, la naturaleza del vínculo del actor se vio modificada pasando de trabajador oficial a trabajador particular, y solamente los derechos que se hubieran adquirido en la condición anterior se preservan -como los de tipo pensional-, lo que no ocurrió con la liquidación de las cesantías. En consecuencia, no es posible aplicar preceptos o normativas propias del sector oficial, como el Decreto 1045 de 1978, para incluir la *prima legal de vacaciones* como factor salarial, como lo hizo de manera equivocada la falladora de primera instancia. Ni tampoco podía tener primas diferentes a las estipuladas por las partes en la convención colectiva de trabajo, por lo que se hace necesario liquidar nuevamente las cesantías, para determinar si hay lugar o no acceder a una reliquidación.

Para la liquidación se tomaron los valores certificados por el empleador los cuales no fueron desvirtuados, ni tachados, ni desconocidos por la parte demandante.

Al revisar el artículo 19 de la convención colectiva del 28 de diciembre de 1981 para la liquidación de las cesantías se pactó únicamente la inclusión de factores adicionales al salario, como los gastos de representación, el auxilio legal y convencional de transporte, auxilio de alimentación, las primas técnicas, de estadía, extralegales, de vacaciones convencional y dos terceras partes de la de servicios, horas extras, dominicales, festivos, nocturnos, viáticos y honorarios. Conforme a lo anterior, se obtiene como base para el cálculo de la cesantía definitiva del actor la suma de \$3'724.286; suma incluso inferior a la que tuvo en cuenta el Banco Popular al momento de efectuar la liquidación que fue de \$3'806.102,50.

Factores cesantías	
factor 1	
Sueldo	\$ 2.412.837,00
Transporte	\$ 113.332,00
Auxilio alimentos	\$ 226.269,00
factor 2	
Horas extras	\$ 0,00
Dominicales	\$ 0,00



Festivos	\$ 0,00
Recargo Trabajo Nocturno	\$ 0,00
Viaticos	\$ 0,00
Honorarios	\$ 0,00
Factor 3	
Prima de Vacaciones Convencional	\$ 328.413,92
Prima de servicios (2/3)	\$ 296.339,63
Prima Ext. Semestral	\$ 200.077,95
Prima Ext. Anual	\$ 147.017,00
Total Base Cesantía	\$ 3.724.286,50

Por lo anterior, es claro que se equivocó la falladora de primera instancia al señalar que la base salarial era de \$4'602.820.65 y su error estuvo como ya se dijo en que incluyó dos veces la prima extralegal semestral y en que no tuvo en cuenta que de los factores convencionales se debe tomar el que hubiera correspondido mensualmente de manera proporcional por el periodo que se tiene para liquidar cesantías (último año de servicios) y, que si bien se evidencia que se pagó la prima de vacaciones al actor en octubre del 2017 y nuevamente en febrero del 2018, únicamente es dable tomar esta última para el cálculo correspondiente, pues de lo contrario se estaría contabilizando doble dicho rubro para una misma anualidad.

Por tanto, es claro que le asiste razón al apoderado del Banco Popular al señalar que no hay lugar a modificar la base salarial que se tuvo en cuenta por el Banco para liquidar las cesantías definitivas.

En cuanto al tiempo tomado se evidencia que el banco demandado tomó para liquidar 15.143 días mientras que el demandante insiste en que deben tomarse 15.362 días. Lo primero, que debe indicarse es que en cuanto al reparo de la parte demandante en el que señala que el congelamiento de las cesantías que realizó el banco demandado al 31 de diciembre de 1979 es ilegal e improcedente, no se hará ningún pronunciamiento como quiera que es una pretensión nueva que no se debatió en el presente proceso. En segundo lugar, al revisar la liquidación definitiva de cesantías se evidencia que el banco demandado liquidó las cesantías por todo el tiempo laborado,



esto es, entre el 18 de junio de 1976 y el 10 de julio del 2018, lo que equivale a 15.143 días laborados. Por tanto, no hay lugar a reliquidar las cesantías, pues éstas fueron liquidadas correctamente por el banco demandado.

En consecuencia, habrá de revocarse la sentencia apelada pues al no ser procedente la reliquidación de las cesantías, no procede la reliquidación de los intereses sobre ella y, no hay lugar a indexar ninguna suma de dinero, ni resulta procedente estudiar la indemnización moratoria solicitada por la parte demandante en su recurso, pues no se encontró que el banco demandado adeude alguna suma de dinero por concepto de salarios o prestaciones sociales.

Reliquidación de las vacaciones

Señala el demandante en su recurso que el banco demandado no liquidó las vacaciones correctamente conforme a la convención colectiva de trabajo, pues bien el capítulo cuarto de la convención colectiva de trabajo establece que durante la vigencia de la convención se pagará a sus trabajadores como auxilio de vacaciones una suma igual al 50% de su sueldo. Al revisar los comprobantes de pago allegados se evidencia que el banco demandado pagó oportunamente a su trabajador las vacaciones a las que tenía derecho, por lo que no existe ningún saldo a su favor, por lo que acertó la falladora de primera instancia al absolver por este concepto. Máxime porque como se indicó el demandante no señaló en donde estuvo el error en la liquidación efectuada por el banco demandado.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

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



RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar ABSOLVER al Banco Popular S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declaran probadas las excepciones de pago, inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-00805-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ESPERANZA NÚÑEZ FIALLO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad UNIÓN TEMPORAL DEFENSA PENSIONES representada legalmente por la Dra. **MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ BONILLA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.015.409.647 tarjeta profesional No 236.106 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y la AFP Porvenir y, del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de septiembre del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora ESPERANZA NÚÑEZ FALLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó el 21 de enero de 1997 del ISS a la AFP Colmena hoy Protección por la indebida y nula información que brindó a la demandante al momento del traslado. Como consecuencia se anule el traslado horizontal realizado a la AFP Porvenir y se ordene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado al RAIS; se ordene a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; se ordene a Colpensiones recibir a la demandante sin solución de continuidad y proceda a corregir y actualizar su historia laboral; se declare que la única afiliación válida fue la efectuada al RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 04 de octubre de 1960; que se afilió al RPMPD el 08 de agosto de 1979 y logró cotizar en dicho régimen 745 semanas; que el 21 de enero de 1997 se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN la cual no estuvo precedida de la debida información; que el 01 de noviembre del 2001 se realizó el traslado a la AFP Porvenir; que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Porvenir y tiene cotizadas 1845 semanas al 31 de octubre del 2019; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 7 y 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 12; dijo que el 3 era parcialmente cierto, negó el 4 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes y la genérica.

Finalmente, mediante auto del 06 de junio del 2022 el fallador de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por parte de la **AFP Porvenir**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante señora ESPERANZA NUÑEZ FIALLO, a la CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA S.A. mediante la suscripción de afiliación realizada el 21 de enero de 1997, y las subsiguiente afiliación realizadas con HORIZONTES S.A. realizada el 7 de noviembre de 2001, consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva



SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación la demandante señora ESPERANZA NUÑEZ FIALLO al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación la demandante señora ESPERANZA NUÑEZ FIALLO como cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado debidamente indexados; dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A., devolución a RPM administrada por COLPENSIONES las sumas descontadas la demandante señora ESPERANZA NUÑEZ FIALLO durante la vinculación a la AFP PROTECCION S.A por concepto los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado debidamente indexados; dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCION S.A. y AFP PORVENIR S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, así mismo, Condenar a Colpensiones a que debe imputar en la historia laboral de la demandante las semanas cotizadas en el RAIS, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$1.000.000 a cargo de AFP PROTECCION S.A, la suma de \$250.000 a cargo de AFP PORVENIR S.A. y la suma de \$250.000 a cargo de COLPENSIONES por concepto de Agencias en Derecho



OCTAVO: *De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, indicando que desde la creación de las AFP tenían la obligación de brindar la información necesaria a sus futuros afiliados; que carga de la prueba radica en cabeza de la AFP privada; que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que la AFP privada no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que es necesario declarar la ineficacia del mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Administradora de Pensiones COLPENSIONES** impugnó la decisión de primera instancia señalando que el traslado efectuado tiene plena validez; que no se afirmó la existencia de vicios del consentimiento; que como se logró demostrar con las declaraciones de la demandante en el interrogatorio de parte, no le asiste derecho, pues la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al RAIS; que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN es nulo pues obran dentro del proceso medios probatorios suficientes, los cuales llevan a determinar que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así que el asesor rindió la información necesaria clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conducirían trasladarse al RAIS; que no se observa ningún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo; que los afiliados cuentan con el derecho a escoger libremente a que régimen se afilian, tal y como lo indica el art 2 de la ley 797 del 2003; que además se establece que no pueden trasladarse cuando le falten menos de 10 años para alcanzar la edad; que es una persona que goza de plena capacidad legal; que es la demandante



quien debía desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones y, que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 del 2003.

Por su parte, la **AFP PORVENIR** impugnó la decisión señalando que se opone a la devolución de los gastos de administración de manera indexada porque se estaría generando una doble condena sobre el mismo asunto; considera que los rendimientos y la indexación son excluyentes; que se debe tener en cuenta el corriente jurisprudencial del tribunal de Cundinamarca

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora **Esperanza Núñez Fiallo**, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy PROTECCION en el año 1997 y, posteriormente a la AFP PORVENIR en el año 2001; entidad ésta última en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un



administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Esperanza Núñez Fiallo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no



obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP
Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP PROTECCIÓN, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1997 con la AFP Colmena, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, contrario a lo señalado por la apoderada de Colpensiones, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestaron es que el ISS se iba acabar.



No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, ni pedir que se apliquen las sentencias C 1024-2004, SU 062-2010 y SU 130-2013, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De otra parte, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RAIS en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió; no siendo de recibo deprecar de tal omisión de la AFP una ratificación de la afiliación de la demandante por el paso del tiempo, ya que se itera, era deber de la AFP el suministro de toda la información referente al traslado de régimen y no se probó tal acción ni el acto del traslado, como tampoco durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a Protección S.A.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que contrario a lo dicho por Colpensiones en su recurso, no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno como lo pretende la apoderada de Colpensiones, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:



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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone declarar la ineficacia del traslado, por lo que se confirmara la decisión proferida en primera instancia.

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

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los



pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP Porvenir. Así como tampoco puede acogerse la sentencia del Tribunal de Cundinamarca por no ajustarse al precedente jurisprudencial de la CSJ.

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-00755-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: WILLIAM FERNANDO MONROY BUSTOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. BRAYAN LEÓN COCA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.088.845 y tarjeta profesional No. 301.126 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 08 de marzo de 2022.

ALEGACIONES



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

ANTECEDENTES

El señor WILLIAM FERNANDO MONROY BUSTOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS a través de PROTECCION. Como consecuencia, se tenga como única afiliación válida la realizada al RPMPD sin solución de continuidad desde el 23 de junio de 1998; se ordene a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante tales como cotizaciones, indexación, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, cuotas de administración, frutos e intereses causados hasta la fecha en que se realice el traslado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 13 de noviembre de 1960, por lo que a la fecha de radicación de la demanda contaba con 59 años de edad; que se encontraba afiliado desde el 01 de noviembre de 1980 en calidad de cotizante dependiente al ISS (RPMPD); que el 23 de junio de 1998 sin ser debidamente informado se trasladó a la AFP PROTECCIÓN; que al momento del traslado no se le brindó la información necesaria; que el 18 de octubre del 2012 un ejecutivo de PROTECCION lo visitó en su lugar de trabajo y le hizo entrega de un formulario de “Reasesoria pensional” sin darle mayo explicación al respecto; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **AFP PROTECCIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 3; negó el 4, 7



y 18, manifestó no constarle el 2, 12, 15, 16 y 17 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 16 y 17 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor WILLIAM FERNANDO MONROY BUSTOS, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.426.730, al régimen de ahorro individual, realizado el 23 de junio de 1998, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante WILLIAM FERNANDO MONROY BUSTOS, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.426.730, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como



lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 01 de noviembre de 1980, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante WILLIAM FERNANDO MONROY BUSTOS, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.426.730, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, la cual tiene una línea clara y precisa en este tema; que sólo es posible entender que el traslado fue libre y voluntario cuando se le brindó la información suficiente al afiliado; que la carga probatoria es de la AFP privada; que no se probó que al demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con allegar el formulario de afiliación y que no era necesario que fuera beneficiario del régimen de transición.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que existió una indebida valoración probatoria que si bien es cierto la carga de la prueba se invierte cuando existen negaciones indefinidas , lo cierto es que se pudo constatar que se brindó una asesoría precontractual con las documentales allegadas; que además se probó con la confesión que el demandante fue asesorado; que el formulario fue firmado de manera libre y voluntaria, pues no fue tachado dentro del proceso; que además ha permanecido de manera libre y voluntaria en el RAIS; que no valoró las pruebas en su integridad, pues



de las documentales se evidencia que existió una doble asesoría con las documentales allegadas por Protección, con lo cual se saneó la falta de información; que existen actos de relacionamiento en el RAIS; que confesó que su motivación es el valor de las mesadas pensionales; que no era beneficiario del régimen de transición; que esta dentro de la prohibición legal pues le faltan menos de 10 años para tener la edad de pensión y, que se afectado el sistema con el traslado.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación señalando que no está de acuerdo con la condena por gastos de administración, pues dicho descuento está reglamentado en la ley; que la ley faculta el descuento del 3% para gastos de administración, lo cual opera en ambos regímenes; que se generaron unos rendimientos; que las sumas descontadas por gastos de administración debe entenderse como una restitución mutua en su favor; que la superintendencia ha indicado que lo que debe devolverse son los aportes y los rendimientos; que al condenar a que la entidad asuma de su propio patrimonio las sumas que en su momento descontó de gastos de administración sería una condena de perjuicios y que no se demostraron los perjuicios; que a los gastos de administración si se le aplica la prescripción, pues no financian la pensión y que la condena es excesiva.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor William Fernando Monroy Bustos, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 1997, fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema



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

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

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



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor William Fernando Monroy Bustos, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

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

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



sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

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



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

Asimismo, contrario a lo indicado por la apoderada de la AFP Protección no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna asesoría conforme lo indicado por la CSJ.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado.



Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado o ser beneficiario del régimen de transición para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información y además, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCION ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

En cuanto a los gastos de administración y seguros previsionales, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PROTECCION S.A. en su recurso, ya que la línea



jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

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

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

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que



una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen. Siendo claro además que la devolución de los gastos de administración no se hace a título de perjuicios, sino como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y así lo ha explicado la Corte.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de Protección respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP. Y en cuanto al dicho del apoderado de la demandada PROTECCIÓN en el que indica que no está de acuerdo con el monto fijado como agencias en derecho por resultarle excesivo, se le recuerda que este no es el momento procesal oportuno para atacar dicho punto, como quiera que de conformidad con numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso, el monto de las agencias en derecho solo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Sin costas en esta instancia.

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



RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 19 2018 00858 02
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: MANUEL ROSAS PRIETO
DEMANDADO: CAXDAC Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

Resuelve la sala el recurso de apelación interpuesto por las ejecutadas CAXDAC y PORVENIR S.A., contra la providencia mediante la cual, se declararon no probadas las excepciones de pago y compensación propuestas, ordenó la continuación de la ejecución respecto de Caxdac, la Nación – Ministerio de defensa y Porvenir S.A.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión recurrida.

ANTECEDENTES

El juez de primer grado, libró mandamiento de pago a favor del ejecutante por concepto de las condenas impuestas en trámite de proceso ordinario de primera instancia condenando a CAXDAC a reconocer, emitir y redimir bono pensional a favor del señor Manuel, incluyendo los aportes realizados a la Urraca, liquidando dicho valor del bono actualizado con la tasa de interés equivalente al DTF y transferir el valor del bono a Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2019 858 02 Dte: MANUEL ROSAS PRIETO Ddo.: CAXDAC Y OTROS

A cargo de la demanda La Nación – Ministerio de Defensa, libró orden de pago por la obligación de pagar la cuota parte que le correspondía respecto del bono pensional, a cargo de Porvenir S.A., la obligación de realizar los trámites y gestiones ante CAXDAC para obtener el reconocimiento y pago del bono pensional a favor del demandante.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

En audiencia de que trata el artículo 42 CPTSS, la juez de conocimiento, declaró no probados los medios exceptivos propuestos por la ejecutada Porvenir S.A., de pago y compensación, ordenando la continuación de la ejecución.

Como sustento de su decisión indicó la Juez que las ejecutadas CAXDAC y Ministerio de Defensa, no habían propuesto excepciones contra el mandamiento de pago, por su parte Porvenir S.A., propuso las de compensación y pago, limitándose a indicar las disposiciones normativas que regulan dichas figuras y relata los requerimientos que ha realizado dicho fondo a CAXDAC, como correos electrónicos y respuestas emitidas por tales entidades, pero pese a ello, no se acreditaba el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el mandamiento de pago a reconocer, emitir y redimir bono pensional y trasladar su valor a Porvenir, pues evidenciadas las pruebas se verificaba que no se había llegado a un acuerdo por las obligadas para dar cumplimiento a las obligaciones que fueron impartidas, ello quedó supeditado a una mesa de trabajo que realizarían conforme respuesta del 6 de marzo de 2021 de Porvenir y Caxdac.

Que en cuanto a la obligación del Ministerio de Defensa, en comunicación del 3 de marzo de 2021, Porvenir manifestó que se encontraba liquidado el bono pensional a que tenía derecho el ejecutante; sin embargo, ello no aclara si se cumple totalmente con el valor debido respecto de la obligación que correspondía al Ministerio y no se había allegado prueba que permitiera concluir al despacho que se hubiera cumplido con la obligación a cargo de las ejecutadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2019 858 02 Dte: MANUEL ROSAS PRIETO Ddo.: CAXDAC Y OTROS

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con dicha decisión, el apoderado de la ejecutada PORVENIR S.A., recurrió señalando que había una falta de valoración de las pruebas ya que esa entidad había actuado conforme a lo ordenado en sentencia, procediendo a hacer las gestiones respectivas a efectos de obtener el pago de bono pensional y conforme a dicha sentencia, era CAXDAC quien tenía que cumplir la misma, por ello, dicha obligación no partía de esa entidad, pues no contaba con los dineros del bono; esa entidad ya había realizado las diligencias respectivas conforme la obligación a su cargo.

CAXDAC señaló en su recurso que, no era dable imponer costas en su contra porque si bien en cierto la sentencia indicaba quiénes eran los responsables del pago del bono, la gestión está en cabeza de una AFP que ni siquiera había verificado la liquidación elaborada por CAXDAC, no había realizado las gestiones ante el Ministerio de Hacienda, simplemente mediante una comunicación lo requirió para el pago, pero ello no era una gestión, no fue lo ordenado a la AFP en la sentencia que constituía título ejecutivo y como se verificaba en el expediente, hace más de un año CAXDAC había remitido una comunicación a Porvenir S.A., solicitándole información para realizar la liquidación del bono a lo que hizo caso omiso, luego, solicitándole se verificara si la liquidación realizada ante su silencio por esa caja se encontraba correcta, tampoco hubo respuesta; entonces la AFP, no había cumplido el fallo siendo en contra de ella que debía continuar la ejecución, esa caja intentó efectuar el pago, ha cumplido con su obligación, realizó una liquidación con los datos que tenía, no pudiendo lavarse las manos con una comunicación, el dinero \$116.000.000 reposaba en título consignado ante el despacho hace más de un año, dinero que era importante para lograr pensión del actor.

Afirmó que CAXDAC tampoco podía pagarle de manera irresponsable a una AFP que no respondía siquiera los requerimientos a ella efectuados, habiendo intentado obrar de buena fe frente a todo el proceso, tan es así que cuando se iba a embargar a otra entidad, puso de presente ante el despacho tal inconsistencia, que le habían impuesto un embargo por 414 millones de pesos y había 2 entidades bancarias que registraron dicho embargo, entonces tenía



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2019 858 02 Dte: MANUEL ROSAS PRIETO Ddo.: CAXDAC Y OTROS

congelados más de 800 millones de pesos e hizo una consignación a órdenes del despacho por \$116.000.000 y aún así se dispone la continuación de la ejecución, que la condena en costas debía hacerse únicamente en contra de la AFP.

Que la medida cautelar decretada por el despacho, era excesiva, ya que no verificó de forma clara la forma de liquidar y en el pago de la obligación también intervenía Aces.

CONSIDERACIONES

En aras de resolver los recursos de apelación interpuesto, se tiene que revisadas las pruebas aportadas a la ejecución y las que sirvieron de sustento a las excepciones por parte de Porvenir S.A., resulta claro que contrario a lo manifestado por esta, ninguna de las ejecutadas ha dado cumplimiento a las órdenes libradas en mandamiento de pago y que se corresponden con la sentencia base de la ejecución.

Lo anterior por cuanto, para el caso de Porvenir S.A., se le ordenó en la providencia en comento realizar los trámites y gestiones ante CAXDAC para obtener el reconocimiento y pago del bono pensional a favor del demandante, frente a lo cual, como bien lo adujo la decisión recurrida, únicamente acredita mediante 2 correos electrónicos haber efectuado comunicación con CAXDAC, sin que del contenido de los mismos, se desprenda que haya emitido liquidación de dicho bono, pues ello le compete en su calidad de fondo pensional, contrario sensu, conforme las comunicaciones allegadas por CAXDAC radicadas ante Porvenir S.A., el 3 de diciembre de 2020 y el 6 de diciembre de 2021, esta ejecutada acredita que solicitó al fondo pensional en mención una mesa de trabajo para solucionar de fondo el caso del ejecutante y posteriormente, en el año 2021, **reitera** la solicitud de emitir valor del bono para proceder a su pago o en su defecto, revisar la emitida por esa ejecutada ante el silencio del fondo pensional.

Es así como, conforme a las mismas manifestaciones de las ejecutadas en sus recursos, se logra evidenciar que la orden dispuesta en mandamiento de pago,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2019 858 02 Dte: MANUEL ROSAS PRIETO Ddo.: CAXDAC Y OTROS

no se encuentra cumplida por ninguna de ellas, pues la consignación del título por valor de \$116.000.000 que alega CAXDAC, no se puede tener como prueba del cumplimiento de la obligación a su cargo, cuando no obra prueba de que el bono pensional se encuentre liquidado y que su valor corresponda al liquidado por esta ejecutada; lo que observa la sala es que las ejecutadas en mención se encuentran alegando omisiones mutuas y ello ha impedido el debido cumplimiento del título base de la ejecución, desconociendo así, el derecho irrenunciable del ejecutante como lo es, el derecho pensional, de tal manera, contrario a lo indicado por estas, resulta imperativo la continuación de la ejecución como lo dispuso la decisión de primer grado.

De otra parte, en cuanto a la solicitud de CAXDAC respecto de la absolución de condena en costas, se observa que conforme las previsiones del artículo 365 del CGP, le asiste razón ya que la parte que propuso las excepciones objeto de pronunciamiento y a quien se resolvieron desfavorablemente fue Porvenir S.A.; razón por la cual, se dispondrá **MODIFICAR** el numeral SEXTO de decisión recurrida, en el sentido de indicar que la condena en costas allí impuesta únicamente procede respecto de Porvenir S.A.

Por último, en cuanto al argumento del exceso de embargos que alega CAXDAC, suficiente resulta señalar que la providencia que decretó los mismos y su límite, fue recurrida y confirmada por esta corporación en decisión del 31 de octubre de 2022.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEXTO de decisión recurrida, en el sentido de indicar que la condena en costas allí impuesta únicamente procede respecto de Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ejecutivo Laboral No. 110013105019 2019 858 02 Dte: MANUEL ROSAS PRIETO Ddo.: CAXDAC Y OTROS

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia apelada por lo antes expuesto.

TERCERO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2021-00211-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NECTALI ARIZA ARIZA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **JAHNNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la UNIÓN TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.360.658 y tarjeta profesional No. 198.680 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto Colpensiones y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de septiembre del 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor NECTALI ARIZA ARIZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación efectuada a mediados del año 2000 con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante. Como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga al demandante entre los afiliados del RPMPD administrado por Colpensiones como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y lo que hubiere obtenido, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPMPD a Porvenir a mediados del año 2000 y posteriormente a la AFP Santander hoy protección a mediados del año 2001; que las AFP demandadas tienen la carga probatoria de demostrar que brindaron la información suficiente y veraz; que nació el 10 de noviembre de 1963, por lo que cumplirá los 62 años de edad el 10 de noviembre del 2025; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó la ineficacia del traslado sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 2, 5, 9, 10 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 2, 4, 5 y 8; dijo que el 3 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 4, 9 y 10, dijo que el 3 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor NECTALI ARIZA ARIZA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. efectuado el 31 de julio de 2000 y el que posteriormente efectuó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. el 17 de agosto de 2001, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor NECTALI ARIZA ARIZA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor NECTALI ARIZA ARIZA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, formuladas por COLPENSIONES y las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación formuladas por PORVENIR y las de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y ratificación de pertenecer la RAIS al firmar el formato de afiliación con varias AFP de acuerdo a la SL 3752,



inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, formuladas por PROTECCIÓN S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 cada una como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte y, que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES recurrió señalando que no se demostró el supuesto engaño o la falta de información por parte de la AFP al momento del traslado; que al revisar los formularios de afiliación firmados por el demandante en los mismos se encuentra la manifestación de su voluntad, por lo que se realizó con el lleno de los requisitos; que no se encuentra prueba de que se le haya hecho incurrir en un error o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento; que el demandante nunca manifestó su voluntad de retrotraerse y que lleva afiliado más de 22 años.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Nectali Ariza Ariza, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2000 y posteriormente a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN en el año 2001, siendo esta última entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.



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

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

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



la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Nectalí Ariza Ariza, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la



obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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



De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que recibiría una mesada superior.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.



Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del***



capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

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

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2018-00125-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SAÚL EMIRO CALDERA SANTANA
DEMANDADO: CAFESALUD EPS LIQUIDADA Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **JENNY PAOLA SANDOVAL PULIDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.804.256 y tarjeta profesional No. 246.058 del C.S de la J en su calidad de representante legal de RAMOS & VALENZUELA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., como apoderado principal de ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S. sociedad que actúa como mandataria con representación de CAFESALUD EPS S.A. hoy liquidada y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. BLANCA MARÍA MENDOZA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.146.474 y tarjeta profesional No. 166.495 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por MEDIMAS EPS, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de julio del 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de MEDIMAS EPS S.A.S

ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que CAFESALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS están obligadas a reconocer y pagar al demandante las incapacidades laborales expedidas con posterioridad al día 540. Como consecuencia se CONDENE a MEDIMAS EPS a reconocer y pagar al demandante las incapacidades laborales expedidas con posterioridad al día 540, correspondiente a 570 días de incapacidad, junto con la indexación de las sumas adeudas y las costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el día 24 de diciembre de 2014 sufrió una herida corto contundente en su mano izquierda; que fue diagnosticado con lesión distal del nervio ulnar izquierdo y restricción articular mano izquierda; que fue calificado por seguros de vida alfa s.a. quien determinó que su capacidad laboral había disminuido en un porcentaje del 30% por una enfermedad de origen común la cual se estructuró el 26 de septiembre del 2016; que dicha decisión fue apelada; que la Junta Regional de Calificación emitió dictamen el 28 de julio del 2017 determinando una PCL del 25.01% señalando que se trataba de una enfermedad de origen común y que la fecha de estructuración se verificó el 12 de julio de 2017; que el 02 de febrero del 2018 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió dictamen determinando un porcentaje de PCL del 30% con fecha de estructuración el 12 de julio de 2017; que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra incapacitado; que desde el 16 de junio del 2016 no ha percibido el pago de las incapacidades médicas por parte de MEDIMAS EPS; que las incapacidades posteriores a los 540 días se encuentran a cargo de MEDIMAS EPS; que solicitó el pago de las



incapacidades sin obtener una respuesta favorable y sin que le hayan sido pagadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CAFESALUD EPS S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestó que el 10 era parcialmente cierto, negó el 11, 13 y 14, aceptó el 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de jurisdicción o de competencia, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, obligaciones del empleador frente al reconocimiento de las prestaciones económicas generadas a sus trabajadores, incapacidades a cargo de MEDIMAS EPS, incapacidades reconocidas, liquidadas y aprobadas para pago por Cafesalud EPS y su pago se encuentra a cargo de MEDIMAS EPS S.A.S., buen fe, prescripción y la genérica.

Por su parte, **MEDIMAS EPS S.A.S.**, contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestó que el 13 era parcialmente cierto, negó el 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada MEDIMAS EPS S.A.S. al pago a favor del demandante SAÚL EMIRO CALDERA SANTANA la suma de **DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$17'793.492)** por concepto de incapacidad adeudadas desde el día 16 de junio de 2016 y hasta el día 27 de mayo de 2018, las cuales se pagarán debidamente indexadas desde el día 13 de marzo de 2018 hasta el día que se haga efectivo el pago por parte de la demandada MEDIMAS EPS S.A.S. conforme se expuso en la parte motiva.



SEGUNDO: ABSOLVER a la demandadas CAFESALUD EPS y a la sociedad OHM LTDA de todas y cada una de las pretensiones propuestas en la presente acción.

TERCERO: CONDENAR en costas a MEDIMAS EPS S.A.S para el efecto se fija como agencias en derecho lo correspondiente a dos (2) SMLMV para el año 2022. No condenar en costas a CAFESALUD EPS y a la sociedad OHM LTDA.

CUARTO: AUTORIZAR a MEDIMAS EPS S.A.S. para que conforme lo previsto en la ley 1753 de 2015 artículo 67 el recobro de estas sumas que son objeto de condena a la entidad Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no hay discusión en que hasta los 540 días le fueron canceladas al demandante y no son objeto de este proceso; que los 2 primeros días le correspondían al empleador, del 3 al 180 a la EPS, del 181 a 540 a la AFP, y del 541 en adelante a la EPS la cual podrá pedir su reembolso al ADRES; que las incapacidades del 16 de junio del 2016 al 09 de marzo del 2018 son prorrogas de una misma patología; que se adeudan las incapacidades a partir del día 541 las cuales deben pagarse de manera indexada desde la fecha de radicación de la demanda a la fecha del pago; que no opera la prescripción y que la responsable del Pago de las incapacidades expedidas es Medimas a quien esta afiliado actualmente el demandante; que mediante auto del 27 de octubre del 2017 se decretó una medida cautelar para que cumpla todas las obligaciones de CAFESALUD y se dispuso que MEDIMAS será la responsable del pago de esas incapacidades por lo que la condena la impartió en contra de MEDIMAS.

RECURSO DE APELACIÓN

MEDIMAS EPS S.A. recurrió señalando que, si bien el fallo se basa en que MEDIMAS debe responder por todas las incapacidades incluyendo aquellas en las que ni siquiera había nacido a la vida jurídica por cuanto una medida cautelar que se expidió frente a un caso específico, también es cierto que dicha medida fue levantada el 13 de octubre del 2016; que fue levantada por el Tribunal el 10 abril del 2019 dictando sentencia por lo que es claro que MEDIMAS no puede responder por todas las obligaciones que dejó



CAFESALUD, por tanto, no es proporcional que MEDIMAS deba responder por unas incapacidades que no expidió y que no tuvo nada que ver en el asunto; que además de lo anterior es claro que MEDIMAS y CAFESALUD son empresas promotoras de Salud totalmente diferentes; que el demandante está afiliado a MEDIMAS EPS desde el 01 de agosto del 2017 así como consta en el certificado de incapacidades expedido por MEDIMAS es claro que se expidieron cuando no existía la entidad; que CAFESALUD y MEDIMAS son personas jurídicas totalmente independientes administrativa, jurídica y financieramente; que cada una es sujeto de obligaciones y responde por sus acciones u omisiones. Que la responsabilidad del pago de incapacidades hasta el 31 de junio del 2017 es de CAFESALUD por lo que MEDIMAS no puede entrar a responder por ellas. Que al interior del proceso no existe prueba de que el demandante haya soportado lo necesario para que MEDIMAS entre asumir el pago de las incapacidades. Que MEDIMAS se encuentra en un proceso de liquidación lo cual es de conocimiento público por lo que el actor puede hacerse parte del proceso concursal de acreencias sabiendo que como quedó demostrado cuenta con cada uno de los soportes. En cuanto a la indexación e intereses moratorios teniendo en cuenta que esta en un proceso de liquidación por lo que sólo debe responder hasta el día en que entró en liquidación el 07 de marzo del 2022 como lo ha señalado el Consejo de Estado. Que Cafesalud debe responder por las obligaciones que están en su cabeza.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que en el presente asunto no se discute que al demandante se le adeudan las incapacidades expedidas del 16 de junio de 2016 al 27 de mayo del 2018 por la suma de \$17'793.492, pues la inconformidad principal en el presente proceso radica en quien debe realizar el pago de dichas incapacidades.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 prescribe que el reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador y el artículo 24 del Decreto



4023 de 2011 establece que el pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad:

“(…)será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

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

Definido lo anterior, es necesario señalar que, algunas de las incapacidades que se reclaman entre el 16 de junio del 2016 y el 27 de mayo del 2018, fueron expedidas antes de la creación de la EPS MEDIMAS (Resolución 2426 de 2017 -1 de agosto), por lo que tal y como lo señaló el apelante, es a la EPS CAFESALUD, a la que le corresponde el pago de las mismas.

No siendo de recibo el sustento del fallador de primera instancia quien basó su decisión en la medida cautelar ordenada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera “Subsección A” el 26 de octubre del 2017 dentro del expediente 25000234100020160131400, pues pasó por alto que dicha medida fue levantada el 10 de abril del 2019 al proferirse sentencia dentro de dicho proceso.

Y es que si bien es cierto la Sala no desconoce que mediante la Resolución N° 331 del 23 de mayo del 2022 se declaró terminada la existencia legal de CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, lo cierto es, que como lo ha indicado la CSJ entre otros en la providencia AL 2124-2023 no puede accederse a la desvinculación de dicha entidad como lo pretende ATEB SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.S sociedad que actúa como mandataria con representación de CAFESALUD EPS hoy liquidada en el memorial que allegó en esta instancia, pues:



“...el artículo 68 del Código General del Proceso, aplicable a los procesos laborales en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señala que «si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren».

Como puede notarse, cuando ocurre la extinción de una persona jurídica no opera su desvinculación como lo solicita Ateb Soluciones Empresariales S.A.S., sino que el proceso continúa su curso normal con la posibilidad de que intervengan terceros interesados en calidad de sucesores procesales. Incluso, en el evento de que estos no comparezcan, en todo caso el proceso continúa hasta que se emita sentencia definitiva con plenos efectos respecto a aquellos.

Ahora, si bien en la Resolución n.º 331 de 23 de mayo de 2022 el liquidador señaló que «no existe subrogatario legal, sustituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos, sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicial y administrativamente», ello tampoco implica que proceda la desvinculación de la entidad.

Nótese que los artículos 9.1.3.6.4 y 9.1.3.6.5 literal d) del Decreto 2555 de 2010, que rigieron la liquidación forzosa administrativa de Cafesalud E.P.S. S.A., establecen que cuando subsisten procesos o situaciones jurídicas no definidas, incluso a la terminación de la existencia legal de la sociedad, como ocurre en este caso, el liquidador tiene la obligación de «encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado, previa constitución de una reserva adecuada».

Justamente en cumplimiento de lo anterior el liquidador de la entidad suscribió con la empresa ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. el contrato de mandato con representación n.º 015 de 2022, a través del cual le encomendó no solo su representación en «los procesos judiciales y actuaciones administrativas, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte CAFESALUD EPS SA y CAFESALUD EPS S.A EN LIQUIDACIÓN», sino también la administración de «los recursos y bienes que se entreguen al momento del cierre del proceso liquidatorio de Cafesalud EPS SA en liquidación y los demás que ingresaren en virtud del recaudo de cartera, y la recuperación de excedentes y rendimientos financieros y demás recursos que ingresen conforme a lo instruido por el mandante».

En ese contexto, es evidente que Cafesalud E.P.S. S.A. liquidada debe continuar vinculada al presente proceso ordinario laboral, solo que su representación ahora está a cargo de ATEB Soluciones Empresariales S.A.S. en calidad de vocera y administradora de los recursos de la misma en los términos del poder conferido.

Por otra parte, en lo que concierne al reparo relacionado con la falta de recursos suficientes para satisfacer las eventuales condenas que se impongan en este trámite, la Corte advierte que las pruebas suministradas dan cuenta de que en efecto en la Resolución n.º 003 de 2022 -por medio de la cual se declaró el desequilibrio financiero de la entidad- el liquidador estableció la imposibilidad material y



financiera de constituir la reserva técnica y económica que dispone el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 -reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso- ante la falta de activos que permitieran pagar los créditos de la entidad, lo que a la postre motivó la terminación de su existencia legal en los términos de la Resolución n.º 331 de 23 de mayo de 2022.

Así mismo, se advierte que en este último acto administrativo se estableció que «en caso de producirse cualquier tipo de condena por concepto de procesos judiciales ordinarios, declarativos, ejecutivos, de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios en contra, no será posible efectuar el pago».

Sin embargo, a juicio de la Sala tal circunstancia tampoco conlleva la desvinculación de la entidad como lo pretende la solicitante.

Lo anterior, en primer lugar, porque este argumento parte de un hecho que es conjetural o hipotético, en la medida en que asume que existirá una condena en el presente proceso, pese a que este aún sigue en trámite en sede de casación y, por tanto, sin sentencia judicial en firme y que haya hecho tránsito a cosa juzgada.

Y en segundo lugar, no hay norma procesal que establezca que la falta de recursos de una de las partes sea una causal para su desvinculación.

El argumento que alude el solicitante podría tener pertinencia o incidencia en el cumplimiento de una eventual condena que se imponga en el juicio, pero en modo alguno en la desvinculación del proceso.”

Conforme a lo anterior, no es posible exonerar a CAFESALUD EPS hoy liquidada de las incapacidades que le corresponde asumir del 16 de junio del 2016 al 31 de julio del 2017, ni desvincularla del presente proceso, por lo que se modificara la condena. Indicando además que MEDIMAS EPS sólo es responsable del pago de las incapacidades generadas entre el 01 de agosto del 2017 fecha de su creación y el 27 de mayo del 2018.

Proceso Liquidatorio de Medimas

En cuanto a hacerse parte en el proceso liquidatorio, al respecto se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A.



Ahora bien, el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

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

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones



a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

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

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

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

En el presente caso, no se advierte prueba dentro del proceso que la accionante haya elevado la correspondiente reclamación de su acreencia, dentro del proceso liquidatorio, pues nótese que la petición sobre la prestación económica aquí debatida data de una fecha anterior a la liquidación de MEDIMAS EPS, esto es, con anterioridad al 2018; no obstante, se considera que no es la Colegiatura la llamada a ordenar a la



parte convocante hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la incapacidad aquí reclamada, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Además, debe tenerse en cuenta que el proceso que ocupa la atención de la Sala inició con anterioridad a la toma de posesión y la intervención forzosa administrativa de MEDIMAS EPS S.A., pues nótese que la demanda fue radicada el día 13 de marzo del 2018, por manera que la sentencia proferida por el *a quo*, en el sentido de acceder a lo deprecado en el *libelo* genitor, en todo caso deberá ser tenida en cuenta por la liquidación como pasivo cierto no reclamado.

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

Indemnización o intereses moratorios

Frente a su reparo en el pago de indemnización o intereses moratorios en cuanto hasta la fecha en que debe condenarse los mismos, no se hará ningún pronunciamiento como quiera que el fallador de primera instancia no impartió ninguna condena por este concepto.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de CAFESALUD EPS liquidada y MEDIMAS EPS.

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



RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR** que CAFESALUD EPS hoy liquidada debe pagar al demandante SAÚL EMIRO CALDERA SANTANA las incapacidades generadas entre el 16 de junio del 2016 al 31 de julio del 2017 y MEDIMAS EPS S.A.S. deberá pagar las incapacidades generadas del 01 de agosto del 2017 al 27 de mayo del 2018, conforme se expuso en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NEGAR la desvinculación de CAFESALUD EPS hoy liquidada, conforme se expuso en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de CAFESALUD EPS liquidada y MEDIMAS EPS.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2021-00589-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LORENZO MORALES BECERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. DIANA LEONOR TORRES ALDANA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.069.733.703 tarjeta profesional No 235.865 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de septiembre de 2022.



ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LORENZO MORALES BECERRA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS a través de PORVENIR; se declare la ineficacia de todos los traslados efectuados entre las distintas AFP que administran el RAIS. Como consecuencia, se declare que el actor siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones; se CONDENE a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que cotizó para los riesgos de IVM inicialmente en el ISS hoy Colpensiones; que a partir de febrero del 2004 fue trasladado sin formación libre del consentimiento desde el RPMPD al RAIS a la AFP Porvenir; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable; que el traslado no se efectuó en debida forma como quiera que no se le proporcionó la información necesaria.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **AFP PORVENIR**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 2, 3 y 4; negó el 5, 8, 10, 11, 14 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 5 y 6; negó el 7 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor LORENZO MORALES BECERRA al régimen de ahorro individual el 4 de diciembre de 2003, con fecha de efectividad a partir del 1° de febrero de 2004 por intermedio de PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y



utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor LORENZO MORALES BECERRA. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.

SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, la cual tiene una línea clara y precisa en este tema; que sólo es posible entender que el traslado fue libre y voluntario cuando se le brindó la información suficiente al afiliado; que la carga probatoria es de la AFP privada; que no se probó que al demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con allegar el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien ya existe una amplia línea jurisprudencial por parte de la CSJ, también esta alta corporación ha indicado que el mismo no puede aplicarse de manera homogénea en todos los casos en que se pretenda la ineficacia o la nulidad del traslado, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas las cuales considera no se dan en el presente asunto como quiera que el traslado efectuado por el demandante a la AFP Porvenir en el año 2003 es totalmente válido porque el mismo se dio de manera libre y voluntaria e informada; hecho



que además se desprende de lo indicado por el demandante al absolver el interrogatorio de parte en donde confesó que se le brindó una información; que el demandante con base en esa información que recibió por parte de la demandada fue que decidió de manera libre y voluntaria trasladarse al RAIS, aceptando así todas las condiciones que ofrecía dicho régimen; que para la fecha en que el demandante se afilió a la AFP Porvenir para dicha entidad solo le era exigible brindarles una información necesaria y suficiente; que dicha entidad acreditó que cumplió con ese deber de información que sobre ella recaía en ningún momento vulneró los derechos que le asisten al aquí demandante menos aún teniendo en cuenta que el mismo ejerció su derecho a la libre elección en los términos señalados por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por el actor no es suficiente para demostrar la información brindada o no sea un medio probatorio suficiente para poder acreditar la existencia de un consentimiento informado, pues para la fecha del traslado sólo era necesario el formulario. Que el hecho de que dicha entidad tuviera unas obligaciones profesionales no es una excusa para que el aquí demandante no haya debido asesorarse sobre su situación, pues aún el hecho de ser una filiado lego no lo eximía de ese deber de actuar con mediana diligencia en un asunto tan importante como lo era su propio futuro pensional; que el demandante contaba con un término de 5 años para retornar al RPMPD; que tuvo la voluntad de permanecer afiliado al RAIS; que no está de acuerdo con la condena de devolución de los gastos de administración ya que resulta inequitativa con dicho fondo, pues lo está despojando de unas sumas que fueron causadas por su actividad administradora durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad y lo que le generó los rendimientos; que la Ley 100 de 1993 autorizó a los fondos descontar los gastos de administración y seguros previsionales; que se está avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; que tampoco se debe ordenar la devolución de las sumas destinadas a los seguros previsionales; que se revoque la condena impuesta por indexación en la medida que ya se dispuso la devolución de los rendimientos, por lo que se estaría generando una doble condena por el mismo concepto por lo que pide se acoge la sentencia proferida por el Tribunal de Cundinamarca.



Por su parte, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del CC pues dentro de los fallos relacionados de traslado de régimen la interpretación de dicho artículo que realiza la CSJ hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio error fuerza o dolo al momento de la afiliación; que no esta de acuerdo en que toda la carga probatoria este en cabeza del fondo sin que haya un mínimo esfuerzo por parte del demandante, lo cual quiebra la lógica de la carga probatoria de estos procesos y esto no debe operar en los casos de traslado de régimen; que los afiliados cuentan con la obligación de asesorarse como aparece en el régimen del consumidor financiero en el cual se indica que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente del afiliado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Lorenzo Morales Becerra, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2003, fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus



interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Lorenzo Morales Becerra, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2003; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la



toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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

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

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



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

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

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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 2003, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal



de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, contrario a lo indicado por la apoderada de la AFP Porvenir no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba acabar, que podía pensionarse con el 100% de su sueldo y que sus aportes serían heredables.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, contrario a lo pretendido por Colpensiones en su recurso, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno como lo pretende Colpensiones, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues



era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2003**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Máxime porque el apoderado de Colpensiones en su recurso se refiere se refiere a traslado de régimen y en este caso nos encontramos es frente a una ineficacia de traslado.

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

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



nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A. Así como tampoco puede acogerse la sentencia del Tribunal de Cundinamarca por no ajustarse al precedente jurisprudencial de la CSJ.

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:



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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2022-00133-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: VÍCTOR ARMANDO BELALCAZAR CUERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



El señor VÍCTOR ARMANDO BELALCAZAR CUERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS a través de COLFONDOS por haber omitido el cumplimiento del deber de información. Como consecuencia, se CONDENE a COLPENSIONES a recibir al actor en el RPMPD sin solución de continuidad; se CONDENE a PORVENIR a trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con las sumas que le puedan corresponder por concepto de intereses, bono pensional, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración; se CONDENE a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero descontadas a título de gastos de administración, comisión de seguro previsional, descuentos por fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; se condene a COLPENSIONES a corregir e imputar los tiempos cotizados en su historia laboral; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de noviembre de 1962, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 59 años de edad que estuvo afiliado en el RPMPD cotizando a través de la Caja de Previsión Social del Municipio de Buenaventura por el período comprendido entre el 01 de septiembre de 1988 al 17 de septiembre de 1990; que en marzo de 1998 se traslado al RAIS a través del formulario de afiliación firmado con Colfondos; que al momento del traslado no se le brindó la información necesaria, ni se le hizo una proyección o simulación pensional; que posteriormente se vinculó a la AFP Colmena y Porvenir; que a la presentación de la demanda contaba con 1194 semanas; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 21; dijo que el 22 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 18 y 20; negó el 19; dijo que el 22 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Finalmente, **COLFONDOS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 3; dijo que el 22 no era un hecho, manifestó no contarle el 1, 2, 6, 18, 19, 20 y 21 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor VICTOR ARMANDO BELALCAZAR CUERO, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 19 de febrero de 1998 mediante su afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor VICTOR ARMANDO BELALCAZAR CUERO conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por



motivo de la afiliación del señor VICTOR ARMANDO BELALCAZAR CUERO, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS y PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de un millón de pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencia de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que en la afiliación que hizo el demandante en 1998 se cumplieron la totalidad de las obligaciones vigentes para ese momento pues sólo con posterioridad al 2010 con la expedición del Decreto 2555 fue que se establecieron las obligaciones de las AFP en cuanto a la custodia de la información que se debía brindar y la doble asesoría; que respecto a la devolución de los gastos de administración éstos no son procedentes, pues los mismos fueron utilizados para producir los rendimientos; que se estaría condenando a una doble sanción, pues también se está ordenando la devolución de los rendimientos y no se puede ordenar también que los gastos de administración se devuelvan de manera indexada.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Víctor Armando Belalcázar Cuero, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 1998 y, posteriormente con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR en el año 1999, fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento



profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Víctor Armando Belalcázar Cuero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos.

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

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



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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre



otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que en este caso COLFONDOS ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1998.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba acabar.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, contrario a lo pretendido por Colpensiones en su recurso, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineffectividad en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado.



Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

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

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



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

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionaré** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2021-00610-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BAIRON ALONSO URREGO JIMÉNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor BAIRON ALONSO URREGO JIMÉNEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la AFP PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR incumplieron con su deber legal de información al no brindar una asesoría oportuna, pertinente, objetiva, comprensible al demandante. Como consecuencia, solicita se



DECLARE la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por el demandante; declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; se CONDENE a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; se condene a Colpensiones a activar la afiliación del demandante y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos , bonos o títulos pensionales a los que hubiere lugar, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició aportes a través del RPMPD alcanzando a cotizar en dicho régimen 708 semanas; que se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN en el mes de diciembre de 1994; que posteriormente, en septiembre del 2011 se trasladó a la AFP COLFONDOS; que en noviembre del 2011 se trasladó a la AFP PORVENIR, entidad en la que se encuentra afiliado actualmente; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado inicial; que solicitó la ineficacia de su traslado, sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 24 y 27; negó el 4, 14, 15 y 16 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y nadie puede ir en contra de sus propios actos..



Por su parte, la **AFP PORVENIR**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 5, 6, 23, 28 y 29; negó el 17, 18, 19 y 20 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A su vez, la **AFP PROTECCION**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 3; negó el 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 24 y 26 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 2, 25 y 30 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor BAIRON ALONSO URREGO JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual el 1° de noviembre de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a COLFONDOS S.A. y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor BAIRON ALONSO URREGO JIMÉNEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor BAIRON ALONSO URREGO JIMÉNEZ por concepto de garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ, la cual tiene una línea clara y precisa



en este tema; que sólo es posible entender que el traslado fue libre y voluntario cuando se le brindó la información suficiente al afiliado; que la carga probatoria es de la AFP privada; que no se probó que al demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con allegar el formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que si bien ya existe una amplia línea jurisprudencial por parte de la CSJ, también esta alta corporación ha indicado que el mismo no puede aplicarse de manera homogénea en todos los casos en que se pretenda la ineficacia o la nulidad del traslado, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas las cuales considera no se dan en el presente asunto como quiera que el traslado efectuado por el demandante a la AFP Porvenir es totalmente válido porque el mismo se dio de manera libre y voluntaria e informada; hecho que además se desprende de lo indicado por el demandante al absolver el interrogatorio de parte en donde confesó que se le brindó una información; que el demandante con base en esa información que recibió por parte de la demandada fue que decidió de manera libre y voluntaria trasladarse al RAIS, aceptando así todas las condiciones que ofrecía dicho régimen; que para la fecha en que el demandante se afilió a la AFP Porvenir para dicha entidad solo le era exigible brindarles una información necesaria y suficiente no en los términos reclamados en la demanda; que dicha entidad acreditó que cumplió con ese deber de información que sobre ella recaía en ningún momento vulneró los derechos que le asisten al aquí demandante menos aún teniendo en cuenta que el mismo ejerció su derecho a la libre elección en los términos señalados por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por el actor no es suficiente para demostrar la información brindada o no sea un medio probatorio suficiente para poder acreditar la existencia de un consentimiento informado, pues para la fecha del traslado sólo era necesario el formulario. Que el hecho de que dicha entidad tuviera unas obligaciones profesionales no es una excusa para que el aquí



demandante no haya debido asesorarse sobre su situación, pues aún el hecho de ser un afiliado lego no lo eximía de ese deber de actuar con mediana diligencia en un asunto tan importante como lo era su propio futuro pensional; que el demandante contaba con un término de 5 años para retornar al RPMPD; que tuvo la voluntad de permanecer afiliado al RAIS; que no está de acuerdo con la condena de devolución de los gastos de administración ya que resulta inequitativa con dicho fondo, pues lo está despojando de unas sumas que fueron causadas por su actividad administradora durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicha entidad y lo que le generó los rendimientos; que la Ley 100 de 1993 autorizó a los fondos descontar los gastos de administración y seguros previsionales; que se está avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones; que tampoco se debe ordenar la devolución de las sumas destinadas a los seguros previsionales; que se revoque la condena impuesta por indexación en la medida que ya se dispuso la devolución de los rendimientos, por lo que se estaría generando una doble condena por el mismo concepto por lo que pide se acoge la sentencia proferida por el Tribunal de Cundinamarca.

Por su parte, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que se evidencia que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria al RAIS conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que para la fecha del traslado no era requisito dejar un registro documental del mismo; que el deber de información sólo se materializó a través de la ley del 2014 y 2015, por lo que los fondos privados sólo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre e informado; que se debe revisar si ante la falta de información se produce un efecto adverso como perder el régimen de transición; solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los aportes como quiera que mientras no se haga la devolución no podrá dar cumplimiento al fallo; que no se le condene en costas por cuanto no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero ajeno a dicho acto.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Bairon Alonso Urrego Jiménez, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN en el año 1994 y, posteriormente con la AFP COLFONDOS en el año 2010 y con BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 2011, siendo éste último fondo en el que se encuentra afiliado actualmente.

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

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



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Bairon Alonso Urrego Jiménez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colmena hoy Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la



prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. En ese orden, concluyó que:

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

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

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



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

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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colmena hoy protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, contrario a lo indicado por la apoderada de la AFP Porvenir no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna información.



Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado o ser beneficiario del régimen de transición o demostrar la ocurrencia de un perjuicio, como lo pretende la apoderada de Colpensiones, para que proceda la ineffectividad del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información y además, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCIÓN ni con el transcurso del tiempo, ni con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineffectividad es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

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

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos



emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa.

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

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

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

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la apoderada de Colpensiones de que se condicione la sentencia, pues sólo puede dar cumplimiento a ella una vez le trasladan los dineros ordenados, no hay lugar a realizar ninguna precisión, pues es claro que dicha entidad deberá activar la afiliación y actualizar la historia laboral del demandante una vez las AFP privadas den cumplimiento a la sentencia, como quiera que para el cumplimiento de la sentencia deberán adelantarse todos los trámites administrativos necesarios.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2016-375-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ PRESENTACIÓN JIMÉNEZ

DEMANDADO: LA ROSITA PRIMAVERA S. EN C. y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de mayo de 2022

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ PRESENTACIÓN JIMÉNEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que la relación laboral que sostuvo con la demandada, es a término indefinido y tuvo lugar desde el 14 de agosto de 1995 al 15 de junio de 2014, que su renuncia fue provocada y redactada por el empleador; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a reintegrarlo a su puesto de trabajo en beneficio de la estabilidad laboral reforzada, hasta tanto no le sea practicada cirugía y calificación del PCL, a restablecer la afiliación al sistema de seguridad social en salud, al pago de



aportes en pensión respecto de los ciclos de marzo de 2006, mayo, octubre y noviembre de 2007, junio de 2014, al pago de la indemnización de 180 días prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y los salarios dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación y hasta la fecha en que se verifique su pago.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se vinculó laboralmente con la demandada el 14 de agosto de 1995, siendo contratado para desarrollar las labores de la finca llamada “Santa María de los Caminos”, ubicada en el municipio de Sesquilé – Cundinamarca, que vivía en el mismo sitio donde prestaba el servicio, que cuando se encontraba incapacitado, ante la imposibilidad de dejar solo el puesto, se veía obligado a sufragar los reemplazos para no desatender las labores de la finca, que el señor Mario Restrepo redactó de su puño y letra una carta y se la puso de presente para que la firmara, a lo que manifestó que se encontraba incapacitado y no podía ser despedido ni renunciar, que firmó dicha carta sin conocer el contenido debido a sus escasos estudios, que una vez enterado del mismo, le manifestó a su empleador que él no había renunciado y la respuesta del señor Mario, fue que ya no laboraba en la finca.

Refiere que cuando ingresó a laborar en esta, se encontraba bien de salud y para finales de 2012, presentó una infección tipo úlcera varicosa en la pierna izquierda, que fue tratada en SaludCoop S.A., que al momento de terminación de su contrato, se encontraba próximo a ser valorado y calificado por medicina laboral, que tenía cita para programar cirugía, la que no pudo realizarse ya que la demandada lo retiró del sistema de salud, que la afiliación al sistema de seguridad social integral, fue realizada por el señor Mario Restrepo como personal natural, siendo quien creó la sociedad “La Rosita Primavera S. en C., y a través de esta continuó efectuando los aportes al sistema, presentado mora por aportes pensionales en los ciclos de marzo de 2006, mayo, octubre y noviembre de 2007, junio y julio de 2014, que se le adeuda pago de recargos dominicales y festivos y no fue afiliado a un fondo de cesantías.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los demandados, La Rosita Primavera S. en C. y el señor Mario Fernando Restrepo, contestaron, aceptando como ciertos los hechos contenidos en



numerales 1 a 3, 14 a 18 y 20 y negaron los demás, se opusieron a las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo que denominaron inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, prescripción y la genérica.

En providencia del 7 de abril de 2021, se tuvo como sucesores procesales del demandado Mario Fernando Restrepo, a los señores Juan Fernando y María Catalina Restrepo, ante el fallecimiento del demandado en mención.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el ciudadano José Presentación Jiménez Jiménez y la sociedad La Rosita S.A.S. existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido cuyos extremos temporales fueron los comprendidos entre el 14 de agosto de 1995 y el 15 de junio de 2014, cuyo último salario fue el de setecientos setenta mil pesos mcte (\$770.000), por medio del cual desempeño las labores de cuidandero de un bien inmueble rural, el cual terminó sin justa causa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a los sucesores procesales del demandado Mario Fernando Restrepo y a la sociedad La Rosita Primavera S.A.S. al pago de la indemnización por despido injusto al ciudadano José Presentación Jiménez Jiménez de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia, a una cuantía igual de nueve millones novecientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta pesos mcte (\$9.931.460); suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

TERCERO: ABSOLVER a los sucesores procesales del demandado Mario Fernando Restrepo Forero, y Rosita La Primavera S.A.S, de las demás pretensiones instauradas por el demandante José Presentación Jiménez Jiménez de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO. DECLARAR no probados las excepciones de mérito formuladas u sustentadas por la pasiva y de las propuestas de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo, probada da la excepción de la inexistencia del derecho, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

En primera medida y tal como quedará planteado, los problemas jurídicos, son 3, a saber: el primero de ellos, la presunta ilegalidad o ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por el presunto fuero de salud; Segundo: verificar si hay lugar a ordenar la sanción señalada en el artículo 26 de la ley 361 y de manera subsidiaria la terminación sin justa causa; planteado así, en esos 3 términos, lo primero es centrarnos en el primero de los problemas jurídicos planteados, no sin antes abordar, establecer y concluir que está plenamente demostrada o no hubo discusión respecto de la existencia de la relación laboral entre las partes donde se pudo establecer que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido, obviamente verbal, indefinido, primero, entre el demandante, Señor José Presentación Jiménez Jiménez y el ciudadano Mario Fernando Restrepo y posteriormente con la hoy la Rosita Primavera SAS, tal y



como fuera aceptado desde la contestación de la demanda, cuyo extremo final fuera el 15 de junio del año 2014, iniciándose en el año 94, el último salario devengado por el demandante a la finalización de la relación laboral fue el de \$770.000, esto tal y como obra en el plenario de la documental visible a folios 29, que da cuenta de la liquidación de prestaciones sociales, documento este que no fue tachado ni refutado por la parte demandada, por lo tanto, da fe de lo plasmado en el mismo; dando claridad respecto a la relación que ató a las partes, pues procede el despacho a emitir pronunciamiento respecto del primer objeto de estudio el cual es la presunta condición de discapacidad y la terminación de la relación de trabajo; sea lo primero precisar que para efectos de determinar si el aquí demandante Jiménez Jiménez a la fecha de la finalización del vínculo contractual, era o no sujeto a la estabilidad laboral reforzada conforme la especial protección consagrada en la ley 361 de 1997 y para determinar si hay lugar a ordenar el reintegro y en consecuencia, las demás pretensiones deprecadas por la parte actora, procede el despacho a señalar que la premisa normativa para dilucidar tal situación no es otra que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y también nuestra norma superior en sus artículos, 13, 25, 47, 48, 53 a su vez tampoco podemos desconocer el precedente jurisprudencial emitido por el órgano de cierre, la jurisdicción constitucional en sentencia de constitucionalidad 531 de mayo del 2000, por medio de la cual realizó una interpretación de la premisa normativa señalada, en donde dispuso el alcance y efecto de la misma y se indicó al respecto que esa legislación que favorezca a los discapacitados no consagra derechos absolutos a perpetuidad y que estos pueden ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y la sociedad o a los legítimos derechos de los otros.

Lo anterior permite sostener que solo en el escenario que probatoriamente se llega a demostrar que, en efecto, la causa motivante del despido, que la condición de discapacidad, la cual debe estar plenamente demostrada, la terminación de la relación laboral se traduce en una vulneración efectiva al derecho a la estabilidad laboral dispuesto en el artículo 53 de nuestra Constitución política; a su vez, no podemos pasar por alto el precedente jurisprudencial emitido por el órgano de cierre de esta jurisdicción y esta especialidad que ha establecido como criterios orientadores de la protección especial a favor del trabajador que se acredite o que cuente con una limitación calificada como moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15 y el 25% o severa, mayor al 25 pero inferior al 50 o profunda cuando la gravedad de minusvalía es igual o superior al 50%; así las cosas correspondía a esta instancia entrar a verificar y de esta manera establecer si de acuerdo con el acervo probatorio allegado en legal forma la foliatura, practicado debatido en la misma manera, en efecto, se pudo comprobar y llegar a plena certeza a partir de las valoraciones efectuadas de los artículos 60 y 61 de nuestro estatuto del trabajo y la Seguridad Social que una mengua en la salud del demandante Jiménez Jiménez y que por tal razón, lo ubique en una limitación en los términos antes descritos, seguidamente dilucidar si esta condición era conocida por el empleador y aparecer su demostración, verificar que se está o no frente un trato discriminatorio para con el trabajador que de forma contundente lo haga merecedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada deprecada conforme con las razones que exponga el accionado para justificar la decisión de dar por finalizado lo finiquitado en el vínculo contractual. Habiendo puesto de presente lo anterior, continuando con la resolución del caso, procede entonces el despacho, como se indicó a verificar el acervo probatorio obrante en el plenario, de esta manera que el promotor de la litis para sustentar sus afirmaciones allegó las siguientes documentales: fórmulas médicas del 25 de febrero y 30 de marzo del año 2014, órdenes de procedimientos terapéuticos, utilización de servicios, autorización de servicios, folios de servicios médicos, informe del Departamento de Imágenes diagnósticas, certificado de afiliación de salud, copia de la liquidación de prestaciones sociales, certificados de incapacidad, reportes, semanas cotizadas al sistema general de Seguridad Social en pensiones, copia del certificado de existencia y representación legal de la persona jurídica de derecho privado demandada: pruebas allegadas por los demandados Mario Fernando Restrepo Forero y la sociedad la Rosita Primavera SAS: Copia del escrito de tutela presentado por el demandante ante el Juzgado Mmunicipal de Sesquilé, copia del fallo constitucional, copia la liquidaciones de cesantías de la prima de Navidad, vacaciones, pagos de diciembre por las distintas anualidades, copia de los aportes a los pagos al sistema general de Seguridad Social integral, copia de la autoliquidación de aportes a la planilla integrada y certificado de salud del demandado Mario Fernando Restrepo.

Es así que de la documental reseñada y que es relevante para la resolución del problema jurídico, se cuenta folios 20 y 26, que la terminación de la relación laboral, el demandante no se encontraba incapacitado ni contaba con recomendaciones laborales o de salud vigentes al momento de la terminación de la relación laboral, es de esta manera que una vez valorado el acervo probatorio allegado al presente trámite en los



términos del artículo 60 y 61 del CPTSS, aunado a los principios científicos que forman la crítica de la prueba y las circunstancias relevantes del litigio, se puede concluir con pleno grado de certeza que el actor no acreditó su condición de discapacidad en los términos del artículo 5 de la ley 361 de 1997, pues al echarse de menos un dictamen de pérdida de capacidad laboral que arrojara alguna pérdida en mengua en su capacidad, ni tampoco logró constatar dentro del proceso prueba alguna que permitiera probar que a la finalización de la relación laboral la aquí demandada tuviera conocimiento de algún tipo de dolencia o situación que lo ubicara como sujeto de especial protección; al respecto, el despacho destaca que los testimonios el del sobrino del aquí demandado, que fue allegado al debate probatorio, se pudo concluir de manera reiterativa que el demandante no contaba ni con incapacidad ni recomendación médica, laboral o alguna; a su vez, no se puede desconocer que constituye doctrina probable la sentada del órgano de cierre de esta jurisdicción y de esta especialidad, más de 3 sentencias en el mismo sentido respecto de hechos similares, reiterando el criterio en el sentido que debe existir una calificación de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% para hacer merecedor del fuero de Salud quien lo alega, a su vez, la Corte ha señalado que como en el caso de marras, sino existiera un dictamen de pérdida de capacidad laboral, se debían tener otros elementos de juicio que fueran notables y perseguibles a su vez, como el de una incapacidad constante o restricciones o concepto desfavorable de rehabilitación, o un cúmulo de incapacidades; acá al respecto, no existe ninguna prueba relevante en este sentido, se tiene un indicio que puede dar fe de las incapacidades que tuvo para el año 2014 pero esas incapacidades no sumaron más de 30 días, de conformidad con las documentales reseñadas, razones para concluir que para la fecha de terminación del contrato de trabajo del demandante, José Presentación Jiménez Jiménez, no presentaba algún tipo de dolencia significativa que lo ubicara como sujeto de especial protección constitucional y que por tanto requiriera, de un lado la autorización del Ministerio del Trabajo, el empleador previo a dar por terminado el vínculo contractual, pues claro, se muestra la ausencia de los elementos de hecho y derecho que perjudicaran al actor como beneficiario de la ley 361 de 1997 o de medida alguna tendiente a morigerar un trato discriminatorio durante la vigencia de la relación laboral, no surgiendo alternativa distinta, salvo que absolver a la demanda de esta pretensión al no haberse demostrado la mengua físico sensorial invocada que active la protección especial; así las cosas pudo concluir este despacho que la parte actora no demostró siquiera sumariamente que la terminación del contrato de trabajo del aquí demandante Jiménez Jiménez se diera con ocasión a una presunta condición de discapacidad, razón por la cual se encuentra que no hay lugar a declarar y condenar las pretensiones solicitadas por la parte actora referentes a este tema o las razones antes expuestas, pues en definitiva, este despacho concluye que no hay lugar a ordenar el reintegro deprecado por el demandante con ocasión a los fundamentos de ley jurisprudenciales expuestos y como quiera que no quedo acreditado que la terminación de la relación laboral fuera consecuencia de un trato discriminatorio por la presunta discapacidad legal al momento de la terminación pues tampoco hay lugar a fulminar condena alguna de acuerdo a lo deprecado y que da cuenta de la sanción señalada por el legislador del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Continuando entonces con la resolución del caso y teniendo en cuenta las facultades ultra y extra petita que le asisten a este juzgador de instancia señaladas en nuestro Código procesal del trabajo y la Seguridad Social, artículo 50, no se puede pasar por alto o echar de menos que se está respecto de un sujeto de especial protección constitucional por la edad, téngase en cuenta que no se encuentra probado ninguna mengua en la salud al menos al momento de la terminación del contrato de trabajo y por lo tanto, pues hay lugar hacer una mención respecto al presunto fuero de pre pensionado que pueda tener el aquí demandante; a su vez, téngase en cuenta que en el trámite procesal se cumplieron con los presupuestos normativos de orden procesal para poder emitir pronunciamiento, como lo es que se hayan debatido pruebas en este sentido, se hayan debatido los hechos y las pruebas dentro del trámite procesal para dicha finalidad, téngase en cuenta que no obstante dentro de los hechos no está clara tal situación, si fueron mencionados en los alegatos, esta situación fue manejada, fue solicitada o mencionada referida de manera palmaria en los alegatos de conclusión por parte del apoderado del demandante; continuando entonces con la dinámica plasmada en esta providencia nos debemos remitir a la premisa jurisprudencial, la cual no es otra que la sentencia emitida por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, sala permanente con número de providencia 442 del año 2022, en donde precisó lo siguiente: “En armonía con el criterio de la Corte Constitucional, esta sala definió que la protección bajo estudio, no solo tiene cabida en el marco del programa de renovación de la administración pública, sino también en contextos similares en el que se presenten despidos asociados a reestructuraciones, fusiones, liquidaciones de entidades públicas”, Así mismo, se encuentra con la sentencia de unificación 003 del año 2018,



que estableció lo siguiente: “Ya que se trata de una sentencia de unificación, la cual supone la existencia de opiniones divergentes al interior de la jurisdicción constitucional que ameriten la precisión de parámetros en torno a la figura objeto de estudio, para así garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, entre otros principios, no pudiéndose desconocer entonces que, si bien es cierto la norma que regula y trata la calidad de pre pensionados, estableció en primera medida para los empleados públicos, no es menos cierto que a través de la premisa jurisprudencial se extendió, se amplió esta protección a los empleados privados; así pues, encontramos que la figura antes citada estableció que la figura de pre pensionado es diferente a la denominada red social, figura de orden legal que opera en el contexto de la renovación, reestructuración y liquidación de entidades públicas”, también que definió el pre pensionado como aquel que se encuentra vinculado al sector público o privado, le falten menos de 3 años para consolidar los dos requisitos necesarios a efectos de obtener la pensión de vejez, esto es edad y número de semanas o tiempo de servicios o capital acumulado, dependiendo el régimen pensional al cual se encuentra afiliado, ya sea el RPM o el RAIS.

Habiendo entonces puesto de presente la jurisprudencia aplicable, porque se puede extender al régimen privado, encontramos que el aquí demandante Jiménez Jiménez al momento de la terminación de su contrato de trabajo, se encontraba afiliado al RPM, lo cual lo obligaba a cumplir de manera concurrente con los requisitos de edad y semanas para acceder a su pensión al momento de la terminación del contrato de trabajo, establecer los dos requisitos, esto es 62 años de edad y un cúmulo de 1275 semanas; así pues, teniendo en cuenta la documental Obrante en el plenario y que es relevante para la resolución se tiene que el ciudadano Jiménez Jiménez al momento del retiro contaba con 61 años cumplidos, cumpliendo uno de los dos requisitos pero no es menos cierto que no cumplía con el requisito de semanas, toda vez que contaba con 1036 semanas de cotización, según lo expuesto y de la documental allegada, es decir, le faltaban 239 semanas que equivalen a 4.7 años, es por lo anterior, que el despacho concluye que la parte actora pues no es beneficiaria de este fuero de pre pensionado, toda vez que como se señaló de manera previa, la jurisprudencia ha establecido que para que un trabajador pueda ser beneficiario del mismo deben faltarle menos de 3 años para consolidar los requisitos necesarios a efectos de acceder a la pensión, lo cual no se cumple en este caso debiendo por tanto, declarar que no hay lugar a este beneficio pre pensional. Ahora bien y en cuanto a los aportes pendientes de pago, en aras de verificar, se acreditaba este requisito, se tiene entonces que para los ciclos de marzo, mayo 2006, octubre, noviembre de 2007 y junio del año 2014, la administradora colombiana de pensiones realizó un cálculo actuarial, el cual fue sufragado por la parte actora, y estos tiempos se tuvieron en cuenta en la última historia laboral allegada al plenario, concluyéndose que no contaba con la densidad de cotización para ser beneficiario del beneficio de pre pensionado.

Procedemos entonces a emitir pronunciamiento respecto del tercer objeto de estudio, esto es, la pretensión subsidiaria que da cuenta de la terminación del contrato, de manera unilateral y sin justa causa; al respecto es oportuno precisar que las causas de terminación de todo contrato de trabajo, se encuentran consignadas de una parte en las disposiciones normativas que regulan la relación bilateral entre las partes trabajador empleador, esto es el reglamento interno de trabajo, el contrato de trabajo, convención o pacto colectivo y en nuestra legislación laboral, especialmente en los artículos 60 y 61 del CST, de tal forma que si la terminación del vínculo laboral no obedece a ninguno de los escenarios planteados anteriormente o en su defecto no se acredita la estructuración de la causa a la alegada se configuran entonces un despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del CST, lo cual trae consigo unas consecuencias jurídicas relevantes para las partes integrantes de la relación laboral, tal como es el pago de la indemnización por despido injustificado, valorado y cuantificado el mismo por el daño emergente y el lucro cesante ocasionado por la conducta infundada del empleador para la terminación del vínculo contractual; así las cosas, en caso de que se pretenda la declaratoria, un despido sin justa causa y su correspondiente indemnización, le corresponde al trabajador acreditar que la decisión de dar por terminado el vínculo laboral derivó unilateralmente el empleador estando entonces este último de conformidad con la carga dinámica de la prueba de demostrar el motivo invocado para direccionar la aludida terminación, es de esta manera que dentro del caso en concreto, se tiene probado que el ciudadano José Presentación Jiménez Jiménez, debido a su bajo grado de escolaridad analfabeta, no pudo elaborar la correspondiente carta de renuncia, con la cual se dio el finiquito del vínculo contractual que ató a las partes, puedo entender un primer momento pues el contenido de la misma antes de escribir o suscribir su rúbrica en dicha documental, téngase en cuenta que esta documental tampoco fue tachada o refutada tampoco quedó en duda que esta carta manifestando la renuncia, fue elaborada por el señor Mario Fernando Restrepo Forero y el aquí demandante, Jiménez



Jiménez tan solo llevó a cabo su rúbrica sin que se demostraran el trámite que tenía pleno conocimiento de la misma, téngase que en el hecho sexto se reconoció que fue el señor Restrepo Restrepo quien redactó y elaboró el escrito de supuesta renuncia.

De igual manera, no se probó por la parte actora una posible nulidad en este acto jurídico ya que es un hecho notorio que a partir del 15 de junio del año 2014 el señor José Presentación Jiménez dejó de prestar su fuerza laboral para el empleador y se retiró del lugar de residencia que le había sido asignada durante la vigencia del contrato, entendiéndose así que comprendía que el contrato había finalizado; es por todo lo anterior que este despacho judicial considera que nos encontramos ante una terminación del contrato sin justa causa, nótese primero que todo, no podemos hablar de la nulidad de la Carta de renuncia, no se encuentra ninguna clase de situación trayéndolos de la especialidad civil a la especialidad laboral, que genere una nulidad en dicha carta, qué es lo notorio a partir de esta carta de renuncia: que fue a partir de esta que se terminó el vínculo contractual que ató a las partes, concluyendo que lo que hubo con la redacción de la Carta y posterior firma, pues fue una terminación del vínculo contractual entre las partes y que esta terminación se dio con ocasión a una decisión voluntaria de manera unilateral por el empleador para esa época, el señor Mario Restrepo y el aquí demandante señor Jiménez Jiménez, tan solo pues presentó su rúbrica sin conocer ni manejar el contenido de la misma, por lo tanto, no es dable darle validez a dicha renuncia aportada por lo que habrá de condenarse y al no haberse probado en el trámite de este proceso, una justa causa de orden legal, que diera culminación o soporte la terminación del vínculo contractual, deberá fulminarse condena por dicha situación en los términos del artículo 64 del CST a favor del demandante y a cargo de la parte demandada, por lo cual, teniendo en cuenta entonces el vínculo contractual que ató a las partes que fuera determinado ya en acápite anterior en esta sentencia, esto es un contrato verbal a término indefinido teniendo el término que duró la relación, esto es, desde el 14 de agosto de 1995 y hasta el 15 de junio del año 2014, habiendo hecho las operaciones aritméticas, se deberá fulminar, condena por la suma de \$9.931.460.

Teniendo en cuenta las resultas del proceso, no se declarará probado ningún medio exceptivo, particularmente el de prescripción, teniendo en cuenta que, si la relación laboral terminó el 15 de junio del año 2014 y la demanda se radicó el 3 de agosto del año 2016, no se ha superado el término trienal dispuesto tanto en la norma sustancial como en la norma del trabajo y la Seguridad Social, artículos 488 y 151, respectivamente.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

El señor José Presentación Jiménez fue vinculado mediante contrato, el cual de acuerdo con la legislación laboral, se entiende como indefinido, cuyos extremos quedaron consignados con las prueba arrimadas al proceso y en las declaraciones de parte y como quedó también en la parte considerativa del fallo, el señor José Presentación empezó a padecer de úlcera varicosa en su pierna, la cual es una enfermedad que incurable a la luz del conocimiento de cualquiera de nosotros que teníamos no siendo médicos tratantes, lo cual eran presentadas o de ella se derivaron varias incapacidades que le fueron presentadas al señor Mario Restrepo para su reconocimiento y pago a mediados de julio 2014, el señor Restrepo en vista de que tenía muchas incapacidades por su tratamiento fue que elaboró la carta de su puño y letra; para nosotros es de conocimiento que el señor Mario Restrepo si tenía conocimiento de los padecimientos de la enfermedad que venía presentando el señor José presentación, como ya se probó que estamos claros en presencia de un engaño para terminar la relación laboral sin justa causa, ignorando el estado de salud del demandante, dicha enfermedad lo coloca en debilidad manifiesta y por ende, gozaba de estabilidad laboral reforzada, tal como entramos en contradicción con la consideración del despacho sobre la terminación por discapacidad, de acuerdo a la ley 361 de 1997 es dado mencionar en este instante que SaludCoop entraba en un periodo de intervención por la Superintendencia de salud y posteriormente su liquidación, es por ello que el tratamiento no tuvo de manera oportuna un tratamiento y una calificación de pérdida, por eso fue que esta entidad no entregó la totalidad de la historia clínica porque por parte de lo que se pudo recuperar, esta acción se desprende del escrito redactado.



No estamos de acuerdo con el despacho al no conceder la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361, porque el señor Mario Restrepo, que en paz descansa, sí tenía conocimiento de la enfermedad que padecía el señor José Presentación Jiménez; de igual modo el demandado no solicitó permiso o autorización al Ministerio de Trabajo para la terminación del contrato de trabajo, como lo establece la legislación laboral, siendo ilegal el despido, quebrantando la ley 361 del 97, dando lugar de paso a la indemnización del artículo 26 de la mencionada norma, porque ello intuye y entra en un entramado y se nota la mala fe que tuvo don Mario Restrepo, en despedir hacer como si fuera una renuncia para tener que no asumir la estabilidad laboral reforzada al señor José Presentación y el fuero de pre pensionado, si bien es cierto que tiene 1036 semanas cotizadas al sistema hace falta ciclos que no pago Mario Restrepo y la empresa Rosita la primavera, de cuyo era representante legal, por eso se allegó una circular donde están cobrando algunos aportes de unos ciclos faltantes; la parte demandada al no pagar la Seguridad Social y que ya dentro del plenario aportó el pago con el que actualizaron la historia laboral a 1036 semanas, quedando pendiente unos ciclos también no podemos pasar de vista que se trata de un adulto mayor en plena desprotección y no se le dio por parte de su Señoría porque sí quedó probado de que hubo un abuso del derecho en contra del señor José presentación, siendo así las cosas solicito al honorable tribunal que revoque de manera parcial lo que tiene que ver en la parte del fuero de estabilidad laboral reforzada, el fuero de pre pensionado, la indemnización del artículo 26, el reintegro y el aporte al sistema de seguridad social de las semanas dejadas de percibir durante el tiempo del despido y su posible reintegro.

La parte demandada indicó en su recurso:

Me permito de manera parcial presentar recurso en cuanto a la pretensión que su despacho concedió a la parte demandante en el sentido de determinar, que estamos frente a la terminación sin justa causa de un contrato de trabajo, el argumento de manera muy breve, se encuentra en que el despacho omitió la prueba fundamental para determinar que en este caso estamos frente a una renuncia voluntaria del señor José Presentación Jiménez en calidad de demandante, esto por cuánto quedó probado dentro del proceso, tanto por prueba documental como prueba testimonial que al momento y con anterioridad misma a la renuncia voluntaria del señor José Presentación Jiménez, llevó al señor Mario Fernando Restrepo a su sobrino para que por favor le diera trabajo y pudiera reemplazarlo porque él deseaba renunciar, fue así como antes incluso de la renuncia presentada en el año 2014 por el señor José Presentación Jiménez, el sobrino de este señor, en calidad de demandante en este proceso lo entrenó, le enseñó los oficios básicos que tenía que empezar a desarrollar tanto así que después de que el señor José Presentación Jiménez se retiró voluntariamente de la propia morada que el empleador le otorgaba de manera gratuita, sin poner ningún problema al respecto, el sobrino siguió trabajando y prestando sus servicios personales al empleador. No se entiende cómo el despacho omite esa prueba por cuanto esa es la prueba columna vertebral para demostrar en este caso concreto, que la renuncia del señor José Presentación Jiménez fue voluntaria y en ningún momento inducida por el señor Mario Fernando Restrepo, en esos términos dejó presentada el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral entre las partes, como tampoco sus extremos temporales, cuestiones que fueran aceptadas por la pasiva en escrito de contestación de demanda.

Determinado lo anterior, la Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad, si se configuró despido sin justa causa y de ser así, se estudiará si este fue motivado por el estado de salud del demandante para abordar la aplicación de la Ley 361 de 1997 y finalmente se



pronunciará en cuanto a la calidad que se alega de prepenisonado respecto del actor.

En cuanto al primer punto, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, revisado el caudal probatorio se evidencia que, contrario a lo señalado por la decisión de instancia, no se logra determinar que el actor no conociera el contenido de la carta de renuncia aportada junto con escrito de demanda, respecto de lo cual, la parte pasiva aceptó haberla elaborado; ello por cuanto, sólo fue en el interrogatorio de parte que indicó no saber leer y escribir, aun cuando en el poder conferido para presentar esta acción no realizó tal manifestación, contrario sensu, la rúbrica de este corresponde a la estampada en la carta de renuncia y tal afirmación únicamente la esbozó en la diligencia de interrogatorio, ya que en escrito de demanda se señala que tiene escasos estudios, más no, que no sabe leer o escribir.

Aunado a ello, en la citada diligencia de interrogatorio confesó que el día en que suscribió dicha comunicación, se encontraba con el señor Mario Restrepo, este último le indicó que él mismo elaboraría la carta de renuncia y se la puso de presente al actor y este procedió a suscribirla, por lo que de su propio dicho se extrae de manera clara que el difunto demandado le puso de presente que la comunicación a suscribir, correspondía a su **renuncia**.

No obstante lo anterior y contrario a lo indicado por la demandada en su recurso y alegaciones, a pesar de que el actor conociera el contenido de la comunicación redactada por su entonces empleador previo a suscribirla, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia entre otras desde sentencia con radicación 201852 del 15 de agosto de 2008, ha reiterado que la renuncia del trabajador, debe ser **voluntaria, consciente y libre**, presupuestos que no se dan en esta oportunidad, pues como lo acepta la misma pasiva, fue el mismo señor Mario Restrepo, empleador del actor y representante de la sociedad también demandada, quien redactó el contenido de la renuncia que tuvo la virtud de dar por finiquitado el vínculo laboral, circunstancia que permite concluir que la renuncia del actor, no tuvo la virtud de ser voluntaria y libre, ya que se ante la elaboración de dicha comunicación por parte del señor Mario, se vio compelido en el acto a efectuar su suscripción, que quedó probado conforme al dicho de la sucesora procesal de la pasiva, señora María Catalina Restrepo y el testigo Wilson Muñoz, que tales situaciones ocurrieron en un mismo día, que el señor Mauricio acudió a la



finca de su propiedad y en la que laboraba el actor, dialogaron sobre la renuncia y en ese mismo momento, esta fue elaborada por el primero para la firma del actor.

Así las cosas, se itera, al no haber obedecido la renuncia del actor a una decisión libre y voluntaria, se abre paso la indemnización objeto de condena, razón por la cual, no será objeto de modificación.

Determinado lo anterior y respecto del recurso planteado por la parte demandante, en cuanto a fuero de salud de que indica es beneficiario el actor, ha sido la CSJ, en su labor de unificación de la jurisprudencia la encargada de estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada, siendo su último pronunciamiento la sentencia la SL1154, de mayo de 2023 M.P. Marjorie Zúñiga Romero, la más reciente.

En esa providencia la Corte señaló en relación con el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad lo siguiente:

*De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, **la Sala considera que la discapacidad** se configura cuando concurren los siguientes elementos:*

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

*En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». **La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».***

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean



mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“(...)”

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

“(...)”

Y reitera:

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que



se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(...)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características....”

Claro entonces resulta, que si bien la Corte aclara que la discapacidad no depende de un factor numérico, destacando que los porcentajes que se utilizaban para la identificación de la discapacidad; previstos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 solo son compatibles para casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo y el 7 de febrero de 2013 para las de mediano y largo plazo conforme a la Ley estatutaria 1618 de ese año: **también lo es que definitivamente y así lo expresa; no puede confundirse la discapacidad con contingencias momentáneas de salud o patologías temporales.**

Esta Sala lo ha venido expresando antes de este pronunciamiento que como bien dice la Corte se hace en su función de unificación de la jurisprudencia; que no desconoce que la Corte Constitucional; también se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP); pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente.**

Y decimos como en este caso; pues si bien es cierto está acreditado, que el actor sufría de úlcera varicosa y puso de presente al empleador varias incapacidades con ocasión de dicha patología, también lo es que, no obra prueba que acredite su afirmación, según la cual, el señor Mario le indicó



que debido a su estado de salud, no podía seguir desempeñando su cargo en la finca de propiedad de este y aunque tal aspecto fue corroborado por el testigo y sobrino del actor, señor Wilson Muñoz, este es un testigo de oídas, ya que indicó que su tío fue quién le comentó tal situación; así las cosas, nada lleva a determinar que la terminación del vínculo laboral del actor, hubiera sido motivada por su padecimiento de salud como presupuesto indispensable para activar la protección contenida en la Ley 361 de 1997, debiéndose confirmar la decisión en este aspecto.

Ahora, en cuanto a la condición de prepensionado que alega el demandante, como bien lo refirió el juzgador de instancia, no se acreditan los presupuestos para considerar al actor beneficiario de esta protección, pues como lo ha reiterado la Corte Constitucional, entre otras en sentencia T – 055 de 2020 y estando probado que el actor cuenta con más de 62 años, para considerarse acreedor de esta garantía, debe estar a 3 años o menos de completar en este caso 1300 semanas de cotización y quedó suficientemente probado que actualizada su historia laboral con el cálculo por los periodos faltantes pagado por el empleador y cuyo comprobante de pago se aportó al expediente digital, que se efectuó ante Colpensiones el 7 de febrero de 2020, por valor de \$29.111.448, acumula 1036 semanas cotizadas, haciéndole falta para completar las 1300 en mención más de 3 años como lo señaló la decisión de instancia, por lo que no ostenta la condición alegada; siendo claro que ningún ciclo de vigencia de la relación laboral se encuentra pendiente por pago de aportes pensionales, pues con el pago efectuado, se cubrieron **todos** los periodos faltantes durante la vigencia de la relación laboral como lo acreditó la pasiva en expediente digital.

Finalmente, observa la sala que, durante el trámite procesal falleció el demandado, señor Mario Restrepo, razón por la cual, se tuvieron como sucesores procesales a sus hijos, Juan Fernando y María Catalina Restrepo a quienes se condenó al pago de la condena por concepto de indemnización por despido injusto; no obstante ante tal fallecimiento de la persona natural demandada, la figura aplicable no era la sucesión procesal; razón por la cual, se dispondrá **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que la condena allí impuesta, recae sobre los herederos del demandado fallecido Mario Fernando Restrepo.



Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que la condena allí impuesta, recae sobre los herederos del demandado fallecido Mario Fernando Restrepo, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2020-00183-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO VELÁSQUEZ GUEVARA

LUZ GLADYS OVALLE TORRES

DEMANDADO: AFP PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de julio del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

Los señores MIGUEL ANTONIO VELÁSQUEZ GUEVARA y LUZ GLADYS OVALLE TORRES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por muerte del afiliado en calidad de beneficiarios por el fallecimiento de su hijo EIDER DIDIER VELÁSQUEZ OVALLE. Como



consecuencia, solicita SE CONDENE a la AFP PROTECCIÓN a reconocer la pensión de sobreviviente a partir del 11 de enero del 2017, junto con la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que los demandantes son los progenitores del señor EIDER DIDIER VELÁSQUEZ OVALLE; que el causante se encontraba afiliado a la AFP PROTECCIÓN; que falleció el 11 de enero del 2017; que no tenía esposa ni hijos; que siempre vivió con sus padres en el barrio Kennedy; que el causante era el encargado de ayudar económicamente a sus padres respecto de la alimentación, pago de servicios públicos y arriendo distribuido con su otro hermano Edwin Miguel; que la única fuente de ingreso era el causante para la manutención y ayuda económica lo cual correspondía en su totalidad a su hijo menor Eider; que el otro hijo Edwin Miguel ayudaba con la afiliación de la EPS y gastos de medicamento y les colaboraba acompañándolos a citas médicas debido a que él no frecuentaba todos los días en la casa debido a la relación sentimental que tenía con su novia; que la demandada les negó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente indicando que no se había acreditado la dependencia económica; que actualmente la única fuente de ingresos con los que cuenta los demandantes es con la ayuda que reciben de algunos familiares; que su hijo mayor se independizó por lo que únicamente puede ayudar con la afiliación en salud y en ocasiones les ayuda con el pago de servicios públicos domiciliarios; que no cuenta con una pensión; que los pocos ingresos que tenía el señor Miguel Antonio (demandante) antes del fallecimiento de su hijo era percibidos siendo conductor; que dichos ingresos no eran suficiente para garantizar su independencia económica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 12, 13, 14 y 15,



negó el 8 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada, buena fe por parte de la demandada, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ GUEVARA y LUZ GLADYS OVALLE TORRES, causada con el deceso de su hijo EIDER DIDIER VELASQUEZ OVALLE, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para esta anualidad, retroactiva a partir del 13 de julio de 2017, en proporción equivalente al 50% para cada demandante y conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al reconocimiento y pago de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 22 de noviembre de 2017, hasta que se haga efectivo el pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., de las demás pretensiones de la demanda propuesta por MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ GUEVARA y LUZ GLADYS OVALLE TORRES.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales que deberán ser reconocidos a favor de los demandantes MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ GUEVARA y LUZ GLADYS OVALLE TORRES.”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra acreditada la condición de progenitores del causante; que estaba afiliado a Protección S.A.; que falleció el 11 de enero del 2017; que cuando falleció residía con su familia en la casa de sus padres; que la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003; que el causante no tenía ni hijos, ni pareja; que se encuentra probado la dependencia económica, la cual no debe ser total y absoluta; que se demuestra con los testigos la ayuda económica, por lo anterior ordenó el reconocimiento de una pensión de



sobreviviente en cuantía de un salario mínimo y los correspondientes intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que se debe condenar la pensión desde la fecha en que falleció su hijo; que no se debe aplicar la excepción de prescripción, pues se logró interrumpir el término prescriptivo con la primera solicitud que realizaron los demandantes.

La parte **demandada AFP PROTECCIÓN** interpone recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la Juez porque si bien es cierto, Protección a través de la firma consultando encontró según la versión de la demandante Luz Gladys Ovalle que existía un aporte por parte del causante en la suma de \$423.000, lo cierto es que el razonamiento que hizo dicha entidad es que el aporte no era significativo para sus padres. Indica que si bien la Corte de antaño ha indicado que la dependencia no debe ser total y absoluta, lo cierto es que se debe demostrar ese aporte y la magnitud del mismo, el cual debe afectar la sostenibilidad económica y el mínimo vital de los reclamantes. Solicita se revise el documento de visita domiciliaria realizada a los reclamantes en la cual la demandante indica que su esposo hacía un aporte de \$1'400.000 y ahora en el proceso dicen que había sufrido un percance y que no ayudaba. Que se debe revisar es la situación de los demandantes a la fecha del fallecimiento de su hijo. Que el señor Edwin Miguel brinda un aporte superior al del causante. Que la juez basó su decisión en los testimonios, pero que la señora Xiomara Ávila es una testigo de oídas y el señor Edwin Miguel al ser el otro hijo de los demandantes tiene un interés en favorecerlos y además se contradice en su declaración. Que no se acreditó el monto específico que aportaba el causante. Que el aporte que hacía el causante era para su propio sostenimiento. Solicita se revoque la condena por intereses moratorios, pues no se reconoció la pensión al existir una controversia sustancial entre la demanda (hecho 10) y lo que se probó en el proceso. Que en la demanda se refieren de una dependencia absoluta y luego hablan de una parcial y se contradicen con lo que informaron en la entrevista realizada en sede administrativa.



CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por ambas partes, la sala determinará en **apelación**, en primer lugar, si hay lugar a condenar a Protección al reconocimiento y pago de la prestación pensional reclamada y en caso afirmativo la fecha a partir de la cual se debe hacer el reconocimiento.

No fue objeto de reproche la fecha de defunción del señor Eider Didier Velásquez Ovalle (q.e.p.d.), que como quedó determinado en instancia, corresponde al 11 de enero del 2017, como tampoco que los señores Luz Gladys Ovalle Torres y Miguel Antonio Velásquez Guevara, ostentaron la calidad de progenitores del causante. Ni mucho menos que el señor Eider Didier Velásquez Ovalle dejó causado el derecho para sus beneficiarios al haber cotizado más de 50 semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, conforme se desprende de la historia laboral expedida por PROTECCIÓN.

Ahora, como es bien sabido, y tal como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2057-2022, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, que para el caso bajo estudio corresponde a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003, como acertadamente lo indicó la falladora de primera instancia.

El artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, establece como beneficiarios de la pensión de sobreviviente a los padres del causante si dependían económicamente de él, señala la norma en cita:

“ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo [13](#) de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE por la sentencia C-111 de 2006>
A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con



derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este...”

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es como lo ha dicho la CSJ entre otras en la sentencia SL 2117-2022 menguar las consecuencias económicas que se generan en el núcleo familiar por la intempestiva muerte de uno de sus miembros, afiliado o pensionado al Sistema General de Pensiones, que contribuye de manera sustancial al mantenimiento de dicho grupo familiar.

Conforme lo anterior, procede la Sala a verificar si los demandantes acreditaron dicha dependencia respecto de su hijo fallecido, o sí por el contrario, como lo sostiene la apoderada de la parte demandada, no se logra acreditar dicha dependencia.

Respecto de la dependencia económica es necesario precisar que el aparte de la Ley 797 del 2003 el cual exigía que la dependencia de los padres fuera total y absoluta fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C 111 del 2006 señalando que con dicha disposición se desconocían los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y a la dignidad humana, señalando la Corte:

*“(…) pues si la finalidad de la pensión de sobrevivientes es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado, y por ende, **evitar que el deceso implique un cambio sustancial en las condiciones mínimas de subsistencia de los beneficiarios, ello no descarta la posibilidad de que los padres puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo, de una actividad privada o de una pensión autónoma** (v.gr. pensión de vejez o de invalidez), siempre y cuando éstas no los conviertan en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación material que da fundamento a la citada prestación.” (negrilla fuera de texto)*

De otra parte, ha dicho la CSJ entre otras en la sentencia SL 2117-2022, que la dependencia de los padres frente al hijo fallecido no debe ser total y absoluta, pues la dependencia económica que es exigida a los padres para acreditar la condición de beneficiarios de la pensión de sobreviviente, no



implica que los mismos se encuentren en estado de mendicidad, con lo cual pueden contar con recursos propios u otras fuentes de recursos, siempre y cuando éstos recursos no les permitan una autosuficiencia.

Aclarando la Corte que no puede entenderse que lo anterior habilitó que cualquier ayuda por parte de un hijo se convierte en dependencia económica, por lo que deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial en las condiciones de su subsistencia.

Señalando la Corte los parámetros que deben seguirse a efectos determinar la existencia de dependencia económica de un afiliado o pensionado fallecido. Así lo dijo la Corte:

*“Como consecuencia de ello, resulta pertinente efectuar la calificación de la dependencia para lo cual, esta Sala ya ha establecido los parámetros que deben seguirse a efectos de determinar la existencia de dependencia económica de un afiliado o pensionado fallecido, partiendo de la premisa de que, si bien, la dependencia no debe ser total y absoluta, **la entrega de recursos a los familiares no puede ser tomada «como prueba determinante» de la dependencia**, CSJ SL14539-2016 y CSJ SL1921-2019. Esto implica que **la colaboración económica por parte de un hijo a sus padres no consagra una presunción de dependencia de los padres** y, por lo tanto, debe verificarse la magnitud de dicho aporte.*

Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en las sentencias anotadas que reprodujeron la línea de pensamiento fijada en 2014, por esta Sala en la sentencia CSJ SL14923-2014, y que se recuerdan:

a) *La dependencia económica debe ser:*



Cierta y no presunta:

se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres.

Regular y periódica:

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario.

Significativa, respecto al total de ingresos de beneficiarios:

se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.

Y, en decisión CSJ SL18980-2017, se reiteró que las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de este; por lo que tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia. En similar sentido pueden consultarse las sentencias CSJ SL529-2020 y CSJ SL704-2021.

En consecuencia, los padres deberán, mediante los medios de convicción, acreditar, además, de i) su imposibilidad de autosuficiencia en la generación de fuentes de ingresos, ii) la sujeción material a los ingresos del hijo fallecido al momento del óbito del mismo.

Así, al momento de estudiarse por parte de las entidades de seguridad social y, el mismo juez, se deberá adelantar la calificación de la dependencia bajo el estudio de los parámetros fijados por esta Corte a efectos de determinar la existencia o no de la misma.



Recordando la CSJ en la sentencia SL 4018-2021 en la que reitera lo dicho en las sentencias SL3628-2015 y SL 9196-2017 que, «[...] **lo que interesa para efectos de dispensar el derecho a la pensión de sobrevivientes es la situación existente al momento de la muerte del afiliado o pensionado**, y que «[...] no es admisible especular sobre la forma cómo lograron sobrevivir sin el aporte de su fallecido hijo, en la medida en que **lo trascendente es la situación económica de los padres para la época del fallecimiento**» (negritas fuera de texto).

Señaló además la CSJ en la sentencia SL 2487-2021 que no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante, pues este requisito no está previsto en la Ley.

Al descender al caso bajo estudio, lo primero que debe dejar sentado la Sala es que si bien no se requiere como ya se dijo que la dependencia de los padres frente al hijo fallecido sea absoluta, en este caso ni siquiera la parte demandante es clara al señalar si la dependencia del hijo fallecido frente a sus progenitores era total y absoluta o parcial, pues en los hechos de la demanda refieren que el causante era quien sufraga todos los gastos del hogar que tenía conformado con sus progenitores y, la demandante al absolver el interrogatorio de parte señala que recibían ayuda de otros familiares y de su otro hijo. Adicionalmente, previo al proceso cuando la demandada realiza la investigación administrativa, la demandante había referido que para el momento en que falleció su hijo, su cónyuge aportaba para el sostenimiento del hogar \$1'400.000 y cada uno de sus hijos la suma de \$423.000; luego la misma reclamante se contradice en cuanto si la dependencia era absoluta o parcial.

Adicional a esto, la demandante en la investigación administrativa refiere que para la fecha en que falleció su hijo Eider Didier su cónyuge se encontraba laborando como conductor de mula y al absolver el interrogatorio de parte señala que para esa fecha no se encontraba laborando, pues había tenido el año anterior un percance con su vehículo,



lo cual como lo señala la apoderada de la parte demandada es abiertamente contradictorio.

Ahora, la falladora de primera instancia basa su decisión en los testimonios recaudados, sin embargo, contrario a su dicho, con ellos no se logra probar la dependencia económica de los demandantes frente a su hijo fallecido, pues nótese que la señora **Xiomara Alexandra Ávila Bermúdez** quien manifiesta ser vecina de los demandantes, cuando se le pregunta de donde venían los ingresos del grupo familiar, manifiesta “formalmente no se los detalles” y afirma que su conocimiento deviene de lo que ha escuchado de ellos, posteriormente, indica que cuando vivía Didier si habían factores que le indicaban que él les ayudaba a sus progenitores económicamente y, cuando se le preguntan que factores le indicaban dicha dependencia, afirma que la demandante les pedía plata prestada y les decía que Didier a fin de mes le daría para pagarla y, que por esto supone de la ayuda que el causante les brindaba, sin embargo, Didier nunca les pagó directamente, ni vio dicha ayuda directamente, sino que afirma que su conocimiento deviene de lo que le comentaba la demandante, luego efectivamente como lo indica la apoderada de la parte demandada, la declarante es una testigo de oídas, por lo que con ella no es posible probar la dependencia económica exigida.

El otro testigo es el señor **Edwin Miguel Velásquez Ovalle** quien es el otro hijo de los demandantes y, quien efectivamente se contradice en su declaración, pues señala que su hermano aportaba para el hogar entre \$800.000 y \$900.000 mensuales, siendo que su salario era de \$780.000, señalando que además de laborar en el call center dictaba de manera esporádica clases de inglés o en el gimnasio; señala que Didier era él que más ayudaba cuando su progenitora indicó en la investigación en sede administrativa que el aporte de sus 2 hijos era igual de \$423.000 cada uno; cuando se le pregunta por parte de la apoderada de la demandada, porque tiene conocimiento del aporte a su progenitora por parte de su hermano fallecido, indica que porque él hablaba con su hermano, señala que no estaba presente cuando Didier daba esa ayuda y, posteriormente corrige diciendo que algunas veces si se encontraba presente, lo cual es



contradictorio y por ende no genera certeza a la sala sobre la dependencia económica de manera permanente que se exige en la norma.

Por tanto, teniendo en cuenta que no existe ninguna prueba que permita demostrar efectivamente el suministro de recursos del causante hacía sus progenitores, no siendo posible suponer que al vivir en el mismo hogar sus padres dependían económicamente de él, pues lo que deja ver la misma demandante en la investigación administrativa es que ella dependía económicamente era de su esposo quien hacía un aporte de \$1'400.000, siendo el aporte de sus hijos para su propio sostenimiento, por lo que no queda otro camino que revocar la decisión proferida en primera instancia, para en su lugar **absolver a la demandada** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Y dado las resultas del recurso presentado por la parte demandada, se hace innecesario resolver la apelación presentada por la parte demandante.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar ABSOLVER a la demandada AFP PROTECCION S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y se declara probada la excepción propuesta de incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación reclamada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.



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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-00172-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ELIZABETH RODRÍGUEZ OLARTE
DEMANDADO: UGPP

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **OMAR ANDRÉS VITERI DUARTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.803.031 y tarjeta profesional No. 111.852 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad VITERI ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la UGPP y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. ALVARO GUILLERMO DUARTE LUNA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 87.063.464 y tarjeta profesional No. 352.133 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la vinculada y la UGPP, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de septiembre del 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la UGPP y la señora Ersilda Correa Maimòn.

ANTECEDENTES

La señora ELIZABETH RODRÍGUEZ OLARTE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente a partir del 25 de julio del 2019, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. Solicita se pague la pensión debidamente indexada.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que contrajo matrimonio con el señor Jesús María Parra González (q.e.p.d.) el 08 de diciembre de 1967; que fruto de esa relación procrearon dos hijos Nicolas Parra Rodríguez y Miguel Ángel Parra Rodríguez quienes en la actualidad son mayores de edad; que se encontraba separada de hecho del causante desde el 25 de agosto de 1983 por el maltrato físico y moral de la que era víctima; que el causante desde el año 1983 al 2015 vivió en la casa de sus padres en la ciudad de Bogotá; que el causante vivió en Bogotá hasta agosto del 2015 fecha en la cual se trasladó a vivir a la ciudad de Cartagena Bolívar; que conforme el dicho de los vecinos el causante vivía solo; que 2 años antes de su fallecimiento comenzó a buscar a su familia; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente la cual le fue negada por existir controversia, teniendo en cuenta que la señora Ersilda Correa Marimon también solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que no le constaba el 3, 4, 5, 6, 7 y 12 y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y, prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y GESTIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reconocer y pagar a la demandante, ELIZABETH RODRÍGUEZ OLARTE pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de JESÚS MARÍA PARRA MORENO a partir del día 25 de julio del año 2019, tomando como valor de mesada pensional para el año 2019 \$8478.338, para el año 2020 \$879.588, para el año 2021 \$908.526 y para el año 2022 como salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada UGPP a reconocer y pagar a la demandante, ELIZABETH RODRÍGUEZ OLARTE por concepto de retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes generada por el fallecimiento de JESÚS MARÍA PARRA MORENO por 13 mesadas pensionales, liquidado entre el 25 de julio del año 2019 al 30 de agosto del año 2022, la suma de \$36.499.298.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UGPP a reconocer y pagar a la demandante, ELIZABETH RODRÍGUEZ OLARTE intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre el valor de las mesadas adeudadas y no canceladas a partir del 11 de diciembre del año 2019. CUARTO: CONDENAR a la demandada UGPP al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de ELIZABETH RODRÍGUEZ OLARTE.”



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la norma aplicable al presente caso es la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003; que la cónyuge separada de hecho debía acreditar de convivencia de 5 años en cualquier tiempo; que la señora Elizabeth Rodríguez Olarte acreditó el matrimonio católico desde el 08 de diciembre de 1967 con el causante y que convivieron hasta el año 1983, por lo que acreditó 5 años en cualquier tiempo. La señora Ersilda acudió en calidad de compañera permanente por lo que debía acreditar convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento, lo cual no probó, pues considera que los testigos se contradicen incluso con el dicho de la señora Ersilda. Reconoce la sustitución pensional únicamente a la señora Elizabeth Rodríguez Olarte y condenó a los intereses moratorios a partir del 11 de diciembre del 2019.

RECURSOS DE APELACIÓN

La señora **Ersilda Correa Marimon** interpone recurso de apelación argumentando que la prestación económica debe ser repartida entre la cónyuge y la compañera permanente de manera proporcional al tiempo convivido en atención al principio constitucional de solidaridad, equidad e igualdad. Indica que se probó que la señora Ersilda convivió en los últimos años de vida con el causante con la declaración de los testigos; que se prueba que la señora Ersilda fue la compañera permanente del causante desde 1989; que a pesar de que existió una separación corporal no implicó que hayan dejado de convivir; que el causante nunca abandonó a su familia; que el causante siempre estuvo pendiente de ellos; que su ida a Bogotá fue por razones de fuerza mayor por cuestiones de la salud de su progenitora y porque había un inquilino que se quería apoderar de la casa y, por cuestiones de calor; que el causante nunca dejó de visitar a su familia en Cartagena y, que la señora Ersilda y sus hijas lo visitaban en la casa de la progenitora del causante; que estaban pendientes de los gastos económicos y se ayudaban mutuamente en temas de salud; que al momento del fallecimiento todos los trámites los hizo la señora Ersilda; que está el certificado de Salud Total; que la CSJ ha dicho que hay circunstancias especiales en las cuales las parejas



no pueden convivir como es por temas de salud, trabajo, etc, lo cual no conlleva a que desaparezca la comunidad de vida o la existencia de la pareja; que se demostró con los testimonios que el causante vivía en Cartagena iba y venía; que se debe tener en cuenta que el testimonio rendido por la señora Genis y no se tenga en cuenta la declaración de la señora Cecilia Traslaviña por cuanto es una testigo de oídas.

Por su parte, la **UGPP** interpone recurso de apelación argumentando que tanto la cónyuge como la compañera permanente debían acreditar la convivencia de 5 años con anterioridad al fallecimiento; que la demandante manifestó que de 1983 al 2019 no convivió con el causante; que debían acreditar la convivencia simultánea en los 5 años anteriores al fallecimiento; que la misma demandante confiesa que el causante vivía solo. Finalmente, reitera que la señora Elizabeth no acreditó la convivencia, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la pensión deprecada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor **Jesús María Parra Moreno**, que tuvo lugar el 25 de julio del 2019, como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado, pues venía percibiendo una pensión por parte de la UGPP, la cual le fue reconocida mediante la Resolución 2089 del 23 de febrero de 1996.

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



“ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>
Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditados los requisitos exigidos respecto de la señora **Ersilda Correa Marimón** en su calidad de compañera permanente y únicamente reconoció la pensión en favor de la señora **Elizabeth Rodríguez Olarte** en su calidad de cónyuge supérstite separada de hecho. El problema jurídico que centra la atención de la Sala conforme los recursos de apelación consisten en determinar si las señoras Ersilda Correa Marimón y Elizabeth Rodríguez Olarte tienen derecho a la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Jesús María Parra Moreno.



- **Ersilda Correa Marimón**

Teniendo en cuenta la norma precitada y como quiera que la señora Ersilda Correa Marimón pretende se le sustituya la pensión que en vida recibía el señor Jesús María Parra Moreno, señalando que ostentaba la calidad de **compañera permanente**, es claro que debía acreditar haber convivido con el causante por lo menos los 5 años anteriores al fallecimiento, para tener derecho a la pensión deprecada.

Una vez revisado el material probatorio recaudado, considera esta Sala que contrario a lo señalado por su apoderado, la señora Ersilda no logra probar la convivencia exigida en los 5 años anteriores al fallecimiento, tal y como lo entendió la falladora de primera instancia, como quiera que si bien las testigos traídas al proceso por la compañera permanente como fueron las señoras Catalina García Morelos y Genis María Nieto Centeno manifiestan ser amigas de la señora Ersilda y afirman que siempre convivió con el causante hasta su fallecimiento por más de 5 años, lo cierto es, que esto se contradice con la misma declaración del señora Ersilda quien confesó que se fue a vivir con el causante en el año 1989 y que vivieron hasta el año 2006, pues el causante se fue a vivir a Bogotá y que el causante las visitaba cada 3 o 4 meses; indica que el causante duró viviendo en Bogotá casi 10 años y que regresó a Cartagena donde ella siempre ha vivido en el año 2015. Afirma además, que el causante *“venía día por medio o venia todos los días y se quedaba un rato con nosotros porque aquí había una hija mía entonces él a veces la cuidaba porque yo tenía que trabajar”*, señalando que para el año del 2015 en la casa de Santa Clara sólo se organizó un cuarto y que el causante vivió allá un año con su hija mayor y, que luego él se quedó viviendo allá mientras que la señora Ersilda se quedó viviendo en la casa de Villa Grande, indicando que a veces ella iba con su hija a la casa de Santa Clara.

Lo anterior, lo que deja ver, es que efectivamente como lo entendió la falladora de primera instancia la señora Ersilda y el causante sólo convivieron hasta el año 2006 fecha para la cual el señor Jesús María Parra Moreno se trasladó a vivir sólo a la ciudad de Bogotá y, que posteriormente



cuando regresó en el año 2015 a vivir en Cartagena no convivió con la señora Ersilda sino que vivía solo en una casa diferente a la de ella, pues como lo confiesa la señora Ersilda el causante iba a su casa un rato para visitar a sus hijas, pero no estaban conviviendo juntos, simplemente seguía al pendiente de sus hijas y las visitaba y las ayuda económicamente.

Y es que contrario a lo dicho por el apoderado de la señora Ersilda, la pareja que conformaba con el causante se reitera dejó de convivir desde el año 2006, pues nótese que cuando regresa en el año 2015 a Cartagena ni siquiera convive en la misma casa que la señora Ersilda vive un año con su hija en otra casa y luego vive sólo; esto además se corrobora con la declaración del señor Alejandro Parra Moreno hermano del causante quien manifiesta que su hermano mantuvo una relación con la señora Ersilda pero que se separaron cuando su hermano se fue a vivir a Bogotá y que cuando regresó en el año 2015 hasta su fallecimiento convivió un tiempo con una de sus hijas y luego sólo; señalando que cuando falleció ya no convivía con la señora Ersilda.

Ahora el hecho de que el demandante seguía visitando la casa de la señora Ersilda como lo indica el apoderado de la compañera permanente no es prueba de convivencia, sino simplemente de que el causante en su condición de padre visitaba la casa donde habitaban sus hijas. Evidenciándose en este caso contrario a lo que indica el apoderado que no es que no hayan podido convivir por temas de salud o trabajo, sino que en este caso si desapareció la comunidad de vida, pues se reitera ni siquiera a partir del año 2015 que vivían en la misma ciudad convivían juntos.

En consecuencia, acertó la falladora de primera instancia al señalar que la señora Ersilda Correa Marimón no acreditó haber convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento, razón por la cual no le asiste derecho a la sustitución pensional que reclama.



- **Sustitución pensional Elizabeth Rodríguez Olarte**

La señora Elizabeth Rodríguez Olarte solicita la sustitución pensional en calidad de cónyuge separada de hecho con vínculo matrimonial vigente.

Pues bien, al respecto es preciso indicar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece en su literal b), que son también beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

“[...]

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del***



causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.” (negrilla fuera de texto)

Frente a lo anterior ha enseñado la Corte entre otras en la sentencia SL 2257-2022 en la cual reiteró lo dispuesto en la sentencia SL 966-2021 y SL 359-2021 que el cónyuge separado de hecho del causante, pero con vínculo matrimonial vigente, no tiene como carga demostrar la continuidad de los lazos familiares y afectivos, dado que no constituye esta circunstancia una exigencia legal prevista en el inciso 3° del literal b) antes transcrito. Así lo ha dicho:

“En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Por tanto, el ad quem incurrió en el error que se le endilga, pues el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.”



En el presente caso, se encuentra probado que la señora Elizabeth Rodríguez Olarte contrajo matrimonio el 03 de diciembre de 1967 con el causante como da cuenta el registro civil de matrimonio.

En cuanto a la convivencia, contrario a lo señalado por la apoderada de la UGPP, y conforme la jurisprudencia citada, al reclamar la señora Elizabeth la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite separada de hecho, no era necesario acreditar la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Jesús María sino que esos 5 años los podía acreditar en cual tiempo y, así lo hizo con las declaraciones de la señora Cecilia Traslaviña amiga de la señora Elizabeth y con el testimonio del señor Alejandro Parra Moreno hermano del causante quienes dieron fe de que con posterioridad al matrimonio la señora Elizabeth y el causante convivieron por más de 5 años más o menos hasta el año 1983; encontrándose así acreditada la convivencia de 5 años en cualquier tiempo.

Por lo que acertó la falladora de primera instancia al establecer que la señora Elizabeth Rodríguez Olarte logró acreditar la convivencia exigida, por lo que le asiste derecho a la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Jesús María Parra Moreno en un 100% como quiera que fue la única en acreditar que cumplía con los requisitos exigidos.

Mesada que se pagará en los mismos términos que venía percibiendo el causante.

En cuanto a la condena por **intereses moratorios**, lo cual se estudia en consulta en favor de la UGPP, se tiene que debe recordarse que conforme lo ha enseñado la CSJ entre otras en la sentencia SL 14528-2014 reiterada en la SL 3004-2022 los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben imponerse siempre que exista retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento de la demandada o de las particularidades que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues se trata simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce la mora en el



cumplimiento de las obligaciones pensionales, dado el carácter resarcitorio y no sancionatorio de dichos intereses.

Indicando además la Corte en su jurisprudencia que existen salvedades que exoneran de la imposición de los intereses moratorios deprecados, como lo es que fluyan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido o por aplicación de reglas jurisprudenciales o **ante la existencia de conflicto de beneficiarios.**

En este caso existía conflicto entre la cónyuge supérstite y la señora Ersilda quien señalaba era la compañera permanente del causante, por tanto, no era posible condenar al pago de intereses moratorios como lo hizo la falladora de primera instancia; razón por la cual se modificará el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar absolver de los intereses moratorios deprecados. Sin embargo, teniendo en cuenta la devaluación de la moneda se ordenará que las mesadas adeudadas se paguen de manera indexada al momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada del pago de intereses moratorios y se CONDENA a la UGPP a pagar las mesadas adeudadas a la señora Elizabeth Rodríguez Olarte de manera indexada al momento en que se efectúe el pago, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.



TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 35-2017-119-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: HUMBERTO MUÑOZ BARRAGAN

**DEMANDADO: MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA
LTD Y JJ EMPLEOS TEMPORALES SAS**

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGACIONES

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

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferido por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día trece (13) de julio de dos mil veintidós, (2022) por medio del cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre Humberto Muñoz Barragán y Mansarovar Energy Colombia Ltd., existió una relación laboral entre el 19 de octubre del 2012 al 09 de septiembre del 2016.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la demandada Mansarovar Energy Colombia Ltd. Por secretaria liquídense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000...”

HECHOS

El señor **HUMBERTO MUÑOZ BARRAGAN** a través de apoderado instauró demanda en contra de **JJ EMPLEOS TEMPORALES SAS** y solidariamente contra **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que ente esta última y el demandante existió contrato realidad, el cual se inició el 1 de agosto de 2010 y terminó el 9 de septiembre de 2016, que el cargo para el que fue contratado fue de Drilling Supervisor, con un salario de \$5.583.529, que ingreso a este cargo por intermedio de la empresa de servicios temporales **GENTE EN ACCIÓN LTDA**, que los servicios prestados fueron en el campo jazmin, moriche y velasquez en donde la sociedad MANSAROVAR ejecutaba obras, que el 20 de octubre de 2011, el demandante fue diagnosticado con enfermedad cardiovascular de pica izquierda, hidrocefalia secundaria no comunicante, neumonía asociada al ventilador y cardiopatía comoasria, que hasta el 30 de septiembre de septiembre de 2012 estuvo vinculado por esta empresa de servicios temporales, pero luego continuo laborando a través de JJ EMPLEOS TEMPORALES, hasta su terminación, que el contrato fue terminado estando el demandante en estado de debilidad manifiesta, luego el despido es ineficaz. En consecuencia, solicita reintegro, pago de salarios, prestaciones, vacaciones, aportes indexación extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. En forma subsidiaria solicita pago de salarios, prestaciones, indemnización del art 64 del CST, moratoria, indexación extra y ultra petita y costas del proceso. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que: los servicios prestados desde el 1 de agosto de 2010, lo fueron en Mansarovar y por intermedio de empresas de servicios temporales, que el cargo y lugar en donde los desempeñó son los relacionados en las pretensiones, así como el haber sufrido los problemas de salud allí también relacionados, que prestó servicios de manera ininterrumpida hasta el 9 de septiembre de 2016, que durante el tiempo que prestó servicios estuvo expuesto a factores que causan enfermedades, que fue despedido encontrándose en debilidad manifiesta, que instauró acción de tutela y se ordenó el reintegro a la empresa JJ EMPLEOS TEMPORALES, que en virtud de dicha acción le paga la indemnización de la ley 361 de 1997 pero el 5 de enero de 2017 suspende el contrato, con base en el artículo 51 del CST, por

haber terminado el contrato comercia con Mansarovar. (Expediente Digitalizado).

La demandada JJ EMPLEOS TEMPORALES SAS HOY LIQUIDADA contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que pagó al actor lo adeudado y que la finalización del contrato se dio por la finalización del contrato con Mansarovar. Agregó que el pago se dio ante la exigibilidad de la póliza y la liquidación de la empresa. Negó así en su mayoría los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia del demandado, cobro de lo no debido, pago parcial, prescripción. (Expediente Digital).

La demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, afirmando que celebró contratos comerciales con las empresas de servicios temporales, para el envío de trabajadores en misión y para los remplazos previstos en la ley 50 de 1990 artículo 77 y que nunca se excedieron los limites previstos en la Ley. En consecuencia, negó en su mayoría los hechos sosteniendo que nunca existió vínculo laboral con el demandante. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (Expediente Digitalizado)

Tramitada la primera instancia el juez 35 tomó la decisión que hoy estudia la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: “ ... *si bien el demandante solicita la declaratoria de la relación laboral desde el 01 de agosto del 2010 señalando que prestó sus servicios a través de vínculos realizados con la temporal gente en acción, lo cierto es que no hay ninguna prueba de que el eventual servicio prestado por el demandante se hiciera a favor de la demandada MANSAROVAR, por lo que no existe ninguna prueba de que el actor haya prestado sus servicios del 01 de agosto del 2010 al 30 de septiembre del 2012 a la empresa petrolera MANSAROVAR. Se pasa a estudiar la vinculación del demandante a partir del 12 de octubre del 2012 al 09 de septiembre del 2016 advirtiéndose en el folio 32 numeral primero el contrato de trabajo por obra o labor suscrito por el demandante y la demandada JJ empleos temporales donde aparece que el actor ejercerá el cargo de supervisor en la empresa usuaria MANSAROVAR tomando como fecha de inicio el 19 de octubre del 2012 y en el fl 52 aparece el documento de la terminación del contrato del 09 de septiembre del 2016, atendiendo la culminación de la obra conforme a la notificación efectuada por la empresa usuaria MANSAROVAR. Está demostrado que el demandante prestó sus servicios para la usuaria MANSAROVAR desde el 19 de octubre del 2012 al 09 de septiembre de 2016 por espacio de 3 años, 10 meses y 21 días. Indica que el art. 77 de la Ley 50 de 1990 indica que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo pueden contratar dichas personas jurídicas cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a las que se refiere el artículo*

60 del CST, cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencias, en incapacidades o para atender incrementos en la producción, en transporte, en ventas o transporte de mercancías, períodos gestacionales de cosechas y la prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogable por 6 meses adicionales. Que analizadas las pruebas se evidencia pese a que la demandada MANSAROVAR señaló que la vinculación se hizo conforme lo autorizado en las normas lo cierto es que no hay ninguna prueba que demuestre su afirmación porque sólo se allegan los contratos suscritos con la temporal en los que no se evidencia tal situación. Que se encuentra demostrado que la vinculación del demandante excedió los tiempos establecidos en la norma y no se corrobora que la vinculación haya obedecido a circunstancias excepcionales conforme lo permite la norma citada. Que conforme lo indica la CSJ las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para suplir necesidades permanentes de las empresas usuarias. Por tanto, se debe declarar que el demandante es trabajador de la empresa usuaria. Respecto de la estabilidad laboral reforzada indica que la CSJ ha establecido 3 requisitos para que opere dicha estabilidad, primero, que tenga una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, segundo, que el empleador conozca de la discapacidad y tercero, que la relación laboral termine con ocasión de esta. Aclarando que la garantía reclamada procede únicamente para las personas que presentan afectaciones físicas, psíquicas o sensoriales en los grados requeridos conforme a la regulación vigente para la época y no para las que padezca cualquier tipo de discapacidad y menos aún para quienes simplemente se hallen en incapacidad o con algún diagnóstico por afectación de salud. Que la Corte Constitucional en cuanto al acceso de estabilidad laboral reforzada ha expresado que en esos casos además del requisito administrativo de la autorización de la oficina del trabajo la protección constitucional dependerá de 19 que se establezca que el trabajador tenga un estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares pues no cualquier afectación en su salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como sujeto de especial protección constitucional, 2) que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido y finalmente 3) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación de manera que sea claro la discriminación. Que analizadas las reseñas jurisprudenciales se advierte que hay concordancia en los altos tribunales en lo que tiene que ver con la presunción del comportamiento discriminatorio por parte del empleador en razón del estado de salud de su empleador lo que obliga al juzgado a realizar una evaluación completa de la situación que rodeó la terminación del contrato. Afirma que se aparta respetuosamente de los lineamientos de la CSJ pues estima más garantista el postulado de la Corte Constitucional. Que en el expediente se allegó la historia clínica del demandante del 20 de octubre del 2011 en donde se indica que el demandante tenía patologías de origen neurológico, cardiopatía y neumonía asociada a ventilador determinando que el paciente presentaba una evolución neurológica hacia la mejoría con manejo de psiquiatría sin presentar nuevos episodios de mioclonía con control de cifras arteriales y glucometría, que en el folio 40 hay recomendaciones suscritas por el médico general del 17 de marzo del 2015 en donde se indica que el actor recibió incapacidad por 73 días y además manifiesta que se trataron de manera completa células varicosas pues para esa oportunidad tenía la patología y se recomienda realizar actividad laboral; que se allegó la resonancia magnética de cerebro realizada el 16 de junio del 2016, obran recomendaciones

laborales e incapacidad de 1 día del 06 de julio del 2016, resonancia magnética de columna del 29 de julio del 2016 y finalmente el 03 de septiembre del 2016 el actor acude a fisioterapia, que obra un dictamen realizado por Juan Guillermo Campo Lara en el cual se establece como fundamento de la calificación la hipertensión arterial, el infarto agudo del miocardio, enfermedad cardiovascular no especificada, diabetes mellitus, trastorno de disco lumbar y cervical y el trastorno mixto de ansiedad y depresión con fecha de estructuración de invalidez del 18 de enero del 2018. Señala que si bien el actor padecía de dolencias las mismas no generaron que se viera afectado o se viera afectada la prestación de los servicios para la cual se encontraba vinculado, como quiera que las enfermedades que lo aquejaron en el año 2011 y 2015 fueron superadas por el trabajador como se señala en los documentos en los que ya se hizo referencia. Que aunado a lo anterior si bien el actor en el año 2016 acude al servicio de ortopedia el profesional de la salud solo considero necesario remitir al trabajador al servicio de terapia física que determino la realización de 7 sesiones sin determinar que debía tener algún tipo de incapacidad o recomendación. Que tal y como lo informa el propio actor en su escrito de demanda desde su vinculación en la empresa usuaria ejerció el mismo cargo sin que se allegara ninguna prueba que determine que durante la relación laboral se modificaran las funciones ejercidas por éste conforme a las patologías que lo aquejaban; que el Despacho no desconoce que el actor sufría de dolencias que lo llevaron a acudir a los servicios de salud, pese a ello se tiene que las patologías que lo aquejaron entre los años 2011 y 2015 fueron exitosamente superadas y si bien en segundo semestre del año 2016 el actor acude nuevamente a los servicios de ortopedia, lo cierto es que el profesional que lo atendió sólo estableció como tratamiento las sesiones de terapia que ya se mencionaron y que a pesar de que el actor aporta un dictamen en el que se establece una pérdida de capacidad que supera el 50% se encuentra que la fecha de estructuración de la invalidez corresponde a una fecha posterior al despido. Aunado a lo anterior el peritazgo incluye diagnósticos que no se encuentran contemplados en las historias clínicas aportadas en el expediente, lo que impide a ese juzgador determinar si la totalidad de los diagnósticos plasmados allí en el documento se generaron con anterioridad al despido. **Tampoco existe certeza de que el empleador tuviera conocimiento de la situación de salud del trabajador previo a la terminación del vínculo. Indica que ninguna de las actuaciones de los profesionales de la salud que se allegaron al proceso fueron radicadas en la empresa usuaria o en la temporal. Tampoco se puede establecer que el empleador del demandante tuviera conocimiento de su estado de salud con anterioridad a la fecha de terminación del vínculo ya que en el año en que esta culminó conforme a los documentos que se allegaron al expediente el actor sólo tuvo un día de incapacidad** y acudió a los servicios de salud en 5 ocasiones lo que impide al Despacho determinar que para el empleador era evidente que el trabajador tuviera un problema de salud. En cuanto a las manifestaciones de los testigos debemos señalar en cuanto a la tacha de sospecha presentada respecto de Pedro Morales que es descartada por el Despacho. Los testigos traídos al proceso informan que creían que Mansarovar conocían los quebrantos de salud del demandante, declaración que es de tipo subjetivo por lo que no puede ser tomada en cuenta. Y que aunado a lo anterior los 2 testigos manifestaron que para cualquier permiso se debía pasar la solicitud a la temporal a través de la profesional de la salud y seguridad en el trabajo, por lo que no es posible para el Despacho tener como probado que el empleador del actor conociese los quebrantos de salud ya que no tuvo períodos extensos de incapacidad y

asistió en contadas ocasiones al servicio de salud, situación que tampoco conocía la empresa usuaria ya que los permisos se tramitaban ante la temporal, por lo tanto, y al no demostrarse que la situación de salud del demandante fuera conocida por el empleador al momento del despido no es posible establecer que el actor fuera beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por su situación de salud, por lo que se absuelve al empleador de toda y cada una de las pretensiones de la demanda.

Inconformes con la decisión las partes presentan recurso así:

PARTE DEMANDANTE

*“Señala que contrario a lo manifestado por el Juez en el presente proceso sí se acreditó que en vigencia de la relación laboral el demandante se encontraba con fuertes padecimientos de salud los cuales le impedían y dificultaban sustancialmente el ejercicio de su labor; que los testimonios de Didier Valencia y Pedro Morales **declararon a este Despacho de manera contundente que todas las personas que padecían o tenían algún padecimiento de salud o alguna patología que les dificultara la prestación del servicio eran reubicados en campo Velásquez de Mansarovar a donde fue enviado el demandante; que de igual manera Obsérvese que todas las historias clínicas aportadas dan cuenta de diferentes enfermedades que se presentaron en vigencia de la relación laboral, inclusive Téngase en cuenta que el 06 de julio de 2016 se le otorgaron recomendaciones laborales de las cuales se puede establecer que al demandante si se le dificultaba sustancialmente el ejercicio de sus funciones y adicional a ello se le dio una incapacidad y unas órdenes médicas para ser visto por especialistas; que sumado a lo anterior 6 días antes de la terminación del contrato el 03 de septiembre del 2016 se le dieron órdenes de terapia lo que quiere decir que el demandante se encontraba en tratamiento de sus enfermedades a la terminación del contrato; que de igual manera en la carta de terminación del contrato de trabajo del 09 de septiembre del 2016 se ratifica que las empresas codemandadas conocían de las afectaciones en el estado de salud del demandante por lo cual señala que se mantendrá vinculado en el sistema de seguridad social; que se debe tener en cuenta que las declaraciones testimoniales del señor Didier Valencia y Pedro Morales fueron contundentes al declarar que ellos tenían que pasar por el filtro de Mansarovar a efectos de solicitar los permisos y las autorizaciones para ir a sus citas médicas de lo cual se colige primero que si se encontraba en una situación de salud dificultosa que le impedía el desarrollo normal de sus funciones encontrándose en un estado de debilidad manifiesta y segundo que la empresa Mansarovar siempre tuvo conocimiento como dan cuenta las pruebas obrantes en el expediente, los testimonios y los interrogatorios de parte. Que frente al dictamen de pérdida de capacidad laboral que se aportó a este proceso por el perito Juan Guillermo Campo Téngase en cuenta que el mismo explicó que la fecha de estructuración se dio con posterioridad a la terminación de la relación laboral al 2018 por cuanto los parámetros que rigen este tipo de calificaciones establecen que dicha fecha se da con ocasión y se deben establecer con base en la historia clínica y en un punto en el cual ya no se presente mejoría; razón por la cual dicha fecha de estructuración no significa que el trabajador no hubiere presentado una pérdida de capacidad laboral durante la vigencia de la relación laboral; que frente a la fecha de estructuración tenemos la sentencia SL del 18 de marzo de 2019 radicado 31062 que en síntesis establece que el dictamen de***

pérdida de capacidad laboral no es una prueba solemne sino que se tienen que extraer los elementos de juicio que se considere por los operadores judiciales y adicional que la fecha de estructuración no es óbice y no tiene porque ser un limitante, ni tampoco tiene porque cercenar porque con base en ella se puede cercenar el derecho a la estabilidad laboral por cuanto así no lo estableció el legislador. Que solicita se tenga en cuenta que no fue objeto de ponderación por el A quo que para la fecha de terminación de la relación laboral no existía una justa causa de terminación del contrato de trabajo, tan es así que al estudiar las pretensiones subsidiarias el mismo fallador establece que en efecto la causal que se señala en la misiva del contrato no obedecía a la naturaleza del contrato, en tanto, como se declaró en derecho la única y verdadera empleadora fue Mansarovar Energy Colombia por lo que se activa la presunción de que el despido fue discriminatorio en razón a que la demandada MANSAROVAR y la empresa de servicios temporales que viene a ser una simple intermediaria en este caso pudieran demostrar alguna razón o causal justificante de la terminación del contrato, sumado a que no tenían ninguna autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo; solicita se revoque el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, máxime cuando el demandante en vigencia de la relación laboral sufrió un infarto lo cual le dio un período extenso de incapacidad y lo que le generó unas secuelas y que esto está documentado en la historia clínica y en el dictamen de pérdida de capacidad laboral que es consecuente y señala que a raíz de ese infarto el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral y sufrió unas secuelas que le impedían sustancialmente el ejercicio de sus funciones, sumado a que el porcentaje que se estableció de pérdida de capacidad laboral en el dictamen aportado supera ampliamente el margen del 15% luego esto evidencia que el demandante se encontraba en una situación de salud muy dificultosa, pues el porcentaje supera la discapacidad profunda que establece la jurisprudencia laboral en este aspecto. Por lo anterior, solicita el reintegro del demandante y demás pretensiones de la demanda, pues el demandante cumple con los requisitos previstos en la línea jurisprudencial tanto de la Corte Suprema como de la Corte Constitucional.”

DEMANDADA MANSAROVAR ENERGYCOLOMBIA LTD

*“... tal y como quedó acreditado en el expediente y de las pruebas arrojadas se pudo establecer que dicha entidad celebró con varias empresas de servicios temporales en especial con gente en acción y JJ empleos sendos contratos de prestación de servicios para el envío de trabajadores en misión **con el propósito de atender incrementos puntuales en la producción y en reemplazo de los trabajadores directos tal y como se puede evidenciar en dichos contratos y que de hecho no fueron tenidos en cuenta por parte del Despacho en el entendido de que hizo referencia a que no se allegaron los contratos cuando máxime los mismos si se encuentran dentro del expediente; que vale la pena mencionar que en virtud de dichos contratos comerciales celebrados con las empresas de servicios temporales que fueron suscritos bajo los requisitos de temporalidad y causalidad se puede establecer que los mismos nunca excedieron los límites de temporalidad y causalidad previstos en la norma, por ello no puede pretenderse ahora que el demandante haya prestado sus servicios del 09 de octubre del 2010 al 09 de septiembre del 2016 operación laboral alguna con Mansarovar, máxime cuando dentro de la práctica de pruebas se puede establecer que el contratante sólo fue contratado para servicios discontinuos sino que claramente existieron***

períodos en los cuales en efecto el demandante tuvo períodos de carencia en los cuales no estuvo vinculado lo cual desvirtúa la relación laboral con dicha entidad. Que la prolongación de la relación laboral se supeditó al estado de salud del demandante lo cual se puede evidenciar en los fallos de tutela arrimados con el expediente, lo cual no puede ser imputado a su representada cuando JJ empleos fue el último empleador del demandante. Que también presenta recurso de apelación frente a las costas procesales en el entendido que conforme al artículo 365 si bien es cierto se puede notar que la entidad que pierde el proceso es acreedora a la condena en costas se aclara que también la CSJ y el Consejo de estado y la Corte Constitucional han determinado que existen factores objetivos y subjetivos para la condena en costas; en ese sentido en lo que respecta al factor subjetivo aclaran que dicha entidad no ha actuado de forma temeraria, por lo que no sería acreedora de las costas, pues no hizo actuaciones dilatorias frente al proceso...”

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara los recursos, empezando por razones de método por la demandada **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD.**

Lo primero que precisa la Sala, es que el Juez declaró un contrato de trabajo desde el 19 de octubre del 2012 al 09 de septiembre del 2016, luego es irrelevante la afirmación del recurrente sobre servicios desde 2010, cuando no había operación o contrato alguno con las temporales, pues justamente eso fue lo que encontró el Juez, es decir falta de prueba con relación a servicios prestados con anterioridad al 19 de octubre de 2012.

En ese orden resulta también errado y no deja de ser una afirmación carente de respaldo probatorio, la existencia de contratos para ejercer labores discontinuas, esto es apegado a lo que la Ley contempla para servicios temporales, pues el único contrato celebrado con la empresa de servicios JJ EMPLEOS TEMPORALES SAS; data justamente de esa fecha y esa fue la que se tomó como inició de la relación laboral.

Ahora bien, todo indica que el recurrente se refiere a los contratos comerciales que celebró MANSORAVAR ENERGY COLOMBIA LTD, con empresa de servicios temporales, que fueron evidentemente mal utilizados, ya que a pesar de afirmar desde la contestación de la demanda que se adecuaba a lo ordenado en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, no fue así,

sin que sobre recordar algunos aspectos de dicha Ley, ya que obra en el expediente tal y como señaló el Juez un contrato en el que la empresa usuaria era MANSAROVAR, el cargo a desempeñar DRILLING SUPERVISOR , en puerto BOYACA, el empleador JJ EMPLEOS TEMPORALES SAS y el termino estipulado, por el tiempo que dure la realización de la labor para trabajadores en misión, sin que en parte alguna de su texto se especifique cuál de las causales previstas en esa Ley es la que daba lugar a ese tipo de contratación.

Y es que evidentemente las empresas de servicios **temporales** están autorizadas a suministrar trabajadores en misión, pero con apego a las previsiones de los artículos 71, 74 y 77 de la ley 50 de 1990, normas que establecen:

“ARTICULO 71. *Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”*

“ARTICULO 74. *Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categoría: Trabajadores de planta y trabajadores en misión.”*

“Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.”

“Trabajadores en misión son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.”

“ARTICULO 77. *Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:*

“1. Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) mes más.”

Así mismo, el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2009, dispone:

“PARÁGRAFO. *Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaría del*

servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio”

Conforme las preceptivas legales transcritas se tiene que es el mismo contrato el que demuestra que ninguna de esas situaciones, fue la que dio lugar a la contratación y que si bien la demandada acudió a estas empresas lo hizo para contratar a través de esta; personal para desarrollar labores inherentes a su objeto social, excediendo, los límites allí señalados, pues como también señaló el Juez a pesar de que la demandada insistió en que no, no aportó prueba alguna, pues pretender que el contrato comercial lo sea, no es admisible, ya que si bien puede realizarlos, se itera, solo y únicamente para los casos contemplados en la norma; estando prohibido expresamente acudir para contratar personal que no se adecue a esa temporalidad.

Respecto de esta prohibición, señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas:

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

_(...)

En primer término, atrás se indicó que luego de transcurridos 6 meses, prorrogables por otros 6, la empresa usuaria no puede «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio» (art. 6º D. 4369/2006), de manera que el cambio de proveedor en este asunto no enerva la prohibición de contratar el servicio temporal por más de 1 año. (Negrilla fuera del texto original)

De otra parte; aun admitiendo, que como señala el recurrente hubo interrupciones, _que no, pues no hay prueba-, pero aun así también la CSJ en sentencia de Rad 66300 de marzo 10 de 2020, en donde se estudió un caso similar al aca estudiado indicó:

*“Entonces, conforme los anteriores supuestos fácticos, los cuales, itera la Sala, no son objeto de discusión entre las partes, queda en evidencia la equivocación en que incurrió el sentenciador de primer grado, **habida cuenta que con independencia de que mirando individualmente los contratos, esto es, en forma separada, ninguno superó el término de un año (lo que en principio estaría en consonancia con lo establecido en el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990), lo cierto es que, dicho sentenciador se equivocó al no advertir que los aludidos contratos se firmaron en forma sucesiva bajo igual cargo y para la misma sociedad usuaria, es decir, para Mansarovar Energy Colombia Ltd., sin solución de continuidad, ya que las interrupciones que se presentaron entre la terminación de uno y la firma del siguiente fueron minúsculas, pues el actor desarrolló las mismas funciones de supervisor o seguridad en cámaras entre el 25 de agosto de 2008 y el 6 de septiembre de 2011, esto es, por un lapso de 3 años y 11 días, tiempo que, sumado, sí superó el término de un año permitido por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el párrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.***

Es más, el hecho de que la vinculación del demandante como trabajador en misión se haya hecho por periodos de un año, ello no significa que las labores ejecutadas sean ajenas al giro habitual de la empresa usuaria. Recuérdese, que las empresas solo pueden acudir a la intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios. (negrilla fuera del texto original)

Conforme al criterio jurisprudencial en cita, contrario a lo señalado por el recurrente, lo único claro es que el contrato comercial con las temporales, fue el medio para contratar trabajadores en campo para ejercer **funciones de su objeto social, o en palabras de la Corte del giro habitual dela usuaria y sin que se tratara de las circunstancias excepcionales que justifican el empleo de empresas de servicios temporales.**

Es así como en el presente claramente se dan los presupuestos de una indebida intermediación laboral, por lo que los argumentos del recurrente no tienen la fuerza para quebrar la sentencia apelada, tampoco en relación con las costas en las que nada tiene que ver la buena fe, dado que, según lo estipulado en el CGP, se imponen a la parte vencida en juicio.

Resuelto el recurso de la demandada se resuelve **el de la PARTE DEMANDANTE.**

Desde ya la Sala advierte que confirmará la sentencia en este aspecto. Veamos las razones.

Ha sido la CSJ, en su labora de unificación de la jurisprudencia la encargada de estudiar el tema de la estabilidad laboral reforzada, siendo su último pronunciamiento la sentencia la **SL1154 RAD 93093 DE MAYO 10 DE 2023 MP MARJORIE ZUÑIGA ROMERO**, la más reciente.

En esa providencia la Corte señaló en relación con el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad lo siguiente:

“(…)

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
- b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
- c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios*

de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“(...)”

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

“(...)”

Y reitera:

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(…)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características....”

Claro entonces resulta, que si bien la Corte aclara que la discapacidad no depende de un factor numérico, destacando que los porcentajes que se utilizaban para la identificación de la discapacidad; previstos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 solo son compatibles para casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo y el 7 de febrero de 2013 para las de mediano y largo plazo conforme a la

Ley estatutaria 1618 de ese año: **también lo es que definitivamente y así lo expresa; no puede confundirse la discapacidad con contingencias momentáneas de salud o patologías temporales.**

Esta Sala lo ha venido expresando antes de este pronunciamiento que como bien dice la Corte se hace en su función de unificación de la jurisprudencia; que no desconoce que la Corte Constitucional; también se se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP); pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente.**

Y decimos como en este caso; pues si bien es cierto está acreditado, con las historias médicas aportadas, que el demandante sufría de patologías de diferente origen; esto es neurológico cardiopatía y otras, como ansiedad, depresión, hipertensión, por lo que le otorgaron incapacidades, también lo es que fueron superadas, **mientras prestó servicios**, siendo claro que la invalidez que luego fue declarada, no fue por esas patologías, ni menos aún conocidas, por el empleador, lo que no puede tenerse como cierto, como afirma el recurrente; con afirmaciones de testigos; tales como que los afectados de salud iban a determinado campo, pues ello carece de apoyo probatorio adicional; ni tampoco que el dictamen de pérdida de capacidad laboral haya tenido fundamento en las patologías atrás señaladas.

En consecuencia y como bien aclaró la CSJ no toda patología da lugar a la estabilidad laboral reforzada y menos aún como en este caso, cuando no hay certeza que la demandada las hubiese conocido; luego al no existir tal estabilidad, al no existir la protección, que consagra la Ley 361 de 1997, no hay lugar a las pretensiones en ella apoyadas por lo que se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes por lo expuesto en esta providencia.

Sin costas en la instancia.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 14-2018-661-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y la AFP Protección S.A., con el fin de que se DECLARE que existió vicio en su consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna en el momento de firmar el formulario de afiliación suscrito con



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

Protección, el 1 enero de 1999, se declare la nulidad del acto que la vinculó a dicha AFP y que para efectos pensionales nunca dejó de estar afiliada y vinculada al RPM hoy administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la AFP Protección a realizar el traslado a Colpensiones de todos los aportes que se encuentren en su cuenta individual de ahorro, con los rendimientos financieros y valor del bono pensional, y a Colpensiones a recibir todos los aportes, rendimientos y el valor del bono pensional. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte probado ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 2 de junio de 1961, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el día 11 de noviembre de 1984, a través de su empleador Margarita y Magnolia Ltda., que desde el 27 de diciembre de 1993, al 26 de diciembre de 1998, realizó las cotizaciones para el SSSP como trabajadora de Industrias del Hierro Ltda., que durante la permanencia en el RPM aportó y cotizó 638.43 semanas, que en el mes de noviembre de 1998, el asesor comercial de la AFP Protección le ofreció la posibilidad de vincularse a esta AFP y realizar el traslado de régimen pensional, que el promotor comercial no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS y el RPM al momento de realizar la vinculación, que no le informó la forma en cómo se causa la pensión de vejez en cada uno de los regímenes pensionales, que no le realizó una proyección pensional en que se simulara la posible pensión en cada uno de los regímenes pensionales, que no le indicó información en cuanto a las probabilidades de pensionarse en cada uno de los regímenes.

Refiere que al momento de firmar el formulario de vinculación a la AFP Protección día 9 de noviembre de 1998, no tenía el consentimiento informado, que durante los períodos de enero de 1990, hasta mayo de 2018, estuvo afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección, que se realizó re asesoría pensional vía telefónica el 23 de mayo de 2008, cuando tenía 46 años, 11 meses y 21 días, que el resultado de la re asesoría y sus anexos no se le notificaron, que actualmente tiene 57 años y 3 meses, que se encuentra



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

afiliada al Sistema General de Pensiones – RAIS, a través de la AFP Protección, que en certificación proferida por la AFP Protección el 31 de agosto de 2018, se observa que tiene ahorrado en su cuenta individual por concepto de pensiones obligatorias sólo al RAIS la suma de \$77.809.919, que a la fecha de expedición de la historia laboral (31/08/18) acredita 1.637 semanas cotizadas al SGP.

Por último, señala que el 9 de agosto de 2018, presentó ante la AFP Protección petición copia de las documentales como el valor de la cuenta de ahorro individual, historia laboral, formulario de afiliación, documentos que soporten la información suministrada por el asesor comercial en marzo de 1997, sobre la posibilidad de pensionarse en cada régimen (...), que el día 31 de agosto de 2018, la AFP Protección envió respuesta a cada uno de los requerimientos planteados, que el 29 de agosto de 2018, presentó solicitud de vinculación a Colpensiones, que el 29 de agosto de 2018, Colpensiones sin estudiar el escrito anexo a la solicitud de vinculación, niega la petición argumentando que no es procedente, por cuanto se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 5, 11, 13, 14, 16 a 21, negó los No. 6 a 10, 12 y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, innominada o genérica y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 11, 16, 17, 20, 21 y 22, negó los No. 6 a 10 y 23 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIERREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIERREZ efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

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

QUINTO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que si bien es cierto que para el momento en que la demandante realizó el traslado de régimen, esto es, el 9 de noviembre de 1998, de conformidad y como se observa en el formulario de afiliación a la AFP demandada y que para esa época no se había expedido el Régimen de Protección al Consumidor Financiero – Ley 1328 de 2009, o la Ley 795 de 2003, que ajustó algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o el mismo Decreto 2071 de 2015, sobre Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Seguridad Social Integral, ello en ningún caso puede ser indicativo de la existencia del deber de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COMPENSACIONES Y OTRO*

información atendiendo el postulado de buena fe y confianza legítima de las relaciones negócias y atendiendo al contenido de algunas normas que le imponían deberes de información a los fondos de pensiones y que se encontraban plenamente vigentes para el momento del traslado, lo cual ha sido reconocido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así se encuentra en la Sentencia SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, 1689 y SL 373 de 2021.

En el caso bajo estudio se observaba que la demandante realizó el traslado del ISS en su momento, es decir, del RPM al Protección S.A., esto es, en el mes de noviembre de 1998, tal y como se encontraba acreditado con el formulario de afiliación que fue aportado, que la demandante había intentado trasladarse al RPM pero esta solicitud había sido negada atendiendo a la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por haber superado el tiempo o lapso que da la ley para que pueda trasladarse o regresar al RPM, esto es, antes de que le falten menos de 10 años para adquirir esta. También, que frente al deber de información la administradora del fondo de pensiones debe acreditar y probar que efectivamente brindó la adecuada y suficiente asesoría al trabajador al momento de este realizar el traslado o cambio de régimen.

De conformidad con la carga dinámica y no habiendo allegado Protección S.A., prueba alguna relacionada con el cumplimiento del deber de información, se debía concluir que efectivamente hubo una omisión injustificada de dicho fondo de pensiones, en este sentido, frente a la crítica que se mencionó en cuanto a la prueba de interrogatorio de parte de la demandante, no se podía desconocer que la demandante indicó que una de las razones por las cuales se llevó a cabo la reunión donde se hizo el traslado a la AFP Protección, consistió en que se les había dicho la situación que atravesaba el ISS donde se encontraba afiliada y que este iba a desaparecer; no se podía desconocer que la situación o el traslado o el cambio de régimen pensional del uno al otro por parte de un trabajador puede adquirir unas condiciones e implicaciones a su futuro, que deben ser debidamente ilustradas e informadas por parte de la entidad ante la cual se pretende hacer el traslado, para que el trabajador tome esa decisión de una manera debidamente ilustrada e informada y no simplemente, entre otros, haciéndole mención a que la entidad donde se



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

encuentra se iba a acabar y seguramente se iba a ver afectada la posibilidad que se pudiera pensionar.

Ahora, no se trata de que la carga de la prueba está en cabeza de la demandante porque ella no está alegando que hubo un vicio de su consentimiento, es decir, que fue impelida, obligada o coaccionada para que suscribiera el documento simplemente el vicio tal y como lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia radica en la falta del deber de una adecuada información, lo que de contera lleva a la ineficacia de ese traslado la cual no puede ser subsanada posteriormente con actuaciones subsiguientes o por la simple permanencia del afiliado en el fondo privado de pensiones. El otro aspecto que se señala es que ella tuvo la re asesoría antes de que le faltaran los 10 años para llegar a su pensión o cumplir los requisitos si fuere el caso, esto no se encontró debidamente acreditado, ella lo mencionó en su escrito demanda pero dijo que no recibió respuesta, que hizo una solicitud de manera telefónica pero no se acreditó que efectivamente ella haya recibido esa debida asesoría y que de manera voluntaria haya decidido y debidamente informada permanecer en el fondo para continuar ante él y con este obtener la pensión a través del sistema del RAIS al cual se encuentra afiliada a través del fondo privado de la AFP Protección S.A., y es que como lo ha señalado en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia, el simple diligenciamiento o suscripción o entrega del formulario de afiliación es insuficiente para estimar la eficacia del traslado de régimen pensional. Dicha omisión conllevaba a que se declarara la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen realizado por la demandante y con ello dejarla en libertad para que ella pueda realizar la elección o afiliación al régimen que elija.

Respecto de las excepciones planteadas por las demandas, indicó que las mismas, no tenían vocación de prosperidad como quiera que lo que se pretende no es un simple traslado de régimen pensional, es decir, donde se está contraviniendo la regla de limitación temporal de los 10 años sino lo que se está solicitando y se debate es la ineficacia frente al deber o incumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones demandado y este tipo de decisiones no afectaban el principio de sostenibilidad financiera o fiscal del SGP puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

posibilidad que se generen erogaciones no previstas, así como lo sostuvo la Corte Suprema en la Sentencia SL 2877 de 2020.

Sobre la prescripción, la declaró igualmente no probada como quiera que se encuentran inmersos derechos fundamentales pensionales con carácter de irrenunciables e imprescriptibles de la demandante y así lo ha sostenido la Corte Suprema en Sentencia SL 1421 de 2019. Sobre las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, habían sido reiteradas por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral como en sentencia SL 4989, por lo que Protección S.A., debía devolver de su propio patrimonio durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada a dicha administradora, los detrimentos sufridos por los recursos administrados incluyendo gastos de administración, cuya indexación no se ordenaba porque no se observaba que se hubiese presentado una pérdida del poder adquisitivo de la moneda y en tal evento, se encontrarían compensados con los rendimientos obtenidos en su cuenta individual del RAIS.

De otra parte, Colpensiones debía recibir a la demandante en el RPM, actualizando la historia laboral atendiendo los dineros que sean trasladados de su cuenta del RAIS administrada por Protección S.A., debiendo esta última, realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de las Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP anulación a través del Mantis y que devuelva los aportes a Colpensiones junto con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia del RAIS para posteriormente la aceptación y actualización de la historia laboral de manera diligente y sin inconvenientes para la afiliada del RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó que es un tercero de buena fe, que no se acreditó la nulidad y/o ineficacia del traslado alegada por la demandante, Beatriz Elena Carvajal Gutiérrez, cuando de manera libre, consciente y voluntaria en 1998, decidió aceptar un traslado de régimen pensional, este traslado tuvo como consecuencia la suscripción del formulario de administración de pensiones obligatorias; no obstante, de haber incurrido en algún vicio del consentimiento pues la demandante guardó silencio y no



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

manifestó inconformidad alguna por más de 25 años, que si bien la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia traída a colación por el Despacho, el cual indicó que los afiliados al sistema pensional deben recibir una información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también es importante recordar que la asesoría y buen consejo para los fondos de pensiones nació con la Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015, Ley 1328, y Decreto 2555 de 2010, la afiliación de la demandante entonces se daría bajo el Decreto 663 de 1993, entonces Protección S.A., ni Colpensiones ha ejercido acciones u omisiones tendientes a afectar derechos prestacionales de la demandante, ya que en el proceso tampoco se controvertió algún derecho adquirido, tampoco una expectativa pensional al no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición.

Colpensiones mantiene su rotunda oposición a tener a la demandante como afiliada como quiera que está inmersa en la prohibición legal de traslado y que por razón financiera y de estabilidad pensional pues no es posible recibir a la afiliada pues ya cuenta con 62 años de edad, y aunado a que no se encuentra dentro de ninguna de las causales que ha dicho la Corte Constitucional como la Sentencia SU-062 de 2010, y 789 de 2002, que la facultarían entonces para retornar, esta limitación está justificada con las adiciones que se hicieron en el Acto Legislativo 01 de 2005, también que resulta importante tener en cuenta todas y cada una de las particularidades en las que se desarrolló el traslado de la demandante pues no se acreditó la ineficacia alegada en el escrito de demanda y de acuerdo con la C-086 de la Corte Constitucional indicó que el legislador facultó a los jueces para evaluar circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los presupuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba.

Debe tenerse en cuenta también la Sentencia 789 de 2002, de la Corte Constitucional *“Nadie puede resultar subsidiado a costa del recurso ahorrado de manera obligatoria por los otros afiliados pues a este esquema, dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro del principio de universalidad y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de futuras mesadas y el reajuste periódico de las mismas”*. Según la Corte pues el fondo de régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Protección S.A., el 9 de noviembre de 1998, como se verifica de copia de dicha documental allegada por la AFP en mención y visible en expediente digital.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COMPENSACIONES Y OTRO*

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo el Juzgador de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Beatriz Elena Carvajal Gutiérrez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Protección S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Beatriz Elena Carvajal, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió y si bien como acertadamente lo afirma Colpensiones, para la época del traslado de la actora, no existía el deber del buen consejo ni tampoco el de elaborar



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

proyecciones pensionales, sí se debía informar a esta de los pormenores de su traslado en los términos antes citados, no obstante, ninguna prueba se allegó al efecto; deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional, no pudiéndose por ello afirmar que el traslado de la demandante, fuera libre y voluntario como lo afirma la recurrente también en alegaciones, pues no podía tener tal connotación, al no conocer las implicaciones del mismo.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente Colpensiones para que esta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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”.

De otra parte y si bien la demandante, como lo refiere Colpensiones en alegaciones, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 14201800661-02 Dte: BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIÉRREZ Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2019-00780-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CELINA ESTHER RIVERA NUÑEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

La señora CELINA ESTHER RIVERA NÚÑEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DISPONGA su traslado del RAIS a Colpensiones por encontrarse dentro de los requisitos que dispone la ley 797 del 2003 y en virtud de su condición de funcionaria al servicio del Estado; que se ordene a la AFP PORVENIR a trasladar a Colpensiones los aportes que ha recaudado, con todos los rendimientos económicos; que se resalta que la demandante fue asaltada en su buena fe por la promotora de la AFP PORVENIR quien le manifestó que el ISS se iba acabar así como una serie de beneficios por trasladarse a Porvenir.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de julio de 1958 e ingresó a laborar al DAS el 01 de octubre de 1990 realizando aportes a Cajanal; que realizó aportes en dicha caja hasta el 28 de febrero del 2003; que a partir del 01 de marzo del 2003 hasta la fecha decidió trasladarse al RAIS por el engaño y las promesas recibidas por la promotora de la AFP PORVENIR; que se trasladó sin obtener la información completa de los beneficios o perjuicios que le causaría su traslado; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable; que cumple los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985; que su solicitud de traslado fue negada sin ningún fundamento; señalando que sus planteamientos tienen sustento en la sentencia SL 1452-2019 de la CSJ y sentencia de esta Corporación del 21 de enero del 2014.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los



hechos aceptó el 4 y 11, negó el 9 y 13, dijo que el 12 no era un hecho, que el 1 era parcialmente cierto y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 3, 7, 8, 9, 10 y 13 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la invalidez del traslado de régimen pensional de la señora **CELINA ESTHER RIVERA NÚÑEZ** al Régimen de Ahorro Individual a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, efectuado el 28 de febrero del 2003, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora **CELINA ESTHER RIVERA NÚÑEZ** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a recibir a la señora **CELINA**



ESTHER RIVERA NÚÑEZ, como su afiliada actualizar y corregir su historia laboral una vez recibida estos dineros que le debe trasladar la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

CUARTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestos por la pasiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas y a favor de la demandante para lo cual se estima las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000...”

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probado que la demandante prestó sus servicios para el DAS a partir del 01 de octubre de 1990 hasta el 31 de diciembre del 2011; que efectuó aportes a pensión a través de Cajanal desde el 01 de octubre de 1980 al 28 de febrero del 2003; que el 01 de marzo del 2003 se trasladó al RAIS a porvenir; que es servidora pública y tenía un cargo de carrera administrativa en el DAS, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 797 del 2003 se encontraba incurso en la prohibición de trasladarse de régimen por lo menos hasta el 29 de enero del 2006 por lo que su traslado resulta inválido.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación argumentando que la juez no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP Porvenir, en razón a que estos actos jurídicos tienen efectos interpartes; que independientemente de la decisión adoptada por la Juez en razón a la declaratoria o ineficacia del traslado dicha entidad no puede ser favorecida ni perjudicada por la misma por una decisión tomada por la parte actora ni mucho menos debe ser condenada al pago de unas costas procesales por algo que no cometió, por un deber de información por lo que solicita no sea condenado a recibir a la actora en el RPMPD, pues se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional, teniendo en



cuenta que en caso de una condena lo que produce en PIB y en una reserva pensional; que día tras día se ha venido afectado de manera excesiva y preocupante el sistema; que fue porvenir quien no brindó la información necesaria al momento del traslado; que conforme lo establecido en el la prohibición establecida en la ley 797 del 2003 el afiliado no puede trasladarse cuando le falten 10 años o menos para adquirir la edad para tener derecho a la pensión; que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición; que cuando se declara la ineficacia o nulidad del traslado en varias sentencias de la CSJ hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones de la cuenta individual de ahorro con las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, lo que son los rendimientos, anulación de bonos pensionales y los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos administración, por lo que solicita que la AFP que incumplió con su deber de brindar información al afiliado se encargue de resarcir los perjuicios; que la demandante cuenta con la edad para ser beneficiaria del régimen de transición pero no con los aportes

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Celina Esther Rivera Núñez, no era otra cosa que la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 2003, como quiera que si bien la demanda no es completamente clara y en ella solicita como pretensiones se autorice el traslado de régimen, lo cierto es, que manifiesta que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado y; señala que sus planteamientos tienen sustento en la sentencia SL 1452-2019 de la CSJ y la sentencia de esta Corporación del 21 de enero del 2014 dentro del radicado 11001310501120120010801 en las cuales se discutió la nulidad y/o ineficacia del traslado por falta de información; siendo necesario en primer lugar recordar que tal y como lo ha indicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1702-2023 que



“conviene recordar que el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable al trámite laboral por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, regula lo atinente a la congruencia procesal, señalando:

[...] el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021).

De esta forma, el legislador consagró un límite a la autonomía judicial, precisando que éste debe actuar dentro del marco trazado por las partes «[...] dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional» (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021).

Así las cosas, la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso; lo que implica que la actuación del juez no pueda salirse del cauce que le fijen los hechos en los que se soportan las pretensiones de la demanda inaugural y su respuesta.

De allí que la labor judicial prevista en el artículo 77 del CPTSS en el que se impone el deber al juez, como director del proceso, de requerir a las partes y a sus apoderados para fijar el litigio, resulte de vital trascendencia, pues implica revisar qué hechos son admitidos por aquellas, a efecto de enfilar el proceso sobre la definición de los que realmente se controvierten, sin que posteriormente puedan ser modificados; así se precisó en la providencia CSJ SL360-2018, al adoctrinarse:

Debe recordar la Corte que los hechos de un proceso son los expresados por las partes en la demanda y su contestación, o en las oportunidades procesales en la que tanto la una como la otra permiten ser modificadas, pero que una vez adquieren su calidad de piezas procesales definitivas, no pueden ser variadas por las partes a su arbitrio, por violentar en uno u otro caso el principio del debido proceso que permea toda actuación judicial.

De tal suerte que, el cotejar los hechos de la demanda inicial y su respuesta, tiene como objetivo obtener certeza de cuál es la discrepancia entre las partes en torno a un particular supuesto, y por ende, la ruta que debe seguir el operador judicial al definirlo.

En esa medida, el Tribunal erró al considerar, jurídicamente, que se encontraba ilimitadamente facultado para decidir el asunto sin someter a calificación jurídica los hechos relatados por las partes, pues como quedó visto, su actuación se delimitaba dentro de los planteamientos fácticos que sustentaban las pretensiones de la demanda inaugural y los fijados en la contestación como soporte de las excepciones.”

Conforme a lo anterior, es claro que la falladora de primera instancia erró al resolver la litis estudiando la invalidez del traslado con base en la prohibición



de trasladarse establecida en la Ley 797 del 2003, como quiera que esto no fue lo pretendido en la demanda y, es que tal y como se evidencia tanto en las contestaciones de la AFP Porvenir y Colpensiones y en sus alegatos de conclusión, las demandadas entendieron que la solicitud de la actora era la que se ordenara su traslado de régimen por cuanto no había recibido la información necesaria al momento en que se efectuó el traslado cuya consecuencia y como ya lo ha explicado de manera reiterada la Corte estos casos deben estudiarse bajo la figura de ineficacia del traslado, razón por la cual se revocará el fallo proferido en primera instancia en su integridad y se pasa a estudiar las pretensiones de la demanda de la siguiente manera:

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

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le



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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Celina Esther Rivera Núñez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2003; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

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

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



En ese orden, concluyó que:

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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a



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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2003, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar, que podría pensionar a cualquier edad y que sus aportes serían heredables.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al



momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

No pudiendo tampoco alegarse la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2003**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora Celina Esther Rivera Núñez a la AFP PORVENIR ordenándole efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Señalando además respecto de los gastos de administración y seguros previsionales, que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989



del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

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

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

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de



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

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

Sin costas en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante **Celina Esther Rivera Núñez**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en el año 2003 a la AFP PORVENIR, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante **Celina Esther Rivera Núñez**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y las sumas descontadas por gastos de administración y seguros previsionales, éstos últimos de manera indexada.

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

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el



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

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

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

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2019-00322-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BURSZTYN VAINBURG YONATAN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, Protección y, Porvenir y del grado de consulta en favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor BURSZTYN VAINBURG YONATAN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE



que existió un vicio del consentimiento en el contrato que suscribió el actor con la AFP Colpatria hoy Colfondos, la AFP Horizontes hoy Porvenir y la AFP Protección pues se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación a las AFP y, que se declare que las demandadas incurrieron en omisión del deber de información. Como consecuencia, solicita se declare nulo el traslado de régimen pensional realizado y promovido por la AFP Colpatria hoy Colfondos y la nulidad de los traslados posteriores dentro del RAIS; se declare que el actor nunca dejó de pertenecer al RPMPD y que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones; se condene a las AFP Protección a trasladar los aportes realizados al RAIS; se condene a Colpensiones aceptar los aportes del actor, junto con lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 30 de junio de 1959; que cotizó al ISS desde el 27 de septiembre de 1984 al 26 de junio de 1994; que el 24 de junio de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Colfondos; que al momento del traslado los asesores únicamente le manifestaron que se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el ISS hoy Colpensiones; que podría pensionarse a una edad más temprana; que posteriormente, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir y el 24 de marzo del 2017 a la AFP Protección fondo en el que se encuentra afiliado actualmente; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 5, 13 y 15; negó el 11 y 12 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del



Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada o genérica.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos manifestó no constarle el 3, 6, y 12; dijo que el 8 y 9 no eran un hecho y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica. Contestó también la reforma a la demanda.

Finalmente, la Sociedad **Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 4, 11 y 12; dijo que el 7 y 9 no eran hechos y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor YONATAN BURZTYN VAINBURG al RAIS a través de la AFP COLPATRIA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CENSATÍAS PORVENIR A.A. en el año 1994, de



conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor **YONATAN BURZTYN VAINBURG** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Média con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor **YONATAN BURZTYN VAINBURG** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, es decir todo lo que tenga la demandante en su cuenta en ahorro individual o al momento en que se haga efectivo el traslado, junto con los gastos de administración y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, lo que haya deducido los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir al señor **YONATAN BURZTYN VAINBURG**, como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION** .

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.



SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA...

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que en el presente caso no se probó haber brindado a la demandante la información necesaria al momento del traslado; que no se puede entender que la demandante haya confesado que recibió la información que se requería al momento del traslado; que la carga de la prueba esta en cabeza de la AFP y que acoge el criterio de la CSJ.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no es viable jurídicamente ponerle cargas diferentes a las AFP a las que estaban estipuladas en la ley para el año 1994; que el actor para ese momento era legalmente capaz; que no se puede condenar a la devolución de los gastos de administración, pues esta suma también se descuenta en el RPMPD y no forma parte integral de la pensión por lo que si le es aplicable la ´prescripción; que al ordenar la devolución de dicha suma se configura un enriquecimiento ilícito, pues no existe norma que ordene tal devolución; que la ley 100 de 1993 indica que en los casos de traslado solamente debe trasladarse los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos; que en caso de confirmarse la devolución de las sumas descontadas a título de gastos de administración se compense con los rendimientos financieros; que no puede ordenarse la devolución de los rendimientos de manera indexada, pues la indexación y la devolución de los rendimientos son excluyentes, pues se estaría imponiendo una doble sanción.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la condena en la cual se le ordena devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración, pues se deben tener en cuenta las restituciones



mutuas y no se puede desconocer que se generaron unos rendimientos por su buena gestión; que al ordenar la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración se genera un enriquecimiento sin causa en favor del demandante y se estaría imponiendo una sanción la cual no se discutió.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP Porvenir, en razón a que estos actos jurídicos tienen efectos interpartes; que independientemente de la decisión adoptada por la Juez en razón a la declaratoria o ineficacia del traslado dicha entidad no puede ser favorecida ni perjudicada por la misma por una decisión tomada por la parte actora, por lo que solicita no sea condenado a recibir a la actora en el RPMPD, pues se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional, teniendo en cuenta que en caso de una condena lo que produce en una reserva pensional; que día tras día se ha venido afectado de manera excesiva y preocupante el sistema; que fue porvenir quien no brindó la información necesaria al momento del traslado; que conforme lo establecido en la prohibición establecida en la ley 797 del 2003 el afiliado no puede trasladarse cuando le falten 10 años o menos para adquirir la edad para tener derecho a la pensión; que el demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición; por lo que solicita que la AFP que incumplió con su deber de brindar información al afiliado se encargue de resarcir los perjuicios en virtud de la teoría del daño.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Yonatan BurztyN Vainburg, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,



mediante formulario suscrito con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR en el año 1994 y, posteriormente, a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 2014 y a la AFP PROTECCION en el año 2017; esta última es la entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, contrario a lo pretendido por Porvenir en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos



científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Yonatan Burztytyn Vainburg, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR, al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

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



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

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que se podría pensionar con un monto superior y se podría pensionar a cualquier edad; lo cual fue corroborado con el testimonio del señor Juan Carlos Peña Díaz.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no el demandante, por tanto, como la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

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



que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no



están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A. y Protección en su recurso.

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

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido, por lo que no hay lugar a ninguna compensación como lo pretende la AFP Porvenir. Adicionalmente, la devolución de los gastos de administración no se imponen a título de



sanción sino que son la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo tiene sentado la CSJ.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



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


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2016-00564-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: PAR TELECOM

DEMANDADO: LUZ ASTRID ROJAS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El PAR TELECOM por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la señora Luz Astrid Rojas, está obligada a reintegrar la suma de \$6.206.343, en virtud de sentencia SU 377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la señora LUZ ROJAS, era trabajadora de Telecom hoy liquidada, en razón a dicha liquidación, se

dispuso la terminación de su contrato de trabajo a partir del 25 de julio de 2003, data para la cual, se le cancelaron todas las acreencias laborales a que tenía derecho, junto con indemnización correspondiente, que la demandada instauró acción de tutela contra el PAR ante el Juzgado Primero Civil Municipal de Montería, alegando que debía ser incluida en el plan de pensión anticipada, la que le fue negada, no obstante el Juzgado Primero Civil del Circuito de la misma ciudad, en sentencia del 26 de enero de 2010, ordenó incluir a la demandada en dicho plan de pensión, liquidando las mesadas pensionales desde su vinculación y hasta que se le reconociera pensión de manera definitiva.

Que esa entidad, procedió a dar cumplimiento al fallo mencionado, pagando a favor de la demandada, mesadas pensionales correspondientes a los meses de marzo a mayo de 2010, por un valor total de \$6.206.343, depositados en cuenta de ahorros a su nombre, que con posterioridad y en sede de revisión, fue revocada dicha sentencia con decisión de unificación SU 377 del 12 de junio de 2014, por lo que al quedar sin sustento el pago de las mesadas anticipadas, su valor debe ser devuelto por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada representada a través de curador Ad – litem, no dio contestación a la acción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el PAR TELECOM, no condenó en costas.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas aportadas por la parte demandante, la demandada había sido incluida en el plan de pensión anticipada en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado de Montería – Córdoba, en el que en efecto, se encontraba favorecida la demandada pagándosele \$6.206.343, fallo que fuera revocado por la Corte Constitucional, de igual forma, obraban comprobantes de nómina y certificación de Banco de Occidente de los pagos que se realizaron por concepto de mesadas pensionales a la demandada entre marzo a mayo de 2010.

Que la parte actora citaba la teoría de enriquecimiento sin causa, por cuanto se había efectuado un pago sin fundamento o causa legal, que no se encontraban acreditadas las consecuencias y características de dicha figura, no siendo procedente acceder a las pretensiones de demanda, ya que cuando se predicaba sobre la causa de las obligaciones o acreencias, se debía remitir a las reglas y principios generales del derecho, así, los pactos o contratos eran fuente de obligaciones, la ley era una fuente esencial de las obligaciones y estas eran causas que respaldaban una obligación o acreencia, no pudiéndose afirmar que los pagos que hizo la demandante a la demandada, hubieran generado un daño, que el pago de dicha suma, había sido con fundamento en la Ley, ya que las sentencias judiciales, eran la concreción de la Ley; por lo que no podía predicarse que los dineros recibidos por la demandada constituyeran un enriquecimiento sin causa, pues tuvieron fundamento en sentencia judicial que reconocieron el amparo y ordenaron el pago de pensión anticipada, por lo que tal enriquecimiento sí tenía una causa, sentencia judicial en firme y ejecutoriada y la sede revisión procede de manera excepcional, la revocatoria de dicha sentencia no debía desconocer que existía una causa para el pago que se realizara a favor de la demandada.

Que ello se concatenaba con el principio de buena fe previsto en el artículo 83 de la CP, que la jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional tenían posturas fijadas en cuanto al pago de mesadas recibidas de buena fe y las temáticas que tenían que ver con acciones de repetición, por situaciones de dolo o culpa grave eran de resorte del Estado, que este no era el caso de la demandada, ya que esta de buena fe recibió unos dineros amparada en sentencias judiciales.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que se había hecho una valoración indebida de las pruebas, ya que sin que existir una defensa de la demandada, arribó a conclusiones contrarias a derecho, violatorias de la Ley, desconociendo sentencias definitivas de las altas Cortes que ya se habían pronunciado favorablemente en situaciones similares al caso objeto del litigio, que si bien en segunda instancia de tutela se había condenado al pago de una obligación, esta decisión no podía estar por encima de una sentencia constitucional, como lo era la SU 377 que revocó la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, dejando sin piso jurídico las condenas arbitrarias impuestas en esta última.

Que para el caso bajo estudio, sí se configuraba un enriquecimiento sin causa de la demandada y un correlativo empobrecimiento del PAR, sin una causa jurídica ni legal que permitiera que la demandada se apropiara de los dineros pagados por el PAR, pago del que no podía apartarse la entidad al haber sido ordenado en sede de tutela que en su momento surtía efectos jurídicos y luego perdió su eficacia por virtud de la sentencia SU 377 proferida por la Corte Constitucional, que curiosamente ese despacho en un proceso del 2020 y con iguales situaciones fácticas había arribado a igual conclusión equivocada, sentencia que fuera revocada por el Tribunal en 2021.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo el pago efectuado por la parte actora a favor de la pasiva por valor de \$6.206.343, el que realizara con fundamento en sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Montería, que fuera revocada en sentencia SU 377 de 2014 por la H. Corte Constitucional, pagos que se acreditaron dentro del trámite procesal.

Así las cosas, y como bien lo adujo el recurrente para el caso bajo estudio, no se configura la buena fe a que hizo alusión el juzgador de instancia, incurriéndose en un enriquecimiento que, si bien no fue ilícito, sí fue sin justa causa a favor de la demandada y así se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 737 de 2023, en un caso con similar identidad fáctica:

Principio de la buena fe - artículo 83 de la CP.

Sobre el particular, importa recordar que la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe, previsto en el artículo 83 de la CP, como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta. Así, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la «confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada» (CC C1194-2008).

Igualmente, el tribunal constitucional, en la sentencia que se citó anteriormente, explicó que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben estar gobernadas por dicho principio, el cual se presume, no obstante, es una presunción legal y admite prueba en contrario, así lo precisó: [...] la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el presente asunto difiere de aquellos en que, al resolver la Sala de Casación Laboral algunas acciones o recursos extraordinarios de revisión ha sostenido, con fundamento en el referido principio de la buena fe, que no es del caso ordenar el reembolso de los valores sufragados con ocasión a reconocimientos pensionales efectuados por las entidades pagadoras a motu proprio o por orden

judicial, aun cuando su causa luego desapareció; por cuanto es distinta la situación acaecida en el sub examine, en el que las sumas sufragadas por el PAR Telecom al hoy demandado se efectuaron de manera forzosa por orden de un juez de tutela y por efectos del cumplimiento inmediato que tiene esta clase de pronunciamiento, las que se mantuvieron latentes hasta que dicho trámite culminó con la revisión efectuada por la Corte Constitucional que la revocó, sin que esa orden de pago en momento alguno hubiera cobrado alguna firmeza, tanto así que tal determinación ordenada por los jueces de amparo se dejó sin efectos por el tribunal constitucional. (Negrilla fuera del texto original)

Al respecto importa recordar lo dicho en la sentencia CSJ SL1893-2020, reiterada en la decisión CSJ SL305-2022, donde en un caso análogo se puntualizó lo siguiente:

No sobra advertir que la presente situación difiere ostensiblemente de otras en las cuales las sumas recibidas, derivadas de prestaciones periódicas que posteriormente se revisan por esta Corporación o por el Consejo de Estado por irregularidades en su generación o por su respaldo legal, la Corte las ha guarecido sobre el concepto de buena fe, pues en tales oportunidades son el resultado del reconocimiento de las entidades pagadoras motu proprio o por orden judicial, con efectos de cosa juzgada relativa, situación que en modo alguno ocurre en casos como el presente, dado que las sumas pagadas a la actora lo fueron de manera forzosa por orden del juez constitucional y por efectos del cumplimiento inmediato que se debe a esta clase de sentencias, y se mantuvieron sub judices o latentes hasta que dicho trámite procedimental terminó con la revisión efectuada por la Corte Constitucional, que concluyó en que los actos que les dieron origen, es decir, las órdenes judiciales ya enunciadas, ‘carecen de toda eficacia y validez jurídica en el orden constitucional vigente’, de manera que, en ningún momento cobraron alguna firmeza como para que se pueda decir que escaparon a la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la revisión de los fallos del amparo promovido.

Lo anterior evidencia que el fallador de segundo grado erró al considerar que al haber recibido el demandado los dineros de buena fe no era procedente ordenar su devolución, al existir en su momento una causa lógica y razonable; habida cuenta que tal principio no llega al extremo de garantizar que quien reciba un pago, sin que exista un móvil o una causa que lo justifique, imperiosamente debe ser eximido de su reembolso, pues las actuaciones constitucionales que le dieron origen perdieron toda eficacia jurídica ante la revocatoria de que fueron objeto por la Corte Constitucional, máxime que, como se vio, la cancelación por parte de la ex empleadora del accionado no se llevó a cabo a motu proprio, sino que lo fue de manera forzosa en razón a la premura que prevé la ley para dar cumplimiento a tales decisiones constitucionales.

De otra parte, con su determinación, el ad quem, amparado en el citado principio de la buena fe, también desconoció que la sentencia CC SU377-2014, a través de la cual se revocó la decisión de tutela que concedió al demandado el beneficio de la pensión anticipada, llevó a que las cosas volvieran a su estado anterior, es decir, tal y como se encontraban antes de cumplirse la orden de amparo impartida en las providencias que se dejaron sin efecto, siendo claro que el regreso a ese estado era jurídicamente posible y, por consiguiente, el PAR Telecom podía iniciar un proceso ordinario laboral en búsqueda de lograr la devolución de los dineros que forzosamente fueron cancelados al demandado sin justificación, al haber desaparecido la fuente de la obligación, desde luego demostrando que se daba un enriquecimiento sin causa, que fue la condición sine qua non que exigió la Corte Constitucional al proferir el auto CC 503-2015, cuando al respecto precisó:

El hecho de que el PAR hubiere cancelado sumas de dinero a favor de algunos peticionarios en cumplimiento de las sentencias de instancia, a pesar de que las mismas eran objeto de revisión por la Corte, no impacta la resolución a los problemas jurídicos que se plantearon, ni tampoco significa que se omitió resolver algunos de los extremos de la litis. La Sala Plena no dispuso la restitución de dineros a favor del PAR de TELECOM, porque dicha entidad puede hacer uso de los instrumentos legales que tiene a su disposición para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el principio del enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación desapareció. **Bastaba con revocar todas las órdenes de las sentencias de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de las mismas carecen de justificación legal y constitucional, por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurarse mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello** (el resaltado es de la Sala). Así las cosas, no era el actuar de buena fe del demandado el que debía considerar el ad quem para descartar la existencia de un enriquecimiento sin causa, sino si se presentaron o no los elementos que lo estructuran, para con ello determinar si era viable ordenar el reintegro o restitución de los valores que motivaron la presente acción judicial

Conforme lo indicado en criterio jurisprudencial en cita, es claro que resulta plenamente aplicable al caso bajo estudio, sin que como lo señaló el juez de primer grado, se pueda predicar que la sentencia que ordenó el pago de pensión anticipada a los ex trabajadores de Telecom, entre ellos la demandada gozara de firmeza y por ende, constituyera una fuente de obligaciones, pues es claro que perdió dicha firmeza al ser revocada posteriormente en sede de revisión por virtud de la sentencia SU 377 de 2014, quedando se itera, sin fundamento los dineros recibidos por la pasiva, que conforme lo señalado en precedencia y como bien lo señala el recurrente en recurso y alegaciones, no fueron recibidos de buena fe, ya que no se estructuran los elementos para arribar a tal conclusión.

Es así como, al desaparecer la justificación del pago realizado por la demandante a la demandada, en efecto se configura enriquecimiento sin justa causa, lo que impone **REVOCAR** la sentencia recurrida, para en su lugar ordenar a la demandada LUZ ASTRID ROJAS, a restituir a la parte demandante la suma de \$6.206.343, correspondiente al valor total recibido por concepto de mesadas pensionales de marzo a mayo de 2010.

Ahora, en cuanto a los **intereses moratorios** peticionados, no se accederá a tal pretensión, ya que como igualmente lo señaló la Sala Laboral de la CSJ en sentencia a que se aludió, *el objeto del enriquecimiento sin causa es reparar un daño, no indemnizarlo*; por lo anterior y en aras de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, se ordenará pagar la suma a que se aludió de manera **indexada**.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar ordenar a la demandada LUZ ASTRID ROJAS, a restituir al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM - PAR TELECOM, integrado por Fiduciaria Popular S.A. y Fiduagraria S.A., la suma de \$6.206.343, que deberá ser pagada de manera **indexada** a la fecha en que se efectúe dicho pago.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Bogotá

SALA LABORAL

ORDINARIO: 17-2020-233-01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

DEMANDANTE: OLGA PATRICIA MARTÍNEZ ORTIZ

**DEMANDADO: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR
"COLSUBSIDIO"**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, contra el auto proferido por el Juez 17 laboral del circuito de Bogotá, el día ocho (08) de junio de 2023 **por medio del cual se NEGÓ DAR TRÁMITE AL INCIDENTE PROPUESTO POR LA PARTE ACTORA. (Expediente Digital).**

ALEGACIONES

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

HECHOS

OLGA PATRICIA MARTÍNEZ ORTIZ a través de apoderado judicial instauró demanda en contra de **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR** para que mediante el trámite de un proceso ordinario se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual terminó sin justa causa. En consecuencia, solicita reintegro, salarios desde el despido hasta el reintegro, prestaciones, aportes, costas. (Expediente Digital).

En audiencia la apoderada de la parte actora señaló: ***“...Propongo incidente de temeridad y mala fe contra la demandada Colsubsidio, teniendo en cuenta y considerando los hechos aducidos en contestación de demanda, en donde se define de forma clara y expresa que la señora Olga Patricia hizo parte de un grupo de captación irregular de dineros, primer hecho; segundo hecho define de forma clara y específica que la señora Olga Patricia tuvo requerimientos de algún tipo como para encauzarla en alguna de las 2 causales de terminación, señalando que no cumplió con sus obligaciones en razón a sus funciones; considerando estos 2 hechos específicos, está apoderada interpone el incidente de temeridad y mala fe contra cada uno de los hechos expuestos, aducidos en contestación y contra lo contestado en el hecho 13, 16 y 18 de la contestación; solicito respetuosamente a su despacho considerar el incidente y de forma concreta definir como prueba de este incidente la misma contestación de la demanda en donde están definidos los hechos que está aduciendo esta apoderada y que de forma abierta y grosera definen que la señora Olga Patricia cometió un hecho inexistente, un hecho que no se ha probado, que no es cierto dentro de lo que nosotras determinamos como hecho constitutivo de un despido ilegal y tampoco existen documentos, pruebas, certificaciones, memorandos que definan que previamente a la terminación del vínculo, la señora Olga Patricia haya siquiera estado incurso en alguna de las causales definidas y que ella no prestaba de forma diligente las condiciones o las funciones que se le habían conferido mediante contrato de trabajo...”***

Ante requerimiento del Juez en relación con su solicitud señaló: *“... La primera pretensión del incidente, y considerando lo expuesto por esta apoderada, es el pago de una indemnización de daños y perjuicios a la señora, pues de forma abierta y grosera Colsubsidio la definió como una participante de un grupo irregular de captación de dinero, para tales efectos yo solicito que sea declarado por el despacho esa indemnización por daños y perjuicios morales a cargo de la demandada.* El Juez preguntó *¿y en qué momento doctora debe el despacho o la persona que corresponda dictar la sentencia, en qué momento se supone que deba imponer esa reparación de perjuicios? Solicito respetuosamente que sea dentro de la sentencia.*

Ante lo anterior el Juez requiere nuevamente a la apoderada así: *Vuelvo a insistir doctora Guevara, que todo lleva a que el trámite deba adelantarse, el recaudo de pruebas deba surtir para poderse definir en una sentencia como usted claramente lo acaba de señalar y era precisamente el propósito de mi interrogante, todo conllevará a que ese análisis se haga en la sentencia, porque las normas procesales, no consagran ese incidente, así como ella lo está planteando. Entonces doctora, lo que usted me está planteando es una pretensión nueva, estamos de acuerdo en eso y le está entendiendo el despacho...”*

Finalmente la apoderada señala: *“...No su Señoría, usted me está interpretando mal en el sentido de que esta pretensión es nueva, en la medida en que Colsubsidio dentro de su contestación, esta demandante o esta apoderada no hubiese podido alegar o solicitar este incidente si desconoce cuál es la posición y los hechos en que funda la defensa de Colsubsidio su contestación de demanda, esto se hace en virtud a los hechos contestados que anteriormente definí y a lo que dice como hechos de la contestación, en donde de forma clara y expresa dice que la señora Olga Patricia hizo parte de un grupo irregular de captación de dinero; segundo que ella no cumplía con sus funciones de orden laboral y que dice abiertamente fue reconvenida varias veces...”*

Mediante la decisión que hoy revisa la Sala el Juez negó el incidente manifestando: *“...Para resolver entonces la solicitud me remito a lo preceptuado en el artículo 37 del CPTSS, norma que preceptúa lo siguiente: “Proposición y trámite de los incidentes: los incidentes solo podrán proponerse en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad y quien los propone, deberá aportar las*

pruebas y en la misma audiencia se decidirán en la sentencia definitiva, salvo los que por su naturaleza requieren de una decisión previa”. **Para efectos de sustentar su solicitud, señala la parte demandante que la demandada incurrió en afirmaciones que resultan injuriosas y calumniosas frente a las conductas y comportamientos de la demandante durante la vigencia de la relación laboral y que los hechos en que sustenta su defensa, no corresponden a la realidad; sin embargo, el despacho debe advertir que precisamente los hechos de la demanda y los argumentos de oposición a esos hechos y de oposición a las pretensiones formuladas por la demandante constituyen precisamente el objeto de esta controversia en aras de determinar no solo las causales y circunstancias en que se dispuso la terminación del contrato de la demandante, sino además las formalidades que revistieron esa decisión adoptada por parte de la demandada; es decir, a través de la pretensión principal que formula la apoderada en el sentido de que se declare la nulidad de la decisión de terminación del contrato y se condene a un reintegro con el pago de las acreencias,** considera el despacho que están precisamente siendo materia de debate, de controversia los hechos que a través de un incidente distinto pretende aducir la apoderada de la demandante cuando estos precisamente corresponden a los argumentos principales y al objeto mejor de la controversia **que aquí se va a debatir y en todo caso, se plantea una pretensión como consecuencia del momento de valorar y definir ese incidente, se plantea una pretensión de tipo económico, de tipo indemnizatorio a manera de resarcimiento de los perjuicios ocasionados a la demandante, pretensión que el despacho no encuentra formulada ni en el escrito de demanda principal, el que posteriormente fue aportado, tampoco fue planteado al momento de reformar demanda que consagra el artículo 28 del CPTSS y también teniendo en cuenta, tal y como lo indiqué en momento anterior, que no entiende el despacho el verdadero sentido y el propósito del incidente que se propone,** el despacho considera que no están dados los supuestos para dar apertura ni trámite a ese incidente y por eso, se rechazará de plano....”

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandante señaló: “... Aclararle al despacho y nuevamente le reitero que esta solicitud y este incidente de temeridad y mala fe, como lo señala esta apoderada, se ha extendido a los hechos que, en contestación de demanda, en la última contestación de demanda, porque cabe decir que han sido dos contestaciones, una que se declaró nula porque obviamente se saneó absolutamente todo el proceso y la segunda contestación definida por Colsubsidio que es la que en este momento está vigente; en esa contestación existen unos hechos nuevos, no solamente los contestados dentro de la demanda, sino que ellos aportan dentro de su contestación hechos nuevos. Entonces esta parte, no pretende que como lo define en el traslado de este incidente, la apoderada de Colsubsidio que se pretenda por parte de esta, una reforma de demanda; esto se da en virtud a la contestación que ellos mismos hicieron; ahora, para nada se está definiendo por parte de esta de esta apoderada que se está casando, castrando o limitando el derecho de defensa, el derecho de defensa es uno, pero decir hechos que no son ciertos y que no obedecen a la realidad es otra cosa; aquí no solamente se trata de los hechos del despido injusto que por demás se le haya hecho la señora Olga Patricia, sino también de todo el daño moral, que es definir o plantear que una trabajadora es inmoral y que por eso se reserva o tiene derecho a desvincularla y mediante documentales justificar la causa del despido; entonces en aras de obtener una verdad y ante toda la defensa del trabajador, que en este caso es la parte pequeña frente a su empleador tenemos, y si bien es cierto, el incidente de temeridad y mala fe no va a casar ninguna de las pretensiones, **esta actora considera que aparte de las pretensiones de la demanda que se da en virtud a ese despido ilegal, se tiene que resarcir moralmente a la trabajadora y eso es lo que le asiste a esta apoderadas, no comparte la situación o la definición de que no existe, digamos base fáctica o jurídica para que el incidente no sea resuelto, este si bien es cierto, no es típico del proceso laboral porque pues aquí no hay traslado de excepciones de mérito como en el proceso civil, es en este estadio donde se tiene que definir**

esa situación y la temeridad y la mala fe es una defensa y es un medio de prueba y es un medio de defensa del trabajador, que fue despedido de forma arbitraria e injusta por parte de Colsubsidio, alegando hecho que no existió y adecuando este hecho a una serie de causales que en ningún momento y de forma fehaciente haya probado o comprobado documentalmente.

CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala es que de acuerdo con lo establecido en el art 65 del C P del T y del S S, numeral 5, es apelable el auto *que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida*” en consecuencia la Sala se pronuncia al respecto; advirtiendo desde ya que la decisión de primera instancia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

Lo primero que precisa la Sala es que en el C P del T y de la S S, tal y como señaló, **el Juez existe una reglamentación expresa sobre la proposición y trámite de incidentes**; luego contrario a lo afirmado por la recurrente, ellos no son extraños al proceso laboral, siendo procedentes desde luego, si se dan los requisitos y si en verdad se trata de una cuestión accesorio, que esa y no otra es la naturaleza del incidente.

Es así como el artículo 37 del C p del T y la SS indica el momento en que estos se proponen; esto es en la audiencia contemplada en el artículo 77 del mismo ordenamiento y el momento en que se deciden, esto es en la sentencia; desde luego insiste la Sala si se trata de un incidente, que es lo que no sucede en este caso.

Para corroborar lo afirmado sobre la naturaleza de un incidente, basta con acudir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que lo define así: “En un proceso, **cuestión distinta de la principal, pero relacionada con esta**, que se resuelve a través de un trámite especial”.

Es por ello, también, que los incidentes son taxativos y así lo contempla el código general del proceso, al que se debe acudir cuando no hay norma en nuestro ordenamiento procesal laboral, que como ya se indicó solo se refiere al momento en que pueden proponerse y decidirse.

Y es que una cuestión distinta a la principal es una cuestión accesorio que aunque relacionada en nada redunda con el objeto del proceso, y nada más lejano entonces a lo que aca sucede; cuando el presunto incidente es nada menos que una pretensión, en la que se parte de la afirmación de una parte, esto es que el despido fue arbitrario e injusto, cuando la otra lo niega siendo entonces, justamente ese el

objeto del juicio, o el tema a definir, luego riñe hasta con la lógica que pueda considerarse un incidente.

En ese orden la decisión del juez al rechazarlo es procedente, pues definitivamente al no ser un incidente, se hace necesario acudir al artículo 130 del C G P, ya que, se itera en el C P del T y SS solo se regula la proposición y tramite de los incidentes, los que en verdad lo son, pero nada señala cuando se propone como en este caso uno que no está autorizado por la ley, que se confunde con las pretensiones y que parte de afirmaciones carentes de prueba, imponiéndose el rechazo de plano, decisión del Juez que por acertada.

Costas a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

De acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del C G P, inclúyase en la liquidación de costas la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de la parte que recurre,

A stylized, handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping loop and a horizontal line extending to the right.

MARLENY RUEDA OLARTE

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

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GONZALO DE JESUS CASTRO
FIGUEREDO VS COLMENA SEGUROS RIESGOS LABORALES SA Y OTRA RAD
Nº 19-2018-386-01**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por la Juez 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el día diez (10) de mayo de dos mil veintitrés (2023), por medio del cual se negó el decreto y practica de una prueba. (Expediente Digitalizado)

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y la demandada Colmena Seguros Riesgos Laborales S.A.

HECHOS

El señor **GONZALO DE JESÚS CASTRO FIGUEREDO**, instauró demanda en contra de **COLMENA SEGUROS RIESGOS LABRALES SA Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que la patología **“OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INVERTEBRALES”** es de origen laboral, y

**en consecuencia se de lugar a pago de indemnizaciones , prestaciones
asistencias, extra y ultra petita. (Expediente Digitalizado)**

La Juez de instancia, durante la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, el Juez negó a la parte actora, el dictamen pericial y los testimonios solicitados en la demanda, manifestando: “...**Testimonial:** Los mismos no son conducentes, pertinentes y útiles, dado que el análisis que se debe realizar aquí es si la patología del actor es de origen laboral y dado que las personas citadas, no tienen la característica o condición académica o profesional, no hacen parte de alguna especialidad o área de la medicina, sus declaraciones no son pertinentes en este caso. **Prueba pericial:** No es procedente toda vez que en este asunto lo que se debate es un dictamen ratificado por la Junta Nacional, por ende, la Junta Regional, no puede emitir un nuevo dictamen que vaya en contravía de su superior, en segundo lugar, la misma no es viable todas vez que los dictámenes deben ser aportados por las partes en los términos del artículo 227 del CGP; frente a ello, el despacho debe indicar el despacho que el dictamen aportado por la parte actora obrante a folio 135, no se tendrá en cuenta como prueba, ya que el artículo 227 del CGP, establece la posibilidad de que las partes pueden allegar al proceso dictámenes periciales, que deben cumplir con los requisitos previstos en el artículo 226, so pena de no ser tenidos en cuenta por el juez; frente a ello, el dictamen aportado por la parte actora, no cumple con los requisitos establecidos en los numerales 3, 5, 7, 8, 9 7 10 del artículo 226 del CGP, por ello, el despacho no tendrá en cuenta dicho medio probatorio...”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso así: “El juez me está negando toda la posibilidad de demostrar que la enfermedad de origen laboral, no permite ni siquiera escuchar al perito que emite el dictamen, ni el por qué la enfermedad es de origen laboral, el dictamen cumple con los requisitos establecidos en los artículos 226 y 227 del CGP, en el sentido de que es un perito avalado que incluso ha pertenecido también a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, tiene toda la capacidad de determinar el origen de una enfermedad, igualmente, no permitir escuchar al perito que sustente su dictamen, es una violación clara al debido proceso, pues impide a la parte actora a través de los medios probatorios conducentes y pertinentes demostrar los hechos sustento de la demanda; igualmente al negar el testimonio de las personas que fueron testigo de las actividades que realizaba el demandante durante toda la relación laboral y son quienes podrían llegar a demostrar cuáles eran dichas actividades, factores como el número de horas; es en definitiva una prueba conducente y pertinente para determinar el objetivo de este litigio que es verificar si una enfermedad es de origen laboral de acuerdo a las condiciones a las que el trabajador se encontraba sometido desde 1993, son los testigos o el perito técnico, que es una persona ampliamente capacitada y ha trabajado en la Junta, no permitir que ellos ingresen al debate probatorio, viola todos los derechos relacionados con las pruebas.

Adicionalmente, para evitar cualquier inconveniente relacionado con el peritaje, se solicita a la Junta Nacional que lo pueda hacer otra sala, el dictamen, con ello no se viola el debido proceso, porque allegamos la prueba, allegamos testigos y no

comprende la togada las decisiones, pues sino puede ser la Junta Nacional o una de las Juntas, no lo puede hacer el perito, no lo puede hacer los testigos, se viola el derecho de la parte de llegar a la verdad procesal.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A de C P DEL T y de la S S la Sala resolverá el recurso, anunciando desde ya que el auto será MODIFICADO. Veamos las razones.

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe destacar esta Sala, es que fue la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, una de las demandadas en este proceso y en ese orden en ese orden el Juez está obligado a interpretar la demanda para no caer en exceso ritual manifiesto, no solo para su admisión, sino para el decreto de las pruebas porque este acápite sin duda, también hace parte de la demanda. Y no solo por ello sino además, porque como Director del proceso debe orientarla y dirigirla para que en el momento de la sentencia pueda tomar una decisión con base en las pruebas, lo cual no lograra si las niega.

En ese sentido y aunque en la demanda cuando se habla de dictamen pericial y se solicita decretarlo a la Junta Regional, es claro que la de las pretensiones, los hechos y la demandada se entiende que se trata de la Junta Nacional de Calificación y es así se itera que debió ser interpretado por el Juez de instancia, porque es justamente el fundamento y objeto del juicio, es decir fundamental para la decisión.

Vale aclara que este es un asunto de seguridad social y tal como lo ha dicho esta Sala insistentemente; **no es esté un dictamen pericial común, pues el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, grado de invalidez, origen de las patologías. tiene expresa regulación legal, corresponde en primera instancia a las ARL y EPS y en caso de inconformidad ante las Juntas Regionales de Calificación y en subsidio ante la Junta Nacional de Calificación tal como se señaló desde la expedición de la ley 100 de 1993, con las posteriores modificaciones legales.**

Por ello los dictámenes de las Juntas son **documentos con carácter probatorio, que contiene el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad y su origen, expertos a quienes la ley les encomendó específicamente esa labor y por tanto en principio son el medio más eficaz para que se pueda acceder con base en ellos a las prestaciones derivadas de los riegos laborales.**

Entonces estas controversias respecto de dictamen, exige la prueba adecuada, **que en este caso es sin duda, un nuevo pronunciamiento de otra sala de decisión de la junta nacional, toda vez, que ello ofrece la certeza necesaria, ya que lo dicho por la junta nacional, se itera, constituye un concepto técnico científico, pero lo más importante, constituyen pronunciamientos interdisciplinarios, emitidos por entidades de creación legal, y por ende con la precisión claridad, solidez e idoneidad para su plena observancia.**

En ese orden se ordenará a la Juez de instancia decretar el envío del demandante a otra Sala de la junta nacional, asistiéndole razón en eso al recurrente.

Finalmente se confirmará la decisión de la Juez en cuanto negó los testimonios, pues como bien lo aduce la demandada Colmena en alegaciones, esta no es una prueba conducente, en este caso en donde se trata de determinar una patología y su origen, que desde luego no puede serlo con declaraciones de terceros.

Sin costas en esta instancia.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral,**

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la providencia apelada ordenando a la Juez de instancia decretar la prueba enviando a la demandante a otra Sala de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para su evaluación.

SEGUNDO: CONFIRMARLA en lo demás

Sin costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-038-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

El señor FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la AFP Colfondos, incumplió con su deber legal de información, al no brindarle una asesoría clara, veraz, oportuna y comprensible acerca de las características y consecuencias y traslado, igual declaratoria depreca reseco



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de Porvenir S.A., solicitando se tenga por nula e ineficaz la afiliación al RAIS que efectuara inicialmente con la AFP Colfondos y posteriormente con Porvenir S.A.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona que se condene a Colfondos y a Porvenir S.A., a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión es nula e ineficaz, que se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar y a Colpensiones a recibir la totalidad de estos valores e igualmente activar la afiliación en pensión del demandante. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de junio de 1956, que inició sus aportes al sistema de pensiones en el RPM a través de CAJANAL el 1 de enero de 1977, que posteriormente realizó aportes en pensión al ISS hoy Colpensiones, que se afilió a la AFP Colfondos el 3 de mayo de 1994, que para la fecha en que hizo el traslado de régimen pensional tenía 38 años, que se afilió a la AFP Colmena el 12 de junio de 1995, que luego se afilió a la AFP Colpatria hoy Porvenir el 20 de abril de 1999, que para la fecha de la afiliación a la AFP Colpatria tenía cumplidos 43 años, que en la actualidad los aportes a pensión son administrados por la AFP Porvenir.

Indica que a su lugar de trabajo se presentó un grupo de asesores comerciales de la AFP Colfondos, a fin de convencer a los trabajadores de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, que los asesores de Colfondos aseguraron que el ISS se encontraba en graves problemas financieros y que permanecer en dicho fondo pondría en riesgo sus aportes pensionales, que le aseguraron que recibiría una pensión de mayor valor a la que podría reconocerle el ISS, que la AFP Colfondos no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPM al RAIS, que Colfondos omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y consecuencias de su traslado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de régimen, así como también de las características de ambos regímenes pensionales.

Refiere que la AFP Colfondos no le informó en caso de tener derecho a la pensión de vejez, cuál sería el monto de su pensión de vejez mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consciente, que no se le indicó mediante una proyección el valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos a la que tendría derecho en caso de no poder acceder a la pensión de vejez, que la AFP Colpatria hoy Porvenir no le informó la posibilidad que tenía de regresar al RPM o incluso de retractarse de su traslado antes del cumplimiento de los 52 años de edad, que Porvenir no le señaló cuáles eran las consecuencias de permanecer en el RAIS en comparación con las que podría tener retornando al RPM antes del cumplimiento de sus 52 años, que Colpensiones no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle asesoría sobre su decisión de traslado de régimen pensional.

Que en el mes de marzo de 2018, por petición del demandante, la AFP Porvenir informó que la mesada pensional estimada sería equivalente a \$1.209.600, que su ingreso base de cotización era de \$10.016.351 de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma ADDECO SAS, la pensión que le habría correspondido al demandante en Colpensiones equivaldría aproximadamente a \$6.112.796, que debido a la diferencia entre la mesada pensional proyectada en el RPM y la entregada en el RAIS, el demandante solicitó ante la AFP Porvenir que se procediera a anular la afiliación a dicha administradora mediante petición radicada el 20 de septiembre de 2018, que en esta misma fecha radicó petición ante la AFP Colfondos solicitando la anulación de su afiliación, que también el 20 de septiembre de 2018, solicitó ante Colpensiones que se procediera a la activación de su afiliación por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS.

Porvenir emitió respuesta negativa indicando que no era procedente el traslado del demandante, Colpensiones respondió informando que no era procedente acceder a la petición y en igual sentido emitió respuesta la AFP Colfondos, elevó consulta ante la Superintendencia Financiera de Colombia, a fin de que se pronunciara sobre el deber de información que está en cabeza de los fondos de pensiones el 9 de mayo de 2017, que la Superintendencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Financiera emitió respuesta el 12 de junio de 2017, que Colpensiones como respuesta a requerimiento de la Procuraduría General informó que desde octubre de 2012, se viene adelantando por parte de esta entidad actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre los traslados de regímenes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 27, 29 y 33 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 5, 26 y 30, negó los No. 4, 11 a 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 8, 9, 25, 28 y 29, negó los No. 7, 19, 20, 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 6 y manifestó no constarle



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES, identificado con C.C. N° 3.181.943, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT N° 800.149.496-2, realizado el día 03 de mayo de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES, identificado con C.C. N° 3.181.943, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 01 de enero de 1977, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Sin costas en esta instancia. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado describiendo en primer lugar las premisas normativas y jurisprudenciales en que fundaría su decisión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Señaló que el demandante nació el 18 de junio de 1956, conforme se verificaba de la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el folio 16 del expediente, que cotizó al inicio a la Caja de Previsión Social Distrital desde el 1 de enero de 1977, al 19 de julio de 1982, como se observa de la documental que fue allegada por la parte demandante, donde también se observa que se encontró afiliado al ISS el 18 de febrero de 1994, al 31 de mayo de 1994, conforme consta en la historia laboral que fue allegada por Colpensiones, el 3 de mayo de 1994, el demandante solicitó su traslado al RAIS y, por ende, su vinculación a la AFP Colfondos como se verifica en el folio 44 del expediente, que estando en el RAIS se trasladó a la AFP Colmena y Protección y luego a Horizonte y Porvenir que por virtud de la fusión entidad a la cual se encuentra afiliado el día de hoy.

En cuanto a la diligencia de interrogatorio de parte que absolvió el demandante Fabio Augusto Carvajal Torres en donde indicó sus generales de ley, su profesión de ingeniero civil, que en la actualidad desempeña como piloto comercial e instructor de vuelo en una escuela de aviación, que inició a laborar por el año 1977, en el sector público como asistente de parlamentario y que fue afiliado a Cajanal por unos 5 años, que después fue a trabajar al municipio de Villavicencio donde allí no cotizó y que luego regreso a Bogotá, trabajó en Aeroandes en el año 1994, fue afiliado al Seguro Social, recuerda que en ese mismo año se acercaron asesores de Colfondos, unos dos, hablando de la quiebra del Seguro Social y que le ofrecieron una mejor pensión y unos mejores rendimientos, que dicha reunión fue grupal y que a eso del año 1995, se trasladó a Colmena hoy Protección porque ya venía afiliado a esa entidad en salud y quería que quedara todo en una sola entidad, después hizo su traslado a la AFP Horizonte y Porvenir y en ese caso no le fue prestado una asesoría por parte de las AFP respecto a las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, indicó que tampoco le hablaron de bonos pensionales ni le informaron que antes de los 52 años es que podía cambiarse de régimen pensional o regresarse al régimen pensional.

Precisa que el demandante pretende la nulidad de su afiliación del RPM al RAIS o la ineficacia, el Despacho toma la ineficacia, la exclusión de todo efecto jurídico por el cambio de régimen pensional por la trasgresión al deber de información en dirección a validar o no la eficacia del acto jurídico pues como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Que en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tratándose de traslado de regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento deben entregar la información suficiente y transparente que les permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es que les describan características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales implicando con ello una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de los regímenes vigentes. Así como cuales son las consecuencias jurídicas del traslado, de modo que el afiliado conozca como funcionan los dos sistemas de pensiones, tanto el público como el privado, ese cumplimiento debe ser riguroso pues de ese ejercicio dependen importantes intereses sociales como la protección de la vejez, invalidez y muerte.

Que la afirmación que hace el demandante de no haber recibido una información clara, completa, veraz, correspondía a un supuesto negativo que sólo puede ser por desvirtuado por el fondo mediante la prueba que acredite que cumplió con la obligación de información, por lo que se deduce que la AFP Colfondos incumplió con ese deber legal de entregar una información veraz de la situación que tendría el accionante para él se decidiera o escogiera el mejor régimen para obtener la pensión de vejez, ya que el único medio de convicción en que se soportan las Administradoras de Fondos de Pensiones, principalmente las aquí vinculadas, Protección y Porvenir y Colfondos S.A., era los formularios de afiliación que si bien el demandante firmó al igual que los formatos pre impresos por los fondos que consignan que la afiliación se hace libre y voluntaria u otro tipo de afirmación, no eran suficientes para tener por demostrado el deber de la información que le asistía a los fondos, estos acreditaban un consentimiento pero no la información suministrada al demandante.

Según la manifestación del demandante no le fue prestada una asesoría por parte de las AFP con relación a las ventajas pero también las desventajas de un cambio de régimen pensional, cómo funcionaba el tema de los bonos pensionales ni le informaron que antes de la edad de los 52 años podía cambiarse de un régimen pensional, lo que significa que no recibió una información sobre cuáles eran las desventajas de un traslado de régimen, ni sobre las modalidades o requisitos para obtener su pensión de vejez, como cuál es el monto base que debe tener para obtener la pensión acorde a los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ingresos, cuáles son esas variables actuariales financieras y macroeconómicas a las que se atiene un monto de mesada pensional, circunstancia evidentemente que puede ser lesiva en una mesada y que debió haber conocido el demandante y que de haberlo hecho hubieran impedido la decisión que tomó; aunado al hecho de que se le generó la falsa expectativa de obtener la pensión de vejez a unas edades anticipadas pero sin precisarle o darle a conocer que eso depende de unos aportes adicionales u voluntarios que acrecienten su cuenta de ahorro individual y como es que esto funciona y no puramente la simple decisión del afiliado.

Indica que el traslado del demandante se dio para el año 1994, data para cual, no se había decantado en su totalidad el tema de la doble asesoría, como hoy sí lo está y el buen consejo que ya hay legislación vigente, desde su fundación las Sociedades Administradoras de los Fondos de Pensiones les asiste la obligación era de garantizar una afiliación que fuera libre y voluntaria, con la entrega de la información que entiende el Despacho debe ser suficiente que le permita al afiliado elegir entre esas opciones posibles que hay en el mercado la que mejor se ajustara a sus interés, eso lo trajo la Ley 100 de 1993, en el artículo 13 literal b) cuando dijo libre y voluntaria y eso presupone un conocimiento que sólo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión como la que toma un afiliado de esta magnitud, como quiera que las partes demandadas principalmente los fondos de pensiones, el fondo inicial Colfondos no cumplió con ese deber legal que le asistía la carga dinámica de la prueba, aclarando que la actuación de traslado del RPM al RAIS no se convalida por los traslados de las AFP Colfondos, Protección y Porvenir, ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora dentro del RAIS no implica que cumpliera a cabalidad con ese deber de la información para el traslado inicial. Además, los traslados que realizó el demandante entre las administradoras privadas son actos de relacionamiento que confirman su intención de permanecer en el RAIS, resultan inútiles pues así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ya que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información que tenía de un traslado original, como lo dijo en la SL 1055 de 2022.

Siendo escaso el material de pruebas que se allegó por parte de las demandadas, principalmente los fondos de pensiones para controvertir los hechos de la demanda, razón por la cual, declararía la ineficacia del traslado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

del régimen pensional efectuado por el actor, declarando como la aseguradora del demandante para los riesgos de IVM a Colpensiones desde 1 de enero de 1977, hasta la actualidad como si él nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre ha permanecido en el RPM, ordenó a la AFP Porvenir devolver la totalidad de los aportes que fueron girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, aportes adicionales o voluntarios del afiliado Fabio Augusto Carvajal Torres, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a Colpensiones, debidamente indexados al momento del traslado.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada toda vez que la declaración de ineficacia de un traslado de régimen pensional es imprescriptible y forma parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, el que no se extingue con el paso del tiempo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que respecto a la indexación de las sumas señaladas es improcedente de acuerdo con lo mencionado en la Sentencia C-00161 del 13 de mayo de 2010, M.P. Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en *“La actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.”*. Adicionalmente, a través de la Sentencia SL 9316 del 29 de junio de 2016, se precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por tanto, resulta incompatible ordenar la indexación pues los recursos de la cuenta de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario, ha generado rendimientos.

La demandada **Colpensiones** indicó que la decisión se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindar las AFP al momento de la suscripción del formulario, pasando por alto que para la fecha la normatividad aplicable en esa época era la Ley 100 de 1993, y sólo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse del régimen, la cual se manifiesta a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual se dio a plenitud según se deriva del formulario suscrito y firmado por el demandante.

Así mismo, para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de dar una doble asesoría a sus afiliados, así las cosas el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en este asunto pues la Ley 100 de 1993. No es razonable ni jurídicamente válido imponer a la administradora obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de la legalidad y el debido proceso no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Carta Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Señala que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones quien sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entorno a que Colpensiones es un tercero en este asunto, por lo que esta administradora no puede de ninguna manera puede ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese acto que se celebró entre el demandante y la AFP.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP, se encuentra que hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre 1994, y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Expone que el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 28 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada en cuanto a la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. También reitera el artículo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Solicita que se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que esta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización que recibió por parte del demandante, esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y en general todos los aportes efectuados por el accionante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad e ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 3 de mayo de 1994, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por el demandante y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara el demandante a Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., el 12 de junio de 1995, y finalmente, hacía Porvenir S.A. el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

28 de abril de 1999, efectuando cotizaciones a la fecha en dicho fondo, de acuerdo con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, remitida por la AFP Porvenir.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo señalado por Colpensiones en alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Fabio Augusto Carvajal, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, siendo deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada al señor Fabio Augusto Carvajal, quedando así demostrado que la demandada Colfondos S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por otra parte y en cuanto al argumento de la recurrente Porvenir S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado de manera **indexada**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 como lo refiere Colpensiones en alegaciones, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900038-01 Dte: FABIO AUGUSTO CARVAJAL TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2021-072-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MILTON CÁRDENAS GALLO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 8 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

El señor MILTON CÁRDENAS GALLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que fue inducido en error por parte de Porvenir S.A., con la finalidad de obtener su traslado el RAIS, que se declare la nulidad del contrato de afiliación suscrito con dicha AFP y demás fondos privados de pensiones, que se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación al RPM al cual se encontraba afiliado antes de cometer el error de trasladarse al RAIS, que se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., a girar la totalidad de los dineros recaudados a Colpensiones, con sus respectivos rendimientos.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de marzo de 1956, que inició a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en el RPM administrado por el liquidado Seguro Social desde el 1 de octubre de 1996, que para el año 1994, los diferentes fondos de pensiones, recién creados, iniciaron una agresiva campaña comercial con la finalidad de buscar clientes que se cambiaran al RAIS, que mediante artificios y falsa información la AFP Colfondos lo convenció de trasladarse al RAIS con la promesa de obtener una pensión a menor edad, con un monto superior al que le reconociera el Seguro Social, el cual sería liquidado y los aportes a pensión se perderían, que la afiliación a Colfondos tuvo lugar el 5 de noviembre de 1999, que en el mes de enero de 2011, se efectuó por parte de su empleador la afiliación al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

Refiere que radicó derecho de petición en las instalaciones de la AFP Porvenir el día 5 de noviembre de 2019, que mediante oficio de fecha 23 de octubre de 2019, y 7 de noviembre de 2019, la AFP Porvenir no otorgó respuesta de fondo a la solicitud planteada, lo propio hizo ante la AFP Colfondos y esta mediante oficio de fecha 2 de diciembre de 2019, otorgó respuesta y anexó formulario de afiliación, que el día 29 de enero de 2021, solicitó la afiliación y traslado al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

RPM administrado por Colpensiones, que por medio de oficio de fecha 29 de enero de 2021, Colpensiones respondió a la solicitud de afiliación indicando “Traslado de régimen no viable por edad”.

Por último, manifiesta que no es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, al estar afiliado al RAIS administrado por la demandada, le genera un perjuicio incalculable e irremediable, que jamás fue asesorado por parte de la AFP Porvenir y Colfondos, no se le informó las consecuencias de cambio de régimen pensional, que recientemente no fue asesorado ni se le ha brindado información relativa a la decisión tomada, tan solo que su ahorro individual le permite una pensión muy inferior a lo que percibe actualmente, cuando inicialmente se le había indicado que tenía la posibilidad de pensionarse más joven y en condiciones más ventajosas que las que ofrecía para la época el Seguro Social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 5 parcialmente, 6 y 12 parcialmente, negó los No. 5 parcialmente, 7, 12 parcialmente y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **Colfondos S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 8, 9 y 12, negó los No. 4 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 10 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor MILTON CÁRDENAS GALLO al RAIS a través de COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS el 05 de octubre de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales al señor MILTON CÁRDENAS GALLO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del señor MILTON CÁRDENAS GALLO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes a pensiones por gastos de administración conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir al señor MILTON CÁRDENAS GALLO, como su afiliado, actualizar



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS.(...)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que, se debía constatar si la vinculación efectuada por el demandante al RAIS realizada en el año 1999, resulta ineficaz por el incumplimiento de deber de información por parte de Colfondos. Siendo ello así, el Juzgado concluye la profunda importancia que reviste el deber legal de información que tienen las administradoras del sistema de seguridad social en pensiones al momento en que un afiliado se vincule a un régimen pensional o efectúe el traslado del uno al otro, de darle a conocer los regímenes pensionales existentes con sus características, beneficios e inconvenientes y aún allegar si fuere el caso desanimar al interesado el punto que el incumplimiento parcial o total se traduce en la ineficacia de su vinculación, soportando las administradoras la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del CGP de demostrar al Juzgador que al momento de la vinculación o el traslado se le brindó al afiliado información clara, completa, compresible sobre las características de cada régimen pensional y las trascendencia de la decisión que se estaba adoptando.

Que se evidenciaba que el señor Milton Cárdenas Gallo se vinculó al RAIS administrado por la AFP Colfondos para el 5 de octubre de 1999, tal y como da cuenta el formulario de afiliación arrimado por la parte demandante, incorporado a folio 30 archivo 1, lo que suyo comporta que Colfondos deba allegar al plenario los medios de convicción que den cuenta la información que le brindó al demandante, así como que le explicó las características, ventajas, desventajas y que esa información fue pertinente, útil, necesaria y que se entregó a través del asesor o asesora que realizó la captación de los afiliados, carga de la prueba que en el plenario se reputa incumplida en la medida que el fondo accionado no allegó a la controversia medio de prueba que demostrará el cumplimiento del plurimencionado deber de información, no siendo suficiente para los anotados propósitos el formulario de vinculación donde se evidencia luego de que el demandante consignó sus datos personales y de relación laboral, en el acápite de voluntad de afiliación se consignó antes de la firma del accionante, entre otros aspectos, su intención de vincularse al RAIS de manera libre y espontánea, sin embargo, se reitera que ese



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

documento no resulta suficiente en la medida que contiene la manifestación de voluntad del demandante, en cuanto que era libre y espontánea y sin presiones pero no para dar por cumplido el deber de información que le asistía a Colfondos, pues ese formulario no viene acompañado de ningún otro documento ni se allegó al proceso medio probatorio que diera cuenta del cumplimiento del deber de información no siendo suficiente para los presentes propósitos.

Que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante no se podía derivar confesión alguna pues se limitó a indicar que cuando estaba vinculado a una empresa privada y ante el cambio de razón social se dispuso por parte del gerente de aquella para continuar con el contrato que se firmara un formulario de vinculación a Colfondos, indicando que no se le dio ninguna explicación, que firmó ese documento e igual manifestación realizó cuando se le interrogó respecto a la vinculación a Horizonte hoy Porvenir pues indicó que al posesionarse en la Rama Judicial habían cuatro asesores, solicitó un formulario que le fue entregado por Horizonte porque fue la entidad que le sonó en ese momento, habiéndolo firmado sin recibir algún tipo de información para efectos de esa vinculación respecto a las condiciones del RAIS, lo que reitera que Colfondos no cumplió con el deber de información en el momento de que el demandante se vinculó al RAIS sin que hubiera allegado algún documento que demostrara lo contrario.

Por otro lado, y aunque Porvenir señaló en la contestación que con la publicación mediante comunicado de prensa en un diario de amplia circulación nacional en enero de 2004, procedieron a informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retornar al RPM siempre y cuando acreditaran los requisitos establecidos; con ello, no podía acreditarse el cumplimiento del deber de información con aquel documento pues data de varios años después de la afiliación del demandante, esa campaña obedeció a lo reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, no por la omisión del deber de información, la que reitera el Juzgado debe cumplirse en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada afiliado y su situación pensional en particular.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por otra parte, advirtió que en estos casos, se aplica la inversión de la carga de la prueba y, por tanto si el cotizante alega que no recibió información debida cuando se vinculó al RAIS es un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca sino desvirtuarse por la parte contraria, ello significa que Colfondos debió acreditar que contrario a lo manifestado por el demandante si le brindó información sobre las características de cada régimen pensional al momento en que el actor se vinculó al RAIS a través de Colfondos.

Por lo expuesto, el Juzgado pudo concluir que cuando el señor Milton Gallo decidió trasladarse del RPM al RAIS representado en ese momento por la AFP Colfondos no lo hizo conociendo las características de cada régimen pensional, lo que permitía inferir la ausencia de una libertad informada, por consiguiente la omisión de la administradora del deber de información que le incumbía y si ello es así, por supuesto que se genera la invalidez del afiliación que hizo al RAIS, sin que la anterior conclusión varía por conocer la calidad y condición del demandante de abogado y el alto grado de preparación en el momento en que se vinculó a Horizonte.

En consecuencia, el Juzgado declaró la ineficacia de la afiliación que hizo el señor Milton Cárdenas Gallo a la AFP Colfondos, por consiguiente declaró para todos los efectos legales que nunca se trasladó al RAIS, por tanto, siempre estuvo vinculado al RPM administrado por Colpensiones, ordenando a Porvenir trasladar los aportes que haya realizado el demandante junto con sus rendimientos y lo que haya aducido por gastos de administración los que debía asumir con su propio patrimonio, tal y como lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia entre otras decisiones en la Sentencia SL 2884 de 2021, en consecuencia y en cumplimiento estricto a lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia, se condenó a la AFP Porvenir y a Colfondos a devolver a Colpensiones lo que hayan deducido del capital ahorrado por aportes, por gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, conclusión que no varía ni aún por el concepto de la Superintendencia Financiera a que hace alusión Porvenir en la contestación de la demanda, como quiera que tales conceptos no son definitivos ni vinculantes para los Jueces de la República.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Finalmente, en lo que respecta a la afectación a la sostenibilidad del RPM que alegaba Colpensiones, indicó que como consecuencia natural de la ineficacia del traslado que se declaró, la AFP Porvenir y Colfondos deben trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales junto a sus frutos e intereses, junto con rendimientos que se hubieran causado durante el tiempo que el actor estuvo vinculado al RAIS, no demostrándose un riesgo en la sostenibilidad financiera del RPM derivado de una descapitalización, toda vez que una vez se trasladen estos dineros, los mismos entran a hacer parte del fondo común que administra este régimen contribuyendo a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen sin perjuicio de que Colpensiones eventualmente solicite la reparación de daños que pueda sufrir al momento del reconocimiento pensional del demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto producto de la permanencia y traslado del señor Milton Cárdenas Gallo al RAIS, no habiendo por tanto lugar a ordenar otra medida de resarcimiento diferente al traslado de todos los valores que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los valores deducidos por conceptos de gastos de administración y para el fondo de pensión de garantía mínima.

En cuanto a las excepciones, refirió que la prescripción se encontraba prevista en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS y en sentencia SL 1688 de 2019, de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había reiterado que la declaratoria de ineficacia era imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional, pues como quedó probado en el proceso la decisión tomada por la parte actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza pues, primero, suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

entonces Superintendencia Bancaria y, segundo, manifestó que lo hacía en forma voluntaria y libre y más aún Porvenir no tuvo ninguna intervención en el traslado de régimen, por lo que simplemente actúa dentro del presente proceso como un tercero de buena fe que recibió al demandante fruto de un traslado horizontal por cumplir con los requisitos para ello, conforme a lo establecido en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, el demandante al haber nacido el 28 de marzo de 1959, para el año 2011, es decir, año en que se hizo efectivo el traslado del demandante con Horizonte hoy Porvenir, tenía 55 años, es decir, ya se encontraba inmerso en la prohibición legal en los términos de la Ley 797 de 2003, y ya no era posible que retornara a Colpensiones.

Ahora bien, en lo que respecta a la condena a devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración, Porvenir se aparta de esta condena pues no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia ex tunc en unos sentidos y en otros no, como quiera que se recuerda que la aplicación de dicha figura tal y como lo ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia es “*Declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás*” en ese sentido se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos del demandante por parte de Porvenir tampoco se generaron. Así mismo, cabe advertir que estos rendimientos financieros al ser privativos del RAIS pondrían al demandante en una condición diferente a la que se encontraría si perteneciera al RPM, dado que recibiría dineros que no se generaron en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Debe tenerse en cuenta que como se declaró la ineficacia deben existir y se consideró que debían existir restituciones mutuas, que respecto de Colpensiones, Porvenir ha actuado como un agente de oficio involuntario en los términos establecidos en los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto creyendo administrar su propia actividad administró los negocios de otro, es decir, el manejo de los aportes de un afiliado y luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido estos aportes de haber sido gestionados por Colpesiones, si ello



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo que se traduce en que Porvenir solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esta entidad.

Por otro lado, en lo que respecta al traslado de las sumas correspondientes a los gastos de administración, Porvenir se aparta de esta condena pues dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica, que en este caso cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha mantenido su vinculación con el RAIS, especialmente con Porvenir, de tal suerte que estas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de Porvenir pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que ha implicado la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante. Debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar entre otras a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello que es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la ineficacia del traslado que es el caso que compete el día de hoy, que existiendo una norma que regula la situación no se ve ninguna razón atendible para apartarse de ella e incluir conceptos que no contienen y que por razones lógicas no pueden trasladarse.

La demandada **Colpensiones** indica que el a-quo al momento de dictar la sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendido que Colpensiones es un tercero ajeno a estos actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP Colfondos y Porvenir, en razón a que todos los actos jurídicos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pues tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión adoptada por la Juez en razón a la declaratoria o no de ineficacia de traslado, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor, por lo que solicita que no se condene a Colpensiones a recibir al actor como afiliado en el RPM pues con esta decisión consecencial la declaratoria de inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta en el PIB en lo que tiene que ver en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante por este tipo de procesos.

Que la AFP faltó a su deber legal de información pues no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia pero Colpensiones es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración de este acto jurídico, con el regreso del actor al RPM existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derecho pensional, lo cual genera un impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que día tras día se destina para tales fines. Ahora bien, conforme en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, si bien señala que después de un año de la vigencia esa ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, caso que era el del actor.

Por otro lado, cuando se declara la nulidad e ineficacia del traslado según las Sentencias 31989 del 8 de septiembre de 2008, 17595 de 2017, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019, 56174 hay lugar a reintegrar la totalidad de las cotizaciones, es decir, todos esos recursos de la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y todos aquellos que son gastos de administración, en últimas si se determina que no hay otra posibilidad que ordenar ese retorno del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante a ese RPM, solicita se condene a la AFP Colfondos que incumplió en su deber legal primero, deber legal de información al afiliado pague a Colpensiones esos perjuicios económicos que ello genera por Colpensiones, por esa falta de información al momento de la afiliación del demandante. Lo anterior, en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil quien debe repararlo y en un tercero en el acto jurídico como lo debe ser Colpesiones.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor MILTON CÁRDENAS GALLO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del contrato de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizara con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a través de formulario suscrito con esa AFP el 5 de octubre de 1999, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por el demandante y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo el traslado horizontal que el actor efectuara a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 2 de noviembre de 2010, y cuyo formulario también reposa en el plenario digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Milton Cárdenas Gallo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó en primer momento el demandante proveniente del RPM, faltó al deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado, tampoco este resulta ser libre y voluntario, pues se itera, el actor no conocía las incidencias del mismo.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., emanado por la Superintendencia Financiera, no ostentan el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

De otra lado y si bien, como lo alega la recurrente Porvenir S.A., también en alegaciones, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Ahora, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones, esbozado también en alegaciones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por último, no hay lugar a ordenar las restituciones mutuas que deprecia Porvenir S.A., en su recurso pues este no es uno de los efectos de la ineficacia cuya declaratoria se confirmará en esta oportunidad.

Así las cosas y contrario a lo indicado por las recurrentes, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24202100072-01 Dte: MILTON CÁRDENAS GALLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-190-02

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO FRANCO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ALBERTO FRANCO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que realizara del RPM al RAIS ante Protección S.A., el 21 de junio de 1995, como consecuencia de ello, se declare que para todos los efectos legales permaneció afiliado al RPM; que se condene a Protección S.A., a trasladar a favor de Colpensiones la totalidad de dineros depositados en su CAI, junto con rendimientos financieros y utilidades, como bonos pensionales,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

a realizar la devolución de gastos de administración debidamente indexado, ordenando a Colpensiones recibir dichos conceptos.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 8 de marzo de 1956, alcanzado los 62 años en el 2018, que inició su vida laboral cotizando a Colpensiones, acumulando en el RPM un total de 717 semanas, que el 21 de junio de 1995, suscribió ante Colmena AFP hoy Protección S.A., formulario de afiliación, oportunidad en la cual el asesor comercial de dicha entidad, no le brindó la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes pensionales, no se hizo un estudio de su situación pensional particular, ni se le indicó las desventajas que le acarrearía el cambio de régimen pensional.

Refiere que, en Protección S.A., la renta vitalicia equivale a \$2.144.970, mientras que en Colpensiones, la mesada pensional ascendería a \$4.446.564.69, que cotizó para el sistema un total de 1646 semanas y el 2 de junio de 2020, Protección S.A., le reconoció pensión bajo la modalidad de renta vitalicia, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 12 y 13, negó el No. 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN AFP, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 2, 6 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas por el demandante, no impuso condena en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que, no había ofrecido reparo el traslado del actor al RAIS en el año 1995, quedando demostrado que el demandante se encontraba gozando de pensión otorgada por el RAIS.

Refirió en cuanto a la declaratoria de ineficacia peticionada que este era un aspecto estudiado desde el año 2008, por la CSJ, y había lugar a esta figura cuando se desconocía el deber de información, que consistía en la ilustración de las características, condiciones, acceso y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales, debiéndose determinar el momento histórico en que tuvo lugar el traslado para verificar las obligaciones para dicha época, señalando la Corte que este deber en el tiempo se dividía en 3 etapas, conforme a la fecha de traslado del actor, se encontraba en la primer etapa en la cual el fondo pensional debía darle a conocer al afiliado todas y cada una de las características de los regímenes pensionales y los beneficios de ellos, pues la firma del formulario de afiliación, no era señal del consentimiento informado, que de no verificarse el suministro de dicha información, el traslado se tornaba eficaz.

Que no obstante lo anterior, la misma CSJ desde 2020, ha venido indicando que la ineficacia no tenía lugar cuando quien la solicitaba se encontraba pensionado, así lo había indicado en sentencia SL 373 de 2021, afirmando que cuando se gozaba de la calidad de pensionado, no era posible retrotraer las cosas a su estado inicial conforme los efectos de la ineficacia; así las cosas y como el despacho se había acogido al precedente jurisprudencial respecto de la ineficacia del traslado, de igual forma procedería cuando se peticionaba



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

esta en el caso de los pensionados, pues así lo consideró desde el principio al efectuar el estudio de casos análogos; no habiendo lugar a declarar la ineficacia solicitada en el caso del actor.

En cuanto a las facultades ultra y extra petita alegadas, el despacho no las aplicaría, ya que no se solicitó en la demanda indemnización de perjuicios alguna, cuestión que se había alegado hasta en etapa en alegaciones, aunado a ello, para su estudio, debían llamarse al debate procesal todas las entidades que participaron para hacer efectivo el reconocimiento pensional como la aseguradora y el Ministerio Público.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que el despacho tenía la potestad para inaplicar el precedente y dar uso a las facultades extra y ultra petita; ya que el primero no se podía aplicar de manera automática, pues los hechos que sustentaron el mismo, eran distintos a los del actor, este no se pensionó de manera anticipada, no es acreedor del régimen de transición, que también se encontraban en este asunto en debate derechos de índole constitucional como el mínimo vital, había logrado demostrarse en el proceso que el actor vio disminuido su ingreso con la mesada pensional en el RAIS, se demostraron los supuestos de la omisión en el deber de información, transparencia.

Que en el asunto bajo estudio, era posible determinar los perjuicios, pues se aportó estudio que revelaba la diferencia en la mesada pensional en ambos regímenes, por ello, solicitó estudiar la inaplicación del precedente, estudiar el caso en concreto frente a la afectación de la sostenibilidad financiera en cada caso particular, el actor se pensionó a los 62 años, con 16464 semanas, entonces consolidó sus derechos durante su vida laboral y era un cambio de precedente con posterioridad a la presentación de la demanda, debiéndose aplicar las sentencias de la Corte Constitucional; de no apartarse de dicho precedente, solicitó estudiar la facultad ultra y extra petita, ya que no era dable que una vez culminado todo el trámite judicial, tenga que someterse a otro proceso por un cambio jurisprudencial que no preveía, cuando en uso de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dicha facultad, se podía estudiar lo referente a los perjuicios que se acreditaron en el proceso.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor CARLOS ALBERTO FRANCO, se circunscribe a que se declare la ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la entonces Colmena hoy Protección S.A., en el año de 1995, no ofreciendo reparo la calidad de pensionado del señor Carlos como quedó probado durante el trámite procesal con documental expedida por la AFP en mención el 24 de marzo de 2020, mediante la cual efectúa reconocimiento pensional bajo la modalidad de retiro programado a partir del 25 de abril de 2018.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo petitionado se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, línea jurisprudencial que ha indicado en sentencias con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas y conforme lo señalado en precedencia para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo concluyó la decisión de instancia y así lo refiere la recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Carlos Franco, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que Protección S.A., AFP a la que se trasladó el demandante proveniente el RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

No obstante lo anterior, como se señaló, para el caso bajo estudio, se encuentra acreditada y aceptada la calidad de pensionado del actor, lo que se le comunicó a este último el 20 de marzo de 2020, mediante documental aportada al expediente digital y expedida por Protección S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Es así como, para el caso de quienes como el actor peticionan la ineficacia del traslado pensional cuando ya adquirieron el estatus de **pensionado** en el RAIS, el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era el señalado en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, reiterado en otras como las SL 17597 de 2017 y SL 4933 de 2019, pronunciamientos según los cuales como señala la recurrente, procedía la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando no se comprobaba el suministro de la información pertinente en los términos antes señalados previo al acto del traslado de régimen pensional; no obstante ello, la Corporación de Cierre de esta jurisdicción se apartó del anterior criterio en mención en reciente sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, oportunidad en que indicó que no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando quien lo solicitaba, ostentaba la calidad de pensionado, debido a las múltiples y complejas situaciones que habría que revertir ante los efectos de dicha ineficacia, en pronunciamiento en mención indicó:

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, **lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:***

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo carácter vinculante de la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, respecto del cual, no encuentra la sala razones para apartarse del mismo; como lo solicita la recurrente pues es la **sola calidad de pensionado**, la que impide acceder a lo pretendido, al ser este como lo indica la Corte un estatus jurídico consolidado, sin que merezca un trato diferencial el hecho de que el actor no se hubiera pensionado de manera anticipada.

Es así como, si bien la AFP Protección S.A., conforme el caudal probatorio recaudado, no demostró que, para la fecha de afiliación del actor a esta, lo ilustró sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro; **no es posible** acceder a su pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que como se señaló, ostenta estatus de pensionado.

Dicho estatus impide, se itera acceder a la pretensión principal con apego a reciente criterio jurisprudencial en cita, el que comparte esta Sala, circunstancia que determina que retrotraer los efectos de su afiliación al RAIS como lo pretende, traería consigo una cantidad considerable de consecuencias que resultan perjudiciales para el sistema pensional, ya que su afiliación, cumplió con su objetivo principal, como lo es el acceso a una de las prestaciones propias que concede este, la prestación por vejez, lo que determina que de accederse a la pretensión de ineficacia del traslado, el sistema pensional sufriría un detrimento patrimonial, sin que con ello se afecte el derecho al mínimo vital del actor, pues se encuentra recibiendo ingresos por concepto de mesadas pensionales, desde el año 2018, fecha a partir de la cual Protección S.A., dispuso reconocerle la prestación.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En este sentido y contrario a lo señalado por la recurrente en recurso y alegaciones, la situación particular del actor cuando medió el reconocimiento pensional, no determina que la sentencia que fundamentó la decisión de primer grado y que se confirmará en esta oportunidad, no le sea aplicable a su caso, pues para el efecto únicamente se requiere que cuente con el estatus de pensionado, siendo dicho pronunciamiento plenamente aplicable a su caso ante la probanza de ostentar tal calidad.

Ahora, respecto de las facultades ultra y extra petita que alega la recurrente, se tiene que la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL 2014 de 2023, ha reiterado que estas son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, así se refirió en dicho pronunciamiento:

*Por último, en lo que concierne a la tercera problemática, **se advierte que la jurisprudencia de esta Sala ha sido consistente en señalar que las facultades ultra y extra petita radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, de modo que el juez de segundo grado no puede hacer uso de ellas, a menos que: (i) involucre derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, (ii) hayan sido discutidos en el juicio y (iii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia CC C-968- 2003 (CSJ SL5863-2014 y CSJ SL2808-2018, reiteradas en CSJ SL3144-2021).***

Es así como a esta corporación le está vedado hacer uso de las mismas para estudiar lo solicitado por la recurrente, ya que no se está en presencia de ninguna vulneración de derechos mínimos e irrenunciables, pues se itera, el actor, ya cuenta con el estatus de pensionado, no desconociéndose sus derechos en ese campo.

Por todo lo anterior, se **confirmará** la absolución dispuesta en sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000190-02 Dte: CARLOS ALBERTO FRANCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2021-401-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la vinculación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se declare que Porvenir S.A., debe ordenar su traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que dicha AFP debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, que debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

descontados de sus aportes pensionales, que se declare que Colpensiones debe aceptar su vinculación en el RPM como si nunca hubieran existido unos traslados de régimen pensional, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona que se condene a Porvenir S.A., a aceptar la nulidad de la vinculación al RAIS, que se condene a Porvenir S.A., a ordenar su retorno del RAIS al RPM e igualmente a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional y a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de sus aportes pensionales, que se condene a Colpensiones a aceptar el retorno al RPM, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, que como consecuencia de la nulidad la acepte en el RPM como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte ultra y extra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ha prestado sus servicios como empleada a la Gobernación de Cundinamarca desde el 16 de junio de 1981, a la fecha, que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada legalmente en el RPM, el 31 de agosto de 1999, suscribió formulario de afiliación y cambio de régimen con la AFP Porvenir S.A., que Porvenir S.A., contrató un sinnúmero de vendedores o asesores comerciales para la captación de trabajadores y su respectiva afiliación a la AFP, que los asesores contratados por Porvenir S.A., no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento en temas de seguridad social, que la indujeron de manera equivocada a vincularse al RAIS, que el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del RPM, que se le indujo de manera inapropiada a vincularse al RAIS, sin que existiera manifestación por escrito por parte de ella mostrando su voluntad de trasladarse, que nunca le indicaron de los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, que nunca le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva, no le realizaron de antemano una eventual simulación o comparación



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

del valor de la mesada pensional que pudiera tener en el RAIS y la que lograría tener en el RPM.

Refiere que no fue autónomamente consciente y tampoco aceptó de forma libre perder los beneficios otorgados en el RPM, que su decisión no fue informada, que el ISS hoy Colpensiones no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto decía que se iba acabar, que al momento del traslado estaba vigente el Estatuto del Consumidor Financiero norma aplicable a las AFP, nunca le informó por escrito a la empresa donde trabajaba que había asumido la determinación de trasladarse al RAIS con Porvenir S.A., nunca presentó a Porvenir S.A., comunicación escrita en la que constaba la selección de dicho régimen de manera libre, espontánea y sin presiones, que el día 23 de junio de 2008, radicó ante el ISS hoy Colpensiones formulario de afiliación, que el día 3 de octubre de 2008, informó nuevamente al ISS hoy Colpensiones sobre la radicación del formulario de afiliación y solicitó verificar y validar su traslado de Porvenir al ISS, que el día 3 de octubre de 2008, manifestó a Porvenir S.A., su intención de regresar al ISS y solicitó el de sus aportes e información relevante al ISS, que ante las peticiones presentadas no hubo ningún tipo de gestión y las entidades guardaron silencio.

Indica que el día 15 de julio de 2019, solicitó al ISS emitir respuesta a la solicitud de afiliación, que el día 8 de junio de 2014, peticionó a Colpensiones realizar los trámites pertinentes para llevar a cabo el traslado de Porvenir a Colpensiones, que la AFP Porvenir S.A., envió comunicación el día 24 de agosto de 2015, en la cual le informan que luego de analizar su situación frente al sistema general de pensiones, habían logrado establecer que se encontraba válidamente vinculada con Colpensiones, razón por la cual procederían a trasladar todos los aportes en manos de Porvenir S.A., a Colpensiones, que luego de la determinación adoptada por la AFP Porvenir S.A., comienza a realizar sus aportes a Colpensiones, que el día 14 de diciembre de 2017, recibe una comunicación conjunta de Porvenir S.A. y Colpensiones, donde le manifiestan que luego de dos años del traslado a Colpensiones, re evalúan el caso y ambas determinan que se encuentra vinculada válidamente a la AFP Porvenir S.A. jugando con su situación pensional, el día 21 de diciembre de 2017, interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la comunicación 0200001148335500, que Porvenir mediante comunicación del 10 de enero de 2018, confirma la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

reevaluación realizada entre esta entidad y Colpensiones, concluyendo así que se encuentra afiliada al RAIS.

Por último, argumenta que su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual lesiona ostensiblemente su derecho a la libre escogencia, que es un acto que transgredió el pleno consentimiento y libre determinación, que su permanencia en el Régimen del Ahorro Individual genera una situación de inconveniencia en el derecho pensional, por cuanto lesionaría la calidad de vida, el derecho a la dignidad humana y su mínimo vital y empobrece su poder adquisitivo pues la pensión que este le reconocería sería el equivalente a un 60% aproximado del valor que debería recibir en el RPM, que desde hace más de 13 años ha estado procurando gestionar ante Porvenir S.A, el traslado al RPM que manejaba el ISS hoy Colpensiones, que el día 09 de septiembre de 2021, solicitó ante Colpensiones la afiliación al RPM, que Colpensiones guardó silencio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 2 parcialmente, 3, 19, 20, 23 y 24 parcialmente, 26 a 29 y 37, negó los No. 22, 30 y 38 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 3, 16, 21, 25, 27, 28, 29 y 36, negó los No. 4 a 13, 18, 22, 30 a 35 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere la señora MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA identificada con la cédula de ciudadanía. No. 39.660.322, a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Solicitud del 31 de agosto de 1999, con fecha de efectividad 01 de octubre de 1999, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales de la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que, de acuerdo con esas pruebas se demuestra que la demandante se afilió al entonces ISS, el 1 de febrero de 1995, posteriormente elevó solicitud de afiliación a Porvenir S.A., el 31 de agosto de 1999, con fecha de efectividad el 1 de octubre de 1999.

Que la parte actora fundamentó la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional en la falta de información que debió brindarse al momento del traslado y esto con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ratificación que hizo en sus alegatos de conclusión. Para resolver el problema planteado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia fijó unas reglas desde el año 2008, indicando que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado, que desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993, existía ese deber de información y que corresponde a los fondos probar en juicio que efectivamente se cumplió con el deber que asistía para el momento del traslado y esto por cuanto la Corte igualmente ha dividido en tres periodos históricos dada la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

legislación que se ha promulgado después de la expedición de la Ley 100 de 1993, mediante la cual se han impuesto nuevas obligaciones a los fondos encargados de administrar las pensiones. Así es que, ubicando a la demandante en el momento histórico del traslado, esto es, en el año de 1999, corresponde al primero de ellos y para esta fecha existía únicamente ese deber de información de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia *“Ese deber de información consistía en ilustración de las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.”*

Lo que significa que de acuerdo con la jurisprudencia para que sea válido y eficaz el traslado de régimen pensional se requiere que se demuestre que en efecto se cumplió con ese deber de información en los términos señalados por la misma Corte; para el caso en particular, la única prueba que se aportó es el formulario de afiliación y la Corte también ha sido enfática en indicar que esa firma del formulario no es prueba suficiente del consentimiento informado, por demás del interrogatorio de parte absuelto por la demandante no se puede extraer confesión alguna respecto a que se haya brindado esa información clara y suficiente, es decir, se le haya dado a conocer las características de cada uno de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas que aplicado a su caso en particular pudiese traer cada uno de los regímenes pensionales para que la demandante pudiese optar por el que mejor, a su juicio, le conviniera para esa época, no se encontró ninguna prueba que así lo certificara y por demás en el interrogatorio de parte, no se manifestó que se le hubiera brindado esa información.

Que este criterio ha sido reiterado e impera actualmente, por ejemplo, en la Sentencia 5686 de 2021, así entonces aunque la demandante manifiesta y así quedó demostrado con la firma del formulario que fue de manera libre y espontánea, lo que se echa de menos es esa información que debió brindársele a la demandante al momento del traslado; por lo que de conformidad con lo expuesto por la Corte y en acatamiento a la línea jurisprudencial que se ha venido desarrollando, necesariamente ante la falta de pruebas del cumplimiento del deber de información, deberá accederse a las pretensiones de la demanda, declarar la ineficacia y el traslado de los rendimientos,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

cotizaciones y las sumas destinadas a financiar la garantía de pensión mínima.

Respecto de los gastos de administración, los seguros previsionales y las cuotas, sin desconocer las consecuencias de la declaratoria de ineficacia ha considerado que lo largo de todos estos años se han realizado algunos hechos que han generado consecuencias y que han amparado, entre otros, los riesgos de invalidez, vejez y muerte; en el caso de los seguros previsionales son de tracto sucesivo, es decir, se van amparando el riesgo día a día y es así como la demandante estuvo amparada para esos riesgos durante más de 20 años, que afortunadamente para ella no sucedió ninguno de los siniestros, es decir, la muerte o la invalidez que diera origen a la pensión de invalidez o a la pensión de sobrevivientes, por lo tanto, se cumplió con el objetivo del seguro previsional. Por lo demás las cuotas de administración están fijadas para ambos regímenes pensionales y además durante todos estos 20 años es Porvenir quien ha administrado los dineros en la cuenta de la demandante que ha generado rendimientos.

En ese orden de ideas, el Despacho únicamente ordenó la devolución de cotizaciones, saldos y sumas destinadas a garantizar la pensión mínima.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indica que interpone recurso de apelación a la sentencia proferida en el apartado a la orden de reintegro de recursos al RPM para que se modifique dicha decisión, en el sentido que frente a la declaratoria de ineficacia del traslado, cuando esta tiene lugar conforme a la jurisprudencia que fue base de la decisión, esta debe incluir los valores correspondientes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, es así como en aplicación a dicha jurisprudencia la devolución de los recursos deben estar consolidados por todos los recursos que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bono pensional si lo hubiese y el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la vinculación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 31 de agosto de 1999, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que como bien lo adujo la Juzgadora de primer grado, ninguna de ellas da cuenta respecto que la señora Myriam Esperanza Roa Castañeda, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; no siendo su traslado libre y voluntario como lo afirma Porvenir S.A., en alegaciones, ya que no conocía las implicaciones reales del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la actora, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

De otra parte, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso, respecto a los valores correspondientes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por estos conceptos por parte de Porvenir S.A., los que deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los gastos de administración, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a cotizaciones y rendimientos.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO*

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202100401-01 Dte: MYRIAM ESPERANZA ROA CASTAÑEDA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO

M o - 1 0 - 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

L O R E N Z O - R U S S Y .

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2020-112-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: ALEXANDER LASSO SÁNCHEZ

**DEMANDADO: COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES
SAS**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, la demandada, solicita se confirme la decisión de primer grado.

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

El señor **ALEXANDER LASSO SÁNCHEZ**, instauró demanda en contra de **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES SAS**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que en las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual terminó por causa imputable al empleador, sin justa causa. En consecuencia, solicita indemnización por despido, indemnización por lucro cesante, daño moral y material, moratorios, indexación, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que laboró desde el 25 de julio de 1994 hasta el 23 de febrero de 2018, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que el 16 de febrero de 2018 fue citado a descargos, diligencia que se realizó el 17 de febrero de ese mismo año, que el contrato fue terminado el 23 de febrero de 2018, aduciendo justa causa y sin pago de indemnización. (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la duración del contrato, la citación y diligencia de descargos, la subordinación existente, el pago de salarios, asegurando que siempre reconoció todo lo adeudado, así como que no pagó indemnización, dado que el contrato terminó con justa causa. Propuso las excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, pago y compensación, buena fe de la demandada, mala fe del demandante, prescripción y genérica. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, el Juez 30 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS Y COBRO DE LO NO DEBIDO formulada por la parte demandada COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES DE COLOMBIA S.A.S, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES DE COLOMBIA S.A.S, de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante, por secretaría liquidense e inclúyanse en el acto de liquidación la cantidad de \$500.000 m/cte., por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada. CUARTO: CONCEDER el grado Jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, por salir adversa la decisión a los intereses económicos del trabajador demandante...”

Para llegar a esa conclusión afirmó el Juez *“.....nos centraremos entonces en el estudio de la terminación del contrato; porque en este caso debemos determinar si se dio o no con justa causa, como lo pregona cada uno de los intervinientes y para tomar la decisión correspondiente, revisé todos los documentos que allegaron y encontramos entre otros aspectos, cuáles eran las funciones del auxiliar de mantenimiento planeado y eran coordinar con contratistas y proveedores el mantenimiento de los equipos que realiza por tercero y actualización en el módulo de compras en el SAP, que ya me dijeron que era un aplicativo de gestión, coordinar con contratistas y proveedores de suministros y servicios de mantenimiento el registro de servicios en el sistema de información SAP, la validación de la entrega a satisfacción de los servicios y reglamentos en el SAP por medio de las órdenes especiales de servicios n síntesis el claro que el 17 de febrero del año 2018 existió una diligencia que la denominaban descargos, se dio como consecuencia y el despido con fecha 23 de febrero del 2018, terminando el contrato del demandante, entregan su liquidación y fue debidamente rubricada por el demandante. Vamos a determinar entonces que es el problema central, si existió o no la justa causa para la terminación del contrato del señor Alexander Laso Sánchez y las demás obligaciones que se generan como consecuencia de la determinación que se tome como es la*

indemnización por terminación sin justa causa; regla general: corresponde al trabajador demostrar la terminación del contrato de trabajo y al empleador le corresponde demostrar si la misma se dio con ocasión a una justa causa, está claro entonces y ya de entrada está demostrado que efectivamente la empresa dio por terminado el contrato de trabajo, que era una carga, que estaba en cabeza de la mayoría y ya lo demostró, conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del CST, la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra la causal o motivo de la terminación al momento de efectuar la comunicación, puesto que con posterioridad no puede alegarse válidamente causal o motivo distinto. Sumado a lo anterior, resulta importante establecer que son 3 formas de comunicar la causal de terminación del contrato, como lo ha enseñado la honorable Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, desde una sentencia que se dictó el 25 de octubre del año 1994 con ponencia del magistrado Doctor Francisco Escobar, dentro del expediente número 6847, proceso que fue promovido por Emma Penagos en contra de la empresa manufacturas Filters, donde se dispuso” No se imponen otras condiciones respecto a la manera como debe expresarse la causal, salvo las que se desprenden de la naturaleza misma del mecanismo, esto es, que consista en una manifestación lo suficientemente clara, inequívoca, por lo tanto, es plausible que se aduzca la justificación así: A. Citando exclusivamente la norma que la contempla, sin indicar el hecho, aunque esta modalidad es riesgosa por la posibilidad que hay de que se incurra en un error jurídico y por mala adecuación o simple yerro en la cita, B. expresamente el hecho que la configura sin cualificación o innovación normativa, C. Manifestando el hecho, pero calificándolo jurídicamente o mencionando las normas jurídicas que lo respaldan como causal de terminación y para esta hipótesis es importante aclarar que cualquier clase de error en la calificación jurídica no invalida la justa causa, esas son las formas de dar por terminado el contrato. Aquí tenemos la comunicación y vamos a determinar si se ajusta a lo establecido por nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, como hay que indicarle, pues como lo dijo la corte, la manifestación del hecho y la calificación jurídica dado que el incumplimiento de esta obligación, bien sea por omisión total o manifestación extemporánea o de invocación de una causa distinta a la alegada inicialmente le quita toda validez y hace posible que la parte que así termine unilateralmente su contrato debe reconocer a la otra la indemnización correspondiente por la ruptura ilícita pues equivale al incumplimiento del contrato que da origen a ejercitar la acción resolutoria con la indemnización de perjuicios a favor de la parte responsable. Dentro de la indemnización también está el lucro cesante y el daño emergente, pero también tenemos otras indemnizaciones, como la del artículo 16, que va más allá de los perjuicios que se causan y que deben demostrarse, obviamente, en el proceso adicionales a los casados en el artículo 64 del CST, en tal sentido, encontramos que la compañía Nacional de Chocolates de Colombia en la carta de terminación del contrato donde indique que se finiquita a partir del 23 de febrero del 2018, precisa las causales que dieron lugar a la terminación unilateral por parte del empleador como causa sin justa causa, como a continuación lo voy a indicar y vamos a mirar si en el proceso se probaron, que es lo que importa en este caso; en el proceso, se demostró la existencia de la carta, está claro que es una comunicación escrita y efectivamente, pues con esto se demuestra que se terminó el contrato, habla de unas faltas graves cometidas por el trabajador, como fueron “uso indebido del sistema SAP y sustracción de elementos propiedad de la empresa para uso personal”, cita como fundamento normativo la terminación del contrato, el incumplimiento del artículo 74, numeral 1, numeral cuarto, 117 y 21 del artículo 21, y del artículo 77, numerales 26, 50, 71, 72 y 100 del artículo 80, numerales 23, 26, 30, 51, 72 y 92, así como el artículo 83, Numeral primero y 14 del Reglamento interno del trabajo de la compañía Nacional de Chocolates, revisando la carta de terminación, no manifestó ninguna de las causales establecidas del CST, en torno a la violación grave de las obligaciones o prohibiciones del empleador, la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia 35105 del 10 de marzo del 2009, señaló que esta norma consagra situaciones diferentes, una es cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST que no fueron citadas en este caso y otra cualquier falta grave calificada como tal en pactos en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamento, en la primera situación, dijo, la Corte, es posible la

calificación de la gravedad de la violación, en la segunda, la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se consagran estas faltas como tal, calificativas, como quiera que el contrato celebrado entre las parte finalizó entre otras, por la causal denominada “uso indebido del sistema SAP y sustracción de elementos de propiedad de la empresa para uso personal”. Corresponde al despacho simplemente verificar si el señor Alexander Lasso Sánchez violó una de las obligaciones contractuales ilegales, para concluir, si incurrió o no en una justa causa para la terminación del contrato de trabajo, sin que le corresponda al despacho analizar la gravedad de la conducta, pues tal violación es una falta calificada como grave en el contrato de trabajo, lo indicado o en el Reglamento interno del trabajo, tal cual se somete el contrato de trabajo, en ese sentido corresponde a esta sede judicial analizar al tenor de la literalidad de las normas citadas por la parte demandada, el fundamento de la terminación del contrato de trabajo que están dispuestos en el Reglamento interno de trabajo de la sociedad demandada y para ello, acudimos a los artículos que trae el reglamento interno del trabajo allegado con la contestación de la demanda y entre las normas que citan está el artículo 74, que habla de los trabajadores, tienen como deberes los siguientes: Dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente Reglamento interno de trabajo y a las prescripciones especiales contenidas en los contratos individuales de trabajo, Código de buen gobierno corporativo, código de conducta y ética, programa de ética empresarial, Reglamento de higiene y seguridad industrial, sistema de seguridad y salud en el trabajo, sistema integrado de gestión política de Derechos Humanos, el sistema de gestión de calidad manual de BPM, política de gestión para la prevención y control del riesgo de lavado de activos y la financiación del terrorismo, política de anticorrupción, anti fraude y anti sobornos y demás políticas, procedimientos y normas internas de la empresa, buena conducta en todo sentido, obra con rectitud de lealtad, colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa y tenemos dentro del numeral 15, administrar los recursos y bienes de propiedad, posesión o tenencia de la empresa en una forma seria, honesta, segura y rentable y eficiente, con el fin de evitar e impedir el desprecio o pérdida de bienes, recursos materiales y útiles de trabajo de la empresa. 17. Evitar que terceras personas utilicen su información confidencial, sus materiales, enseres inmobiliarios y equipos de la compañía y en general, los muebles e inmuebles de propiedad que estén en servicio o beneficio de la compañía para sus empleados y el numeral 21 de ese artículo lo dice, dar estricto cumplimiento de las normas, documentos y procedimientos que hace parte de cada proceso y sub proceso. El artículo 77, que también cita la empresa habla de unas obligaciones especiales del trabajador, en el numeral 26 de este artículo 77, dice: evitar e impedir la pérdida o desperdicios de equipo y muebles de energía, materia prima, materiales de la empresa, herramientas, agua, insumos y otros elementos que deben ser utilizados por parte de la empresa, el numeral 50 dice entregar las máquinas, herramientas o equipos solo al trabajador o persona autorizada, 61 no ausentarse sin justa causa de sus labores, 72; obrar con lealtad y buena fe, con diligencia, anteponiendo los intereses de la empresa a los personales y el numeral 100, dice destinar los activos servicio o producto y en general los Recursos Humanos y materiales de la compañía exclusivamente para el fin para el cual fueron entregados, que obligan a evitar cualquier uso inadecuado, el artículo 80 habla de unas prohibiciones de los trabajadores o a los trabajadores, el numeral 23 dicen sustraer de la fábrica o de las instalaciones de la empresa o de las áreas de producción, talleres, productos terminados, materias primas, áreas de insumos o de cualquier otra área de la empresa o del establecimiento los dineros útiles de trabajo, las materias primas, productos elaborados o semielaborados o los bienes de la empresa de sus compañeros, de los proveedores, clientes o de cualquier persona o entidad y a los cuales tenga acceso o estadía a la empresa sin autorización de las personas facultadas para proceder, 26: Ausentarse de las instalaciones de la empresa o del sitio de trabajo sin autorización previa del superior que tenga facultad para conceder dicha autorización o permiso; 30: Usar los útiles o herramientas, suministros suministrados por la empresa en actividades distintas del trabajo contratado, 51: cambiar o alterar métodos o procedimientos e instrumentos de trabajo, 51: Cambiar, alterar métodos, procedimientos e instrucciones de trabajo sin autorización de los superiores, 72: abandonar el trabajo antes de la hora establecida

para los descansos o ausentarse de las instalaciones de la empresa o del sitio de trabajo sin autorización previa del superior y 92: retirarse del turno antes que se presente el trabajador que deba sucederlo en la labor sin informar al superior, los trabajadores no pueden ausentarse del lugar de trabajo sin previa autorización de las personas que están encargadas del lugar de trabajo durante la jornada de trabajo respectiva y el artículo 83 habla de que además constituyen falta graves y suficientes para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente y por justa causa, las enunciadas a continuación: 1, violación grave por parte del trabajador de las obligaciones y prohibiciones contractuales, legales o reglamentarias o las respectivas obligaciones y prohibiciones y habla el numeral 14 cumplir los deberes establecidos y los artículos 74, numeral 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, hasta el numeral 29 y eso es lo que estaba establecido en el reglamento interno de trabajo que es la causa de la alegada, como ya lo advertí, no se hace alusión a ninguna causal. Entonces nos corresponde verificar si se cumplió con lo pactado por parte del trabajador o si incumplió algunas de sus obligaciones y verificar si efectivamente esto fue puesto en conocimiento en la carta de terminación del contrato de trabajo, en los interrogatorios se buscaba la confesión, precisamente de las partes sobre algunos aspectos que fueran a beneficiar a la parte que formula el interrogatorio, es de advertir que aquí no sé analiza confesión o algún tipo de manifestación al interior de la diligencia de descargos porque son situaciones diferentes, las confesiones únicamente se dan en materia laboral en las intervenciones ante las autoridades judiciales, autoridades del trabajo, el demandante en el interrogatorio de parte rendido dentro del proceso, nos indicó que tenía conocimiento de la existencia de ese reglamento interno de trabajo de la sociedad, conocía plenamente el funcionamiento del SAP y las reservas que debían realizar de dicho sistema, con relación ya concretamente a los hechos acaecidos el 10 de febrero de 2018, esto es, lo que tiene que ver con los retiros de unas canastas sin autorización indicó, la situación es que me fueron prestadas por Florentino y también por don Veloza y Pérez y les comenté la situación y me dijeron listo utilícela, le dije que era para una reunión con mis hijos para llevar gelatina y cómo se han utilizado en Navidad ellos se las prestaron; entonces corresponden demostrar si efectivamente él tenía la facultad o estos trabajadores o algunas personas superiores, tenían la facultad de autorizarlo o él personalmente podía en su condición retirar esos elementos haciendo los registros correspondientes en los medios de control que tenía la compañía, dice que se encontraba avaladas por los jefes superiores, sin embargo, no encuentro ninguna prueba que me lleve a esa conclusión válida con exactitud que efectivamente eso sucedió, dentro del Reglamento interno de trabajo se encuentra prohibido que los trabajadores, según lo dice el artículo 80 sustraiga de la empresa, dinero, útiles de trabajo, materias primas, productos elaborados, semi elaborados sin autorización de las personas facultadas para ello. El representante legal de la sociedad demandada en el interrogatorio de parte, indicó que el demandante sustrajo las bandejas de la empresa sin la autorización del superior, que dicha situación puso en riesgo el proceso productivo de la empresa y que el demandante lleva mucho tiempo en la empresa y conocía los procedimientos establecidos, es de anotar aquí en este punto que el apoderado judicial entonces de la parte demandada considera que existe un falso testimonio y que entonces, se debe por parte del juez de conocimiento, poner en conocimiento de la autoridad correspondiente por el falso testimonio, pues se habla también en los alegatos finales de conclusión de que se está hablando frente a una falta penal porque se habló de un término de sustraer; sin embargo, como ya lo advertí, pues no fue expuesto en la Carta de terminación esta causal, es así que el artículo 62 del CST en su numeral quinto habla que se da la terminación del contrato de trabajo por justa causa, por todo acto inmoral o delictuoso que un trabajador cometa en el taller o establecimiento o local de trabajo o en el desempeño de sus deberes; sin embargo, esta causal no fue alegada en la parte, de aquí no se le indicó ninguna conducta punible. Ahora, revisando con detenimiento el interrogatorio lo único que observé fue es que alguna de las respuestas dadas por el representante legal dice que los elementos que sustrajo Alexander fue unas bandejas y unos repuestos; sin embargo, no considera necesario que esto sea causal, este es el video de uso de la facultad que me ha dado la ley y ponga en conocimiento de la autoridad judicial, pues el acto delictuoso plenamente, o al menos claramente percibido por los órganos del juez de conocimiento y por esa razón, considero que no se hace necesario, ahora le queda la

facultad al apoderado Judicial y considera que en la intervención judicial se cometió algún delito, pues también por el conocimiento de la autoridad competente, ello también es parte de las funciones de los profesionales del Derecho, los jueces si tienen conocimiento en el transcurso de las diligencias de algún acto punible también estamos en la obligación de hacerlo, consideró que aquí no porque no encuentro que haya manifestaciones distintas a lo que se ha venido hablando a lo largo de esta diligencia, entonces le correspondía de acuerdo a lo establecido en el Reglamento interno del trabajo, es efectivamente demostrar que estaba avalado ese comportamiento es decir, habían sido autorizados para de esta manera entrar a concluir por parte del juez de conocimiento se dieron las condiciones para establecer que no fue con justa causa.

En el Reglamento interno de trabajo se encuentran las prohibiciones de los trabajadores, según el artículo 80, ya lo había indicado, sin embargo, indicó nuevamente que se habla de sustraer de la empresa dinero, útiles de trabajo, materias primas, productos elaborados o semi elaborados de la empresa sin autorización de las personas facultadas para conceder, el representante legal de la sociedad demandada interrogatorio de parte, indicó que el demandante sustrajo las bandejas, entiendo que son unas canastas sin autorización del superior, pero habla de que dicha situación puso en riesgo el proceso productivo de la empresa y que el demandante llevaba mucho tiempo en la empresa y conocía el procedimiento establecido, aquí este caso si hubo un perjuicio ni el valor de los bienes, sino lo que se mira es si la conducta asumida se encuentra efectivamente tipificada como causal dentro de los reglamentos correspondientes y el demandante manifestó, que lamentablemente era un día sábado, que fue coyuntural, que llegó temprano entonces tuvo la oportunidad de pedir prestada las cajas, también se recepcionó los testimonios de Germán Horacio Hernández Mendoza, que es un testigo de la parte demandante y de Alfredo Morales, testigo de la parte demandada, como también María Teresa Manjarrez Rodríguez y John Jairo Alambre, John Jairo Cortés manifestó ser el jefe, pero quien dijo, entre otros aspectos, que se había presentado una situación, que por esos días estaba Alfredo Morales en Bogotá y que entre los dos, se hacía una serie de coordinación, también Alfredo Morales aceptó que ha estado 6 meses en la ciudad de Bogotá, pero los dos manifiestan autorizar al demandante, que el demandante solicitó el permiso para retirar esos elementos y María Teresa Manjarrez, pues es la persona encargada de adelantar el proceso interno de descargos correspondientes sin que hayamos logrado concluir con exactitud entonces si efectivamente solicitó autorización, lo que quedó claro para este servidor judicial es que elaboró una reserva por medio de las aplicativos SAP, que conoce la empresa precisamente para autorizar o poder retirar los elementos, pueda que haya hablado, como lo indicó en el interrogatorio de parte con las personas que hacían parte del almacén, concretamente se habló de 3 personas, sobre las cuales indagó a María Teresa Manjarrez, que nos indicó que uno de ellos lamentablemente había fallecido y que Luis Veloza los dos eran auxiliares superiores del demandante, por lo tanto, así hayan indicado que podría retirarlas necesitaba cumplir con el procedimiento idóneo dentro de las instalaciones de la empresa y hay muchos medios para solicitar esas autorizaciones, vía telefónica, correo electrónico etc.; con los testigos lo único que se logró fue corroborar que efectivamente se había adelantado un procedimiento, se le había indicado las razones por las cuales fue llamado y no se logró establecer que efectivamente hubiera tenido la autorización de la persona encargada para autorizar, también señala el Reglamento interno de trabajo que los trabajadores no podrán ausentarse de la empresa sin autorización del superior y mucho menos antes de la hora establecida; pese a lo anterior y frente a la pregunta dónde se le indico, manifiéstele al despacho si el 10 de febrero de 2018 llegó tarde y si se retiró antes de la terminación de la jornada laboral y él afirmó que sí, que era el cumpleaños de su hija, cumplía 3 años y por lo cual iba a celebrar el primer cumpleaños, pues por situaciones económicas su hijo tuvo tratamiento especial antes de nacer y había quedado un poco bajo de fondos y se presentó la oportunidad, entonces ese día empacando los regalos se le hizo tarde y en la tarde lo llama la esposa para decirle que tocaba recoger la gelatina y que adicional al salón donde iban a hacer el evento estaban esperando el pago, que no habían alcanzado a hacer y que si no llegaba antes de las 2:00 de la tarde ya no lo prestaban, y quedaba

con todo comprometido. Tenemos dos aspectos ahí aceptados, que eso sí fue en audiencia ante este servidor judicial, pueda que una causal o motivo para retirarse antes o para llegar tarde, pero debía ponerla en conocimiento de la empresa al interior de la empresa con los superiores correspondientes y posteriormente, pues ya en audiencia, ya una vez terminado el contrato de trabajo ante las autoridades judiciales, solo nos corresponde verificar si se cumplió o no se cumplió con la carga que le correspondía al trabajador, en este caso, demostrar el despido y con la carga que le correspondía al empleador, que es demostrar que se ajustó a lo establecido en el Reglamento interno del trabajo; **conforme a lo expuesto, considera este servidor judicial que no existe duda que el señor Alexander Lasso Sánchez tenía pleno conocimiento y era consciente que retirar esas bandejas sin importar su monto o las consecuencias que pueda generar al proceso productivo, sin autorización del superior y haciendo una reserva por un sistema que tenía la empresa que lo denominaban SAP para retirar esos elementos del lugar del trabajo, pues no lo hizo ni con permiso con ni con autorización de los superiores y conforme al Reglamento interno del trabajo, es una falta grave; ahora estas conductas desplegadas en el ejercicio de su cargo como auxiliar de mantenimiento planeado, desconocieron las funciones y responsabilidades que asumió al momento de firmar el contrato con la empresa, por esas razones es que concluye el despacho que los hechos que motivaron la decisión de la Compañía Nacional de Chocolates S.A.S, en terminar el contrato de trabajo del señor Alexander Lasso Sánchez, constituyen, sin lugar a dudas, una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pues las acciones desplegadas por el demandante resultaron contrarias a sus obligaciones que fueron asumidas al momento mismo de firmar el contrato y dentro del contrato se habló que hacía parte de este contrato los compromisos establecidos en el Reglamento interno del trabajo y que lo conocía y así lo aceptó el trabajador y están probadas pues aquí aparece el archivo en las pruebas de la contestación de la demanda en la página 69 aparecen estas causas, que son las que me corresponden y además llevaba varios años trabajando con la compañía, pues no es viable, no es de recibo decir que no conocía.**

Se concluye entonces en esta sede judicial del contrato de trabajo del señor Alexander Lasso Sánchez finalizó por decisión unilateral de la compañía Nacional de Chocolates con justa causa por lo que no se accede a la indemnización por despido por la parte demandante; por último, la parte demandante indica que por haber sido despedido sin justa causa pero quedó demostrado que fue por justa causa atribuye al trabajador, dice la parte demandante que también tiene derechos al reconocimiento de un procesante y daño emergente, como ya lo advertí esto está consagrado en la misma indemnización del artículo 64, la cual no accede y cualquier indemnización adicional a lo pactado y a lo regulado a los tasado en el CST, pues debe demostrarse suficientemente en juicio circunstancia que no se probó y las consecuencias que se asumen a cumplir una relación laboral, pues son precisamente las propias que están establecidas en el CST para una o para otra parte. Habla de un lucro cesante de la suma de \$68.788.549 y un daño moral por la suma de \$438.901.500, los cuales no fueron demostrados en juicio, En este sentido debe indicar este servidor judicial que para reclamar perjuicios adicionales a los tasados no basta con señalarlos, sino que debe demostrarlos a lo largo del proceso, en un rubro cesante o un daño emergente superior al tasado en el artículo 64 del CST, también debe ser demostrada y deben demostrar los gastos incurridos o las circunstancias mismas que dieron origen a esas reclamaciones, existe una diferencia entre la prueba del daño en la valoración del mismo por ello la ley ya tiene presupuestado este perjuicio en el artículo 64 del CST, indemnización que comprende los profesantes y daño emergente, es decir cualquier perjuicio reclamado debe endilgarse como culpa exclusiva del empleador y por tal motivo la establece así que la terminación del contrato se dio por una justa causa imputable al trabajador, pues también recibió absolución la parte demandada de estas pretensiones. La misma suerte corrió los perjuicios materiales, pues el hecho de reclamar, en virtud de un despido donde se hicieron señalamientos de hurto contra el trabajador, no quedó probado que hubiera sido así pues no se le indicó la numeral quinto que cité anteriormente del CST, no encuentro argumentos suficientemente claros para probar ese daño, puesto que estos proceden únicamente

cuando haya culpa del empleador a las luz del artículo 216 del CST y en el presente caso no se probó dicha causal grave o este motivo, que indujera a unos perjuicios que debieran ser cobrados por el trabajador, pues el despido, se dio como por conductas reprochables y así se le indicó en la carta de terminación con la cual se probó el despido, pero la parte demandada demostró que lo indicaba en la Carta efectivamente fue los hechos en que incurrió el demandante, Por lo tanto, se absolverá la parte demandada.

En el tema de excepciones, la sociedad demandada formuló como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa en el demandante, pago, compensación, buena fe, mala fe del demandante, prescripción y genéricas. Por las razones expuestas a lo largo de esta providencia se declara probada la excepción de inexistencia y las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido y así lo indicare en la parte resolutive....”

Inconforme con esta decisión apoderado del demandante interpuso recurso de apelación: “...A lo largo del proceso de la etapa probatoria no se logró probar como lo he manifestado el uso indebido del sistema SAP ya que el señor Alexander Lasso, si tenía la capacidad, así mismo yo he insistido en que la segunda causal es sustracción de elementos propiedad de la empresa para uso personal, vuelvo y ratifico no se logró demostrar una sustracción y así lo sustentare en el tribunal superior de Bogotá, sustracción es el verbo rector de hurtar; por lo tanto dicha causal no se ajusta al reglamento interno de la empresa, no se puede hablar del horario de trabajo ya que este no fue citado como causal por parte de la Nacional de Chocolates en la carta donde se le manifiesta al señor Alexander Lasso la terminación de su contrato, luego así no están configuradas las dos causales por la cual se dio por terminado el contrato. Tengo que manifestar en lo referente al daño material efectivamente con la determinación de la Nacional de Chocolates se produce daño material e inmaterial, el material es claro que hay un lucro cesante ya que con dicha actuación de la Nacional de Chocolates no le permite a este trabajador lograr ingresar a trabajar en otra empresa puesto que yo me remito a lo que está en el código penal y sustraer es verbo rector de hurto, una empresa no le va a dar trabajo en términos bondadosos a una persona que es despedida por tal causal; en lo referente al daño inmaterial efectivamente se produce daño psicológico y moral donde esta persona ve como lo ha afectado sus derechos donde una persona ve como después de haber laborado tantos años en una empresa se toma como causal dos elementos que no representaron ningún daño económico a la empresa, la jurisprudencia así lo establece de que se debe probar el daño económico que se le ha generado a la empresa, en esto su señoría se parta de algunos términos de precedentes jurisprudenciales donde se cita que se debe mostrar el daño que se generó en la empresa....”

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C S T, no sin antes precisar que el recurso solo puede ser **sustentado en la audiencia de juzgamiento de primera instancia y que en este Tribunal solo se reciben alegaciones de instancia, las cuales solo dan apoyo** a los puntos y /o argumentos de esa actuación, únicos a resolver en esta instancia.

En ese orden la Sala analizara, si no se logró demostrar el uso indebido del Sistema SAP y la sustracción para uso personal de elementos de la empresa que el recurrente gramaticalmente relaciona con el hurto; argumento que se dirige en

últimas a afirmar que no existió justa causa siendo procedentes las indemnizaciones solicitadas; así como a temas no señalados en la carta tales como el horario.

Lo primero que advierte la Sala es que no hay duda alguna sobre el despido, motivado por parte del empleador, comunicación que aparece en el expediente digitalizado y en la cual no solo se describen los hechos, sino que se enuncian las normas y las pruebas en las que se apoya el despido.

Una vez probado el despido, corresponde al empleador probar la justa causa invocada, en juicio y desde luego en el momento en que la invoca siendo claro en la forma en que lo comunica, lo cual sucedió en este caso en el que se itera, no solo se narraron los hechos que dieron lugar a la terminación, sino que se invocaron las normas presuntamente vulneradas.

Ahora bien, si bien es cierto de vieja data la jurisprudencia ha considerado que la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de empleador no es una sanción, luego no es que deba seguirse un **procedimiento previo como si lo fuera**, pues ello no tiene sustento legal alguno, a menos claro, que este establecido en pacto convención reglamento etc; también lo es que la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador, puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, lo que reiteró para todas las causales en sentencia T-546 de 2000, sin que desde luego se trate de un proceso solemne riguroso, sino de la oportunidad que se otorgue al trabajador de explicar la conducta que se le atribuye, en diligencia, que puede ser de manera verbal, sin formalidades, sin que sea exactamente denominada de descargos y sin que se constituya en proceso disciplinario previo.

Este entendimiento del artículo 62 del CST, sin que signifique que el despido es una sanción fue definido también en sentencia SU 449-2020, en donde se expresó:

“(…)

1. Sobre las garantías con que cuenta el trabajador cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador. En vista de los pronunciamientos que en varios sentidos ha formulado este tribunal (en especial, frente al alcance del derecho de defensa) y dada la línea reiterada que en la materia existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se considera necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se

impone, y así se resaltaré en la parte resolutive de esta sentencia, por resultar la única interpretación conforme con la Constitución Política, a saber:

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
PRIMERO -Inmediatez-	<i>Debe existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato. De lo contrario, se entenderá que el motivo fue exculpado, y no se podrá alegar para fundamentar la resolución del vínculo.</i>
SEGUNDO -Causales taxativas-	<i>La decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley.</i>
TERCERO -Comunicación de motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato-	<i>Se impone comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato. Lo anterior, siguiendo lo dispuesto en los artículos 62 (parágrafo) y 66 del CST.</i>
CUARTO -Existencia y aplicación de procedimientos específicos de terminación del vínculo contractual-	<i>Como se anotó con anterioridad, se exige observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.</i>
QUINTO -Exigencias de cada una de las causales y preaviso respecto de algunas de ellas-	<i>Se impone acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, conforme se explicó en el numeral 109 de esta providencia. Entre ellas, cabe destacar de manera particular, la prevista en el inciso final del literal a), del artículo 62, del CST, conforme al cual: “En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso con anticipación no menor de quince (15) días”.</i>
SEXTO -Respeto debido en la relación laboral-	<i>A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del</i>

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
	<i>debido proceso.</i>

En consecuencia y como señala la Corte esta es una garantía no solo para el trabajador, pues deben ser escuchadas sus explicaciones, sino que también lo es para el empleador que otorga y respeta ese derecho.

Para la Sala es claro y ello luego de analizar las pruebas que aparecen en el expediente, que el empleador garantizó y respetó este derecho del trabajador a ser escuchado, citándolo a diligencia que denominó de aclaración de hechos o descargos, lo cual se ajusta a lo ya señalado.

Hecha esta precisión, necesaria, para las terminaciones de contrato cuando se aduce justa causa, la Sala se referirá al punto del recurso en el que se afirma que no se logró probar el uso indebido del sistema SAP. En la comunicación de despido, la empresa afirma que el 10 de febrero de 2018 el actor retiró de almacén y luego de las instalaciones de la compañía, unos cajones de almacenamiento de insumos y repuestos, que son de uso exclusivo de los técnicos de mantenimiento; y que **lo hizo a través de una reserva en el sistema SAP, lo que no podía hacer pues para ello necesita o una orden de servicio o una instrucción del jefe inmediato.**

En la diligencia de descargos luego de describir sus funciones, entre otras generar ordenes de mantenimiento preventivo, a equipos creando rutinas y matriculándolas en el SAP, el demandante, admite al ser indagado si podía generar una **en su favor para retirar elementos de almacén; que NO, porque es algo que no se acostumbra ya que debe ser el técnico el que lo retire; aunque dice que Si puede hacerlo cuando es requerido en la noche, o cuando un técnico esta “varado”; casos en los que lo hace a su nombre pero lo deja ahí o lo retira el técnico.**

Claro resulta entonces, que solo en esos casos excepcionales y de urgencia se puede realizar ese trámite, pero con la condición de ser el técnico el que retira, no quien autoriza, pues no puede hacerlo en su favor; ni menos aún para uso personal, porque los elementos entregados a los técnicos, justamente y según el propio demandante son para mantenimiento preventivo, correctivo y de “averías”, pues esas según lo admitido en la diligencia son sus funciones; **esto es generar órdenes de mantenimiento preventivo, hacer planes de mantenimiento y todo, se itera, lo relacionado con órdenes correctivas y de avería.**

En ese orden claro resulta, que el retiro realizado por el demandante, mediante orden de reserva en su favor, no se adecúa ni a sus funciones, ni a ningún caso

excepcional, porque según admitió también en diligencia de descargos, el 10 de febrero retiró dos canecas para utilizar en un evento el 11, esto es el cumpleaños de su hijo y con el fin de transportar gelatinas para esa fiesta infantil.

Ahora bien, el demandante afirma que lo hizo con la autorización de alguien llamado Luis, pero que después hizo la reserva por control de inventario de los del almacén, siendo claro que la reserva no se adecua a sus funciones, esto es de las que se hacen en el sistema denominado SAP; **siendo también claro que hace la reserva luego de retirarlas, porque según el ya tenían código**, asegurando que en diciembre no lo tenían y que el coordinador del almacén se las había prestado para un evento de la empresa, -eso en diciembre-, asegurándole que cuando quisieran podía usarlas, lo que ni aun siendo cierto, justificaría una reserva, utilizada para mantenimiento, para uso personal en un evento familiar; con lo cual para la Sala y contrario a lo afirmado por el recurrente, quedó demostrada la causal invocada.

No sobra agregar que en esa diligencia y de igual manera el demandante reconoce que el jefe no lo autorizó para retirar las cajas; porque se le olvidó decirle el 9 de febrero, ya que tuvo una cita médica, que ese día tampoco el señor Florentino; coordinador del almacén, porque eso se lo había dicho era en diciembre y que era un préstamo, lo que se opone a que luego se realizará como una reserva que dadas sus funciones son de mantenimiento; no de préstamos para uso personal y con el fin de no realizar trámite de salida, en palabras del demandante, porque era un problema hacer la orden de salida, razón por la cual las sacó en su vehículo.

Ahora bien, en cuanto a que no se logró demostrar la sustracción porque esta es el verbo rector de hurtar y que por tanto esto no se adecua a lo previsto en el reglamento interno de trabajo; la Sala ve necesario recordar el significado que de sustraer nos da la RAE.

“1. Apartar, separar, extraer; 2 Hurtar, robar fraudulentamente; 3 Restar, hallar la diferencia entre dos cantidades; 4 Separarse de lo que es obligación de lo que se tenía proyectado o de alguna otra cosa”

Así que, se equivoca el recurrente en su afirmación, pues definitivamente en la comunicación de despido la empresa se refiere al retiro de elementos, sin autorización, utilizando indebidamente una orden de reserva, lo que se adecua a la primera acepción o sentido de la palabra, antes trascrita y de ninguna manera a un hurto segunda acepción, que no es del caso ni siquiera analizar, ya que ni es competencia del Juez Laboral, ni se itera fue la causal invocada.

De otra parte, tampoco es cierto que esta conducta no se adecue al reglamento, en el entendimiento del recurrente, al relacionarlo gramaticalmente con un tipo penal; toda vez que en las prohibiciones expresas allí contempladas (Art 80), se indica, que no pueden los trabajadores: “Apropiarse, **sustraer**, o retener **indebidamente**, productos, bienes, dinero, cartera, materias, primas, materiales de empaque o cualquier objeto de propiedad de la Empresa, de los compañeros, de los proveedores o de clientes...”; luego al **extraerlos**, se itera, primera acepción o sentido de la palabra sustraer, **indebidamente**, esto es sin autorización y utilizando el sistema de reserva en el SAP sin serlo, sí se adecua al artículo en mención, que no solo se refiere a apropiarse o retener.

Finalmente, y aunque conviene precisar que, con solo existir prueba de uno de los hechos invocados, como aca sucede; se establece la justa causa; siendo claro que, tampoco es cierto que, en la comunicación de despido, no se hubiese indicado, incumplimiento en el horario, lo que si sucedió y es parte de los incisos finales de la descripción de los hechos, en esa misiva, referida está a la llegada y salida tarde, específicamente el día 10 de febrero; hecho que el demandante, también aceptó en diligencia de descargos, cuando dijo haber llegado tarde; porque: “me acosté a las 2am empacando sorpresas para el cumpleaños de mi hijo”; así como haber tomado la decisión de irse antes de la finalización de la jornada laboral, para solucionar problemas de la fiesta, sin informarlo, porque según sus palabras no tenía el número o contacto del jefe, lo que evidentemente no justifica su conducta.

No sobra agregar que no es necesario como asegura el recurrente probar que las conductas del demandante causaron daño a la empresa, siendo claro que quedó absolutamente demostrada la causal. Vale decir que es irrelevante determinar si lo afirmado en descargos es o no confesión, pues en interrogatorio de parte; - sin que exista duda entonces que allí si lo es-; el actor insistió en que las canastas se las había prestado el señor Florentino y Veloz y Pérez, para la reunión con sus hijos, lo que de ser cierto, no justifica que hubiese utilizado una reserva en el sistema SAP, unido a que tal y como señaló el Juez, no existe prueba alguna, sobre ese préstamo, luego esa afirmación que solo beneficia al demandante, tenía que ir desde luego de otras pruebas; pero por el contrario lo que se encuentra es lo afirmado en los descargos que dan indicio de todo lo contrario.

De otra parte, conviene precisar, también, que la diligencia de descargos como ya se indicó le permite al empleador establecer la causal, pues cuando se invoca una justa causa, esta debe estar acreditada y justamente ese es el objetivo de la diligencia; luego lo allí afirmado; más cuando coincide con lo afirmado en el interrogatorio, como aca sucede es prueba válida para establecer la causal; se itera, ni aun teniendo el préstamo, por cierto, se justifica la conducta del actor, encontrándose por ende

probada la justa causa para el despido contrario a lo indicado por la parte actora en sus alegaciones; lo que basta para **CONFIRMAR** la sentencia apelada, que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA FERNANDA BERMÚDEZ
CARRASCAL VS CARIBE BROCHAS Y HERRAMIENTA SAS RAD N°31-2023-37-
01**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, en contra de la providencia de junio 21 de 2023; por medio del cual se declaró no probada la excepción de indebida acumulación de pretensiones; para alguna de las pretensiones de la demanda. (Expediente Digital).

HECHOS

La señora **MARIA FERNANDA BERMUDEZ CARRASCAL**, instauró demanda en contra de **CARIBE BROCHAS Y HERRAMIENTAS SAS**, para que se declare que se encuentra en estabilidad laboral reforzada como consecuencia de un accidente laboral, que el despido fue sin justa causa, que sufrió acoso laboral luego del accidente de trabajo, que la terminación del contrato es ineficaz. Solicita reintegro e indemnización de la ley 361, indemnización del artículo 64 del CST. (Expediente Digitalizado).

Al contestar la demanda, se propuso la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones,

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala la Juez de Primera Instancia decidió declarar no probada la excepción considerando en síntesis que: *“Se presenta como excepción previa a la ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, indicando que conforme al artículo 25 del CPTSS, existe indebida acumulación de pretensiones, señalando que las pretensiones son opuestas o*

contradictorias, señalando que la declaratoria de estabilidad laboral reforzada, que se declare la ineficacia, la terminación laboral y que se declare la continuidad del vínculo contractual, solicitando reintegro y la declaratoria de despido sin justa causa y el pago de indemnización son pretensiones contradictorias; para resolver la excepción previa propuesta, se considera lo dispuesto en el artículo 25A del CPTSS, que establece los requisitos para que se acumulen en una misma demanda las pretensiones, en lo que tiene que ver con las pretensiones declarativas principales y condenatorias derivadas de la existencia de un contrato de trabajo y de las pretensiones subsidiarias, lo primero que debe aclararse es que la acumulación de pretensiones que se predica, es de las pretensiones principales individualmente consideradas o de las subsidiarias individualmente consideradas; cuando se solicita la declaratoria de estabilidad laboral reforzada por salud, es necesario determinar si estamos en presencia o no de un despido sin justa causa y obviamente si se llega a concluir que, efectivamente estamos en presencia de una estabilidad laboral reforzada del artículo 26, es claro que, como consecuencia de declararse la ineficacia y la terminación, la continuidad del contrato y las pretensiones condenatorias, es el pago de las indemnizaciones a que se refiere el artículo 26, que es claro y es el pago también de los salarios y prestaciones dejados de percibir. En lo que sí hay indebida acumulación de pretensiones que no fue señalado por el apoderado de la parte demandada, no obstante, en la etapa de saneamiento de litigio debe hacerse o debe traerse a colación dichas circunstancias son las que tienen relación con el acoso laboral, porque el proceso de acoso es un proceso especial, no pueden acumularse en un mismo proceso las pretensiones derivadas de la estabilidad laboral reforzada y las pretensiones derivadas del acoso laboral, por lo que he frente a la pretensión tercera principal, que se declare el acoso al que fue sometida a la demandante y frente a la pretensión condenatoria derivada del pago de las indemnizaciones correspondientes al acoso, pues es claro que hay indebida acumulación de pretensiones, por lo que este estrado judicial, se pronunciará única y exclusivamente sobre las pretensiones primera, segunda, cuarta y quinta declarativa y frente a las pretensiones condenatorias, primera, tercera, cuarta y quinta y frente a las pretensiones subsidiarias; esto como quiera que hay indebida acumulación de pretensiones frente a la pretensión tercera declarativa y frente a la pretensión segunda condenatoria.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpone recurso así: “...En cuanto a la decisión que toma en cuanto a que la solicitud de reintegro a la empresa y la indemnización por despido sin justa causa, provienen de 2 circunstancias fácticas diferentes, una suponiendo la continuación de un contrato laboral y la segunda, suponiendo su terminación y como consecuencia, la posterior indemnización, así como se sustentó en escrito de excepciones...”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, la sala se referirá al recurso, advirtiendo desde ya que la decisión de la Juez de primera instancia, será CONFIRMADA y el recurso resuelto aun cuando es escaso el argumento rescatando la Sala que el recurrente solo expresa que el reintegro

supone la continuidad del contrato y la indemnización la terminación y a eso será a lo que la Sala se referirá.

Lo primero que precisa esta Sala es que la indemnización de la ley 361 de 1997, puede proponerse con el reintegro y así se ha definido ya por la jurisprudencia.

Ahora y de otra parte, la CSJ, siempre ha sostenido la tesis de prevalencia del derecho sustancial, sobre las formas y **el deber del Juez de interpretar la demanda, para lograr este postulado, en caso de que en verdad exista confusión en las pretensiones.**

Vale recordar que en sentencia SL580 de agosto 21 de 2013 Rad N° 43604 la Corte Expresó:

“...El Tribunal estimó conforme con lo dispuesto por los artículos 25 y 25 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que no era posible acumular en una misma demanda pretensiones excluyentes y en tal sentido halló que “la indemnización por despido sin justa causa y la de reintegro al cargo que venía desempeñando u otro igual o similar ... van en contravía a los preceptos legales mencionados, porque la primera lleva implícita la finalización de la relación laboral, mientras que el reintegro al cargo que venía desempeñando implica que la relación no se termina sino que la misma continua”.

No obstante, para esta Corte, los fallos inhibitorios dejan en suspenso la materialización del derecho sustancial y constituyen un pronunciamiento formal que no satisface las aspiraciones de los sujetos procesales, quienes lejos de resolver su controversia se ven sometidos a su indefinición, lo que sin lugar a dudas contraría la más vital de las aspiraciones de la justicia, cual es lograr la paz social.

Lo anterior implica que, para evitar cualquier ruptura de tal talante, corresponde a los juzgadores de instancia, ante lo oscuro o impreciso, interpretar la demanda a través de los distintos métodos posibles, para determinar cuál es el verdadero querer de las partes, la auténtica intención de quien la presentó.

No puede perderse de vista que tal instrumento de acceso a la justicia tiene una connotación de esencialidad, pues es por su conducto que quienes comparecen a la jurisdicción exteriorizan su propósito y corresponde al Juez encontrar si existe razón en lo pedido, una vez se ha surtido todo el debate para tal efecto y ha escuchado a su contradictor.

*Es verdad que tanto en el artículo 25, como en el 25 A del C.P.T. y S.S se regula lo relativo a la demanda y allí se indica que corresponde referir el cimiento jurídico, los hechos y omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones, que deben ser “expresad [as] con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado”, y en lo relacionado con su acumulación se fijan como reglas principales que exista competencia del juzgador para resolverlas, que no sean excluyentes “salvo que se propongan como principales y subsidiarias” y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento; **todo ello debe verlo el juez en su contexto, y no de manera desconectada, a efectos de poder desentrañar, ante la eventual vaguedad, el querer del demandante, con el fin de evitar una nulidad o, como en este caso, una decisión meramente formal con grave detrimento de las partes, como ya se dijo.***

De ese modo corresponde al juzgador, a través de la lógica jurídica, determinar el sentido de las aspiraciones, y advertir, bajo ese norte, que aunque pueda existir contradicción en lo pedido, alguna de las pretensiones debe ser la válida, ya sea porque existió mayor énfasis en su argumentación, o porque la ubicación del texto permite argüir que se planteó como principal, o subsidiaria, aunque no lo haya puesto en un acápite específico, siendo el último camino, como ya se ha insistido, el de la inhibición.

Todo lo advertido tiene una mayor significación en los juicios del trabajo, en tanto deben servir para “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (artículo 1° C.S.T.) y su materia goza de protección preeminente del Estado al punto que “Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones” (artículo 9° C.S.T.); ello traduce en que los jueces están convocados a materializar tales aspiraciones, a través de una sentencia definitiva....”

Sentencias reiteradas entre otras en las decisiones SL10473 de agosto 6 de 2014 Rad N° 44484 y SL9318 de junio 22 de 2016 Rad N°45931.

En ese orden es claro que incluso y aun existiendo una indebida acumulación, debe el Juez interpretar la demanda para determinar cuáles son las principales y cuales las subsidiarias; solicitar e reintegro o indemnizaciones por terminación del contrato, aunque en principio sugiera pretensiones excluyentes; sugiere en todo caso también el deber del Juez, de interpretar la demanda para así en el fallo tomar la decisión, reiterando que **el escaso argumento presentado por el recurrente no alcanza a quebrar la providencia**, sin que sobre agregar que en el entendimiento de la Sala, la indebida acumulación de pretensiones, planteada como excepción previa, tiene la finalidad de ajustar la relación jurídico procesal que se pretende entablar, a las posibilidades y exigencias formales que se prevén legalmente, de manera que se pueda arribar a una debida o normal finalización, mediante sentencia que decida de fondo sobre las pretensiones y no, mediante sentencias inhibitorias que resultan indeseables a los fines del proceso y los de la administración de justicia.

En ese sentido, la indebida acumulación de pretensiones plantea en su esencia la imposibilidad de **que el demandante quebrante principios lógicos en la formulación de sus pretensiones, de manera que persiga, por ejemplo, la afirmación de una situación y a la vez su negación, situando al juzgador en la imposibilidad fáctica, lógica y jurídica de pronunciarse respecto del fondo del asunto.** De tal gravedad debe resultar la acumulación de pretensiones, que sitúe al juzgador en el debate entre cumplir su deber constitucional de decidir de fondo los asuntos que son puestos a su consideración y el quebrantar principios bases del pensamiento racional, como el de no contradicción, identidad y tercero excluido, lo

que no sucede en el este caso cuando luego de adelantado el juicio, puede el juez pronunciarse al respecto.

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 33-2020-216-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de septiembre de 2022.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, efectuada con la AFP Protección, así como el traslado al fondo de pensiones Colfondos, que se declare que fue inducida en error por parte de Protección al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre los regímenes pensionales y de las eventuales condiciones a las que tendría derecho, que las AFP Colfondos y Protección S.A., omitieron sus obligaciones y responsabilidades profesionales inherentes a su calidad de entidades previsionales, omitieron suministrar la información mínima necesaria que se debe dar en las diferentes etapas de permanencia en el RAIS y en el proceso de afiliación, que se declare que Colpensiones debe verificar y recibir a satisfacción la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que Colfondos deduzca costos administrativos o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona que se condene a la AFP Colfondos a trasladar los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que posee en la cuenta de ahorro individual, bono pensional e intereses a Colpensiones, a esta última a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que Colfondos deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, que se ordene a Colpensiones actualizar la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectúe el RAIS para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas. Por último, solicita a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho a las demandadas, así también a Colpensiones de oponerse a las pretensiones de la demanda.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 3 de noviembre de 1964, que cotizó al extinto ISS hoy Colpensiones antes de su traslado al RAIS, que con la entrada en vigencia de los fondos privados, inducida por funcionarios de la AFP Protección S.A., realizó su traslado desde el RPM al RAIS, aportando a esta AFP, cuando se realizó un cambio de AFP a Colfondos S.A., donde se encuentra afiliada a la fecha, que para efectos de realizar su traslado del RPM al RAIS, no recibió información clara y concisa sobre las condiciones negativas y positivas de uno y otro régimen, no se le informó sobre el monto de capital que debía ahorrar para acceder a su pensión en los fondos privados, no se le hicieron proyecciones de su mesada pensional en uno y otro régimen, que no se le asesoró en debida forma y se le proporcionó información errónea por parte de los fondos privados para efectos de realizar su traslado de régimen pensional.

Indica que el 30 de enero de 2020, elevó reclamación a la AFP Colfondos S.A., solicitando información soportada en documentos sobre la forma en la cual esta entidad realizó su asesoría al momento de su cambio de AFP de Protección a Colfondos y la anulación o ineficacia del formulario de su traslado para efectos de llevar a cabo el traslado de capital, rendimientos y bono pensional a Colpensiones, que Colfondos dio respuesta negativa a los pretendido el 14 de febrero de 2020, que el 29 de enero de 2020, elevó reclamación a la AFP Protección S.A., solicitando información soportada en



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

documentos sobre la forma en la cual esta entidad realizó su asesoría al momento de su traslado del RPM al RAIS, así como la anulación del formulario de afiliación para efectos de llevar a cabo el traslado de capital, rendimientos, y bono pensional a Colpensiones, que el 31 de enero de 2020, la AFP Protección S.A., contestó el derecho de petición de forma negativa, que el 29 de enero de 2020, solicitó a Colpensiones que anulara el formulario mediante el cual se realizó su traslado del RPM al RAIS y realizar los trámites tendientes a trasladar los aportes a las AFP hoy demandadas, todo el capital, rendimientos, bono pensional, intereses, etc., a Colpensiones, que el 30 de enero Colpensiones emite respuesta negativa a la solicitud de traslado.

Por último, refiere que al momento de trasladarse no le informaron que el monto de su mesada pensional sería inferior en más de un 70% a la que devengaría en caso de haber continuado en el RPM, que no le indicaron al momento de trasladarse al RAIS que su regreso al RPM estaría sometido a unos tiempos de permanencia y que en algún momento no podría regresar al mismo, que no le informaron sobre las diferencias entre los dos regímenes en cuanto a los requisitos de edad y tiempo cotizado, la diferencia en el monto de la mesada pensional, los efectos de los rendimientos financieros, la posibilidad de disminución del valor de la mesada pensional de acuerdo a la fluctuación del mercado, entre otras de las características del régimen al que se estaba trasladando, sin mencionar que su pensión se determinaría por un cálculo actuarial y mucho menos qué significa esto, que la parte demandada omitió el deber de información al ser experta en el tema porque si hubiera recibido la información necesaria, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible de las reales implicaciones, no se habría trasladado, que al enterarse del engaño elevó solicitud de retorno al RPM, la cual fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colfondos**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 6 y 7, negó los No. 5 y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Por parte, **Protección S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 8 y 9, negó los No. 3, 4, 5, 12, 13 a 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

Colpensiones, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 10 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto a la afiliación realizada a MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 51.730.782 el 29 DE ABRIL DE 1996, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS actualmente se encuentra afiliado (a) de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS a COLPENSIONES,



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

teniendo en cuenta aportes voluntarios y obligatorios, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y/o bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES el valor de las cuotas de administración y comisiones descontadas a la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN y COLFONDOS. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (3) SMLMV para PROTECCIÓN y UN (1) SMLMV para COLFONDOS, en favor del demandante. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en el año en que se realizó el traslado de la demandante, esto en abril de 1996, se encontraban vigentes la Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, igualmente el Decreto 692 de 1994, Ley 720 de 1994, Decreto 656 de 1994, a partir de los cuales, especialmente con el Decreto 663 de 1993, se advierte la naturaleza jurídica que se le adjudicó a las entidades privadas encargadas de la administración de recursos, esto es, los encargos fiduciarios que conllevan no sólo a administrar los dineros acorde a la voluntad de los afiliados sino que además conlleva una información al usuario, publicidad financiera y elementos que permitan dar a conocer al potencial afiliado cual es el alcance de la decisión que toma, no sólo desde el punto de vista comercial sino desde el punto de vista financiero, económico con el impacto en los futuros derechos pensionales que pueda tener el potencial afiliado.

Señaló que, la Corte Suprema de Justicia en el precedente que refirió la parte demandante en su alegato de conclusión, indicó algunas sentencias la 4360 de 2019, 1467 de 2021, 1468, 1475 de 2021, relató aspectos que se condensan en la Sentencia SL 1452 de 2019, dicha providencia hace alusión a ese recorrido jurisprudencial a partir del cual se estudian 4 elementos para determinar si existe o no un acto jurídico que tenga la capacidad de ser eficaz, por el cumplimiento de los requisitos que debían presentarse para su surgimiento, por lo que, se descartaba la tesis de la parte demandada Colpensiones, en el sentido que no debe analizarse si existió o no un régimen de transición para que operara un retorno al Régimen de Prima Media, independientemente de tal argumento, lo que planteó la demandante fue la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

existencia de situaciones que conllevaron a una ineficacia del traslado, a que este acto jurídico de afiliación y consecuentemente del traslado de régimen pues no tenga ningún efecto por no cumplir los requisitos que plantea el legislador, por lo que, no resultaba aplicable la línea jurisprudencial que refiere Colpensiones para que se recupere el régimen de transición, mecanismo bajo el cual en otras oportunidades y nulidades era posible retornar al RPM.

Indicó que el primero de los cuatro ítems que menciona la línea jurisprudencial es que el deber de información surgió desde la expedición de la Ley 100 de 1993, que se desconoce ese deber de información que asiste a las entidades del RAIS que realizaron la afiliación de Martha Tamayo, especialmente Colmena hoy Protección S.A., notándose que para ese anualidad 1996, más allá de las características del sistema que hubiere conocido la demandante, debía precisarse a ella esos componentes comparativos entre uno y otro régimen que permitieran acceder a las prestaciones que tuviera cada sistema a futuro no al momento del traslado, también implicaba darle a conocer a la usuaria, potencial afiliada, cuáles eran los riesgos de trasladarse del régimen público al privado sin desconocer los beneficios que este trae consigo, si existía un régimen de transición debía recalcar en la relevancia de los derechos que podía tener en ese régimen de transición y si existía alguna pérdida de un derecho pensional pues con mayor razón hacer ese énfasis comparativo, por tal razón eran los aspectos que debían informarse a la señora Martha Tamayo.

Que dentro del proceso existía el formulario que se presentó por parte de Colmena, posteriormente uno realizado por ING, y en tales formularios sólo se advierte una información básica de la potencial afiliada, su sitio de trabajo, su sitio de residencia, sus potenciales beneficiarios, espacios en blanco en los cuales podía imponer su firma en señal de libertad frente al traslado, una hoja adjunta al formulario de afiliación con Colmena del cual sencillamente se advierte una información muy básica, que esta carta a folio 79 del archivo 11 refiere que la demandante ha seleccionado de manera libre y voluntaria el RAIS y que sus aportes a cesantías y pensiones se realicen o se administren por parte de Colmena y autoriza un descuento de su salario como aportes voluntarios, más allá de este documento y los formularios de afiliación, no existe elemento o anexo que permita dilucidar cuál fue la asesoría integral que



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

se brindó a la demandante y que refieren los fondos de pensiones se dio a la misma al momento del traslado, específicamente para el año 1996.

Acudiendo al tercero de los ítems, se hace referencia a la carga probatoria, que surge en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, en la medida que si existe una obligación legal de brindar información al potencial afiliado (a) pues esa gestión debe acreditarse dentro del proceso, surge entonces una aplicación apropiada de tal normatividad, por tanto, no hay una distribución en la carga probatoria que se encuentre infundada; lo que se allegó al proceso consistió en la cédula de ciudadanía de la demandante, las peticiones a Colfondos, Protección, Colpensiones, la historia laboral de protección, las respuestas por parte de estas entidades, pantallazos del estado de afiliación expedido por Protección, reporte del estado de cuenta a esta entidad, bono pensional, historias de vinculaciones en el SIAFP, respuestas de protección a las diferentes peticiones elevadas por la demandante, concepto de la Superintendencia Financiera entorno a la asesoría e información, artículos de prensa realizados sobre el RAIS, Colpensiones allegó el expediente administrativo, Colfondos no allegó documental alguna relativa a actuaciones posteriores a la afiliación inicial; de tal manera, del caudal probatorio, no se advertía cuál fue el contenido de la información que se brindó a la demandante en el primer momento de ese traslado.

Que en el interrogatorio de parte de las dieciséis preguntas que se le realizaron a la demandante por parte de Protección, de las tres preguntas de Colpensiones, si bien se conoce alguna pequeña característica del RAIS por parte de la señora Martha Tamayo, estas no tenían la potencialidad de concluir que ella conoció el impacto que tuvo trasladarse de un régimen a otro, refiere así la demandante que no se le informó acerca de cuáles eran las consecuencias que tenía para sus herederos en caso tal de fallecimiento, si bien refiere haber recibido información relativa a los extractos pensionales, sólo indica haberlos recibido en los últimos años, si bien refiere haber firmado el formulario de afiliación, este a pesar de que no lo leyó, lo firmó por haber sido suministrado y diligenciado por el asesor más no leído o comprendido en su integridad, que la motivación bajo la cual se dio el traslado de régimen consistió en la argumentación que dio el fondo de pensiones relativa a que el ISS llegaría a su fin o su inestabilidad económica o financiera que contrario a lo que se ofrecía el fondo de pensiones Colmena, conllevaba una seguridad



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

económica a futuro en el manejo de su capital pensional o en su situación pensional.

Es por esto que del interrogatorio de parte no se advertía respuesta alguna que conllevara la versión de las accionadas en el sentido de haber recibido una información clara, completa, comprensible respecto a ese traslado de régimen y en esto le asiste razón a la demandante en su alegato de conclusión que uno de los elementos esenciales y que contraría el alegato de conclusión de las demandas es que no se le señaló a la demandante cómo iba a construirse a futuro esa mesada pensional, descartándose esos argumentos de la parte demandada que refieren que la motivación de la demandante se centró de manera exclusiva en un monto de la mesada pensional derivada de la ineficacia del traslado, pues no fue esta la motivación que se respondió por la demandante en el interrogatorio de parte.

De otro lado, las accionadas refieren una situación de ratificación de la intención de permanecer en el RAIS, la fundamentan en las cotizaciones que le han realizado a lo largo de los años una vez efectivizado el traslado de régimen y por los traslados horizontales que se presentaron entre Protección, Colfondos y retornando nuevamente a Protección, para el Despacho se descartan estos argumentos que son propios de la tesis descartada por la Corte Suprema de Justicia de actos de relacionamiento que en todo caso no se acreditaron dentro del proceso. Ahora, en el artículo 1755 del Código Civil plantea que para que esa ratificación sea válida, debe emanar específicamente de la parte que tiene derecho a alegar la nulidad y ningún acto proveniente de la demandante ha surgido con el requisito de los artículos 1753 y 1755 del Código Civil, sin que pueda predicarse que el traslado horizontal conllevó una voluntad expresa, en la medida que ese traslado horizontal no implicó una asesoría que conllevara determinar las diferencias que surgían en uno y otro régimen.

En lo relativo a las consecuencias de la ineficacia, es aplicable la Sentencia SL 2877 de 2020, por lo que no puede acogerse la excepción de las demandadas en el sentido de abstenerse de ordenar el traslado de las cuotas de administración, no se presentaban temas relativos a la compensación o a la indexación de los dineros que son objeto como consecuencia del traslado en favor de Colpensiones, pues estos dineros no han entrado al patrimonio de la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

señora Martha Tamayo para que proceda una compensación, como tampoco se han hecho efectivos los seguros previsionales que permitan determinar que la demandante es beneficiaria de alguna de las prestaciones frente a los riesgos o contingencias que pueden surgir derivados de la Ley 199 de 1993, y sus posteriores modificaciones; por tal razón, se acogía la pretensión de la parte demandante, no sin antes mencionar que no se presentó ninguno de los escenarios que refiere Colpensiones entorno al error, la fuerza o el dolo pues estos no derivan de terceros y mucho menos de sus empleadores y en esa medida no tenía carga probatoria la demandante de acreditar en aquella situación que conllevara a la nulidad, lo que surgió fue una situación de ineficacia pues no se probó por la parte accionada, específicamente Protección antes Colmena, tendiente a acreditar dentro del proceso que cumplió con el requisito del consentimiento informado para la anualidad de 1996.

Se declaró no prescrito el derecho a cuestionar la eficacia del acto jurídico de traslado, pues este se encuentra atado al principio de irrenunciabilidad acorde a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** interpuso recurso de apelación en contra del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia que se profirió, manifestando que al momento de la decisión de declarar la ineficaz del traslado de la demandante, pues la misma se fundamentó en ese deber de información que según el Juez tenía la AFP Colmena y Protección al momento de esa suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para ese año 1996, la normatividad aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993, en la cual se plasmaba que esa aceptación espontánea, libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario, lo cual se dio a plenitud según se deriva de ese formulario suscrito y firmado por la demandante.

En cuanto a la carga de la prueba refiere que en el sentido de que recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al transpolar lo señalado por la Corte en la sentencia referida a este tipo de decisiones, se encuentra que hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

conocimiento del afiliado respecto a su traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 94 y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba esa plena intención de pertenecer al RAIS y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de esa época, pues se constituye en una situación de carácter imposible. De igual forma, señala que se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil pues en el cual la Corte Suprema de Justicia dentro de la jurisprudencia objeto de análisis invierte de manera irracional y no ponderada la carga de prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige a la demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en la AFP demandada sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza de la demandante.

Que reposa un interrogatorio de parte donde la demandante manifiesta no haber recibido cierta información al momento de ese traslado, incluso el Juez en sus consideraciones también echa de menos que la demandante conozca con plenitud esa información que se derivaba de ese traslado. Sin embargo, esto no quiere decir que la misma no se haya dado en el momento, recordando que ese traslado tuvo tránsito en el año 1996, y al día de hoy han pasado más de 25 años y es tendencia que los seres humanos olviden ciertos sucesos, por lo que tendría que tenerse en cuenta que esa información fue de manera verbal y sucedió hace más de 25 años, por lo cual debe tenerse en consideración que sería prácticamente imposible que la demandante al día de hoy recordara con lujo de detalles esa información que se le brindó en ese momento. Sin embargo, no quiere decir que no se le haya dado la misma pues existe el documento de afiliación que es ese formulario que da fe que la demandante recibió la información y fue firmado por ella en su momento y para ese año 1996, no existía ninguna norma ni jurisprudencia que diera cuenta de que se necesitara otro documento diferente a ese formulario de afiliación para probar que la demandante recibió esa información, por lo cual se podría decir que la AFP Protección cumplió con esa carga de la prueba al aportar dicho formulario de afiliación debidamente firmado por la demandante.

Que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones o soportes de información no previstos en el ordenamiento



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

jurídico vigente al momento de ese traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso no consisten solamente en esa posibilidad de defensa o en la oportunidad de interponer algún recurso sino que exige además como se expresa en el artículo 29 de la Carta, pues ese ajuste a la norma preexistente al acto que se juzga y si ese acto es del año 1996, debió haber sido juzgado con las normas y la jurisprudencia vigente para tal data.

Ese juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que sin haber participado en ese trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de una posible prestación a favor de la demandante en un futuro, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica, entorno a que Colpensiones en este asunto es un tercero y las consecuencias que se deriven de la celebración de los actos jurídicos sólo debe repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual Colpensiones no podía de ninguna manera ser favorecida pero mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP Protección en su momento.

Dicho todo lo anterior, pone a consideración también que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años, por lo cual Colpensiones resultaría lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución y además adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, donde se reitera que esa prohibición del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, tiene una razón de ser y el principal propósito que se estableció en tal prohibición es proteger el fondo para que no sufra una descapitalización, esto se daría de permitir que masivamente personas como la demandante retornen después de tanto tiempo al RPM que administra Colpensiones pues perjudicaría al sistema, teniendo en cuenta además que ni siquiera las cotizaciones que recibe Colpensiones alcanzan para pagar las mesadas pensionales a su cargo, tesis sustentada en jurisprudencia de la Corte Constitucional como la C-1024 de 2004, y la C-062 de 2010.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Cesantías y Pensiones Colmena hoy Protección S.A., el 29 de abril de 1996, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital, no habiendo ofrecido reparo los traslados horizontales que efectuara la demandante a Pensiones y Cesantías ING hoy Protección S.A., el 1 de abril de 2000, hacía Colfondos S.A., el 16 de junio de 2009, posteriormente a ING hoy Protección S.A., el 29 de mayo de 2012, y finalmente, a Protección el 31 de diciembre de 2012, de acuerdo con la consulta del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de los Fondos de Pensión – SIAFP, aportada por la AFP Protección S.A.

Sobre el particular, si bien se peticionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se requiere



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Cecilia Tamayo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le indicaron un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Martha Tamayo, quedando así demostrado que la demandada Protección S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta, ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entran a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

Respecto a la permanencia de la actora en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS*

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 33202000216-01 Dte: MARTHA CECILIA TAMAYO BASTIDAS Ddo.:
COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2018-302-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JHON GENOY MURILLO
DEMANDADO: ETB SA ESP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 24 de agosto 2022, por medio del cual **ABSOLVIÓ** a la demandada **ETB SA ESP** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **CONDENÓ** en costas a la parte actora. Vale precisar que este expediente fue remitido al Juzgado 41 del circuito de Bogotá. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada, quien solicita, se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **JHON GENOY MURILLO** por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, en contra de **ETB SA ESP** para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que adquirió el derecho al pago de una prestación por el



cumplimiento de 5 años de servicio, denominada prima quinquenal o quinquenio según el artículo 23 de la recopilación de convenciones colectivas de trabajo suscrita entre la **ETB Y ATELCA**, con vigencia inicial 1996 a 1997. En consecuencia, se condene al pago, del sexto quinquenio que se causó desde el 04 de noviembre de 2017, cuando cumplió 30 años de labor y teniendo en cuenta lo dispuesto en la tabla de liquidación que tiene definida **SINTRATELEFONOS** en convención de 1974, cláusula 20, contenida en la recopilación de convenciones colectivas con vigencia 1994-1995 suscritas entre la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.** y el **SINDICATO DE TRABADORES DE LA EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA - SINTRATELEFONOS. DE BOGOTA S.A. E.S.P.**; indexación y costas. (Expediente Digital).

La demandada contestó la acción, oponiéndose a las pretensiones de la demanda: En cuanto a los hechos aceptó el contrato, pero negó que haya lugar al quinquenio, el cual no se pactó con **ATELCA**, sin que exista prima quinquenal por sexto quinquenio. Propuso las excepciones de inexistencia de fuente normativa, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, pago, compensación, prescripción y genérica. (Expediente Digitalizado).

El Juzgado de conocimiento, resolvió se itera, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando en síntesis lo siguiente: “...Es necesario establecer si el demandante eventualmente es beneficiario de un sexto quinquenio, para ello, el despacho considera que en este juicio no existe controversia sobre este tópico, toda vez que la parte pasiva desde la contestación de la demanda acepta que el demandante se vinculó a esta desde el 4 de noviembre de 1987, tal y como lo aceptó al contestar los hechos 2, 3 y 4 de la demanda. Así mismo, tampoco será objeto de análisis en este juicio la situación relacionada con el reconocimiento y pago de 5 bonificaciones por quinquenio hasta el año 2012, cuando el demandante cumplió los 25 años de servicio, toda vez que ese aspecto está acreditado con la aceptación del hecho séptimo de la demanda por parte de la pasiva, por ende, el despacho no realizará análisis adicional sobre los mismos y tendrá en cuenta estas circunstancias para resolver el problema planteado. Conforme a ello, es claro para el suscrito que lo que busca la parte actora en este juicio es el reconocimiento y pago de un sexto quinquenio causado a partir del 5 de noviembre del año 2017, teniendo en cuenta para ello el artículo 23 de la recopilación de convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la ETB Y ATEC, recordemos que dicha norma establece lo siguiente: “ **23A QUINQUENIOS: además de lo pactado en convenciones anteriores, la empresa pagará al personal técnico que haya cumplido el primer quinquenio el valor de los siguientes quinquenios en forma proporcional por meses trabajados, en caso de retiro voluntario o fallecimiento. B. incidencia; la empresa continuará reconociendo, liquidando y pagando los quinquenios como se venía haciendo, es decir, se tendrá en cuenta la liquidación**



de las cesantías definitiva y debe computarse para obtener el promedio mensual de la pensión de vejez, conforme a lo anterior, es claro que, en efecto, la Convención, el artículo 23 de la Convención en comento indica la suscripción de un nuevo quinquenio, recordemos que mediante convenciones de los años 1965, 1967, 1968 y 1970, se mantuvo el pago de cuatro quinquenios y en la Convención suscrita para la vigencia 72, 1972 a 1973, fue acordado en el capítulo cuarto cláusula vigésima el pago del quinto quinquenio, estableciéndose lo siguiente; “la empresa pagará a los trabajadores los quinquenios en la siguiente forma: primer quinquenio, el valor de 2 y medio sueldos, segundo quinquenio, el valor de 3 sueldos, tercer quinquenio, el valor de 3 y medio, sueldos, cuarto quinquenio, el valor de cuatro sueldos, quinto quinquenio, el valor de 5 quinquenios; además, se reguló la forma de pago. “la empresa pagará a partir del 1 de enero de 1972 a los trabajadores que cumplan 25 años de servicio en forma continua el quinto quinquenio, equivalente a 5 sueldos para efectos de la liquidación se aplicará el mismo sistema vigente”.

Conforme a lo anterior es claro para el despacho, que las convenciones colectivas suscritas entre las partes y referidas en la sesión anterior, es decir la cláusula 23 de la recopilación de las convenciones en 1996 a 1997, así como las convenciones suscritas en los años 65, 67, 68, 70, 72 y 73, **son claras en establecer el reconocimiento y pago de 5 quinquenios, es decir, que no existe de manera convencional un clausulado en donde otorgue un quinquenio adicional, por lo que resulta que no es aplicable en este juicio uno adicional, como pretende la parte actora;** Así mismo, debe indicar el despacho que en este asunto es claro que la forma en que se suscribieron las convenciones colectivas por parte de los sujetos procesales solo limita el pago de estos quinquenios a 5, por ende el reconocimiento y pago hasta el año 2012, se ajusta a los preceptos establecidos en el convocado artículo 23 de la recopilación de convenciones colectivas 1996 a 1997, pues al demandante, como lo aceptó la parte pasiva su último quinquenio lo efectuó en el año 2012, en el mes de noviembre, cuando cumplió 25 años de servicio, por ende, el pretendido a partir del sexto no está pactado por los sujetos procesales en este asunto, por ende, considera el despacho que en este caso no es procedente acceder al sexto quinquenio elevado por la parte demandada. Asimismo, el despacho debe recordar que en este asunto, si bien se aportaron las contestaciones, se aportaron las diferentes convenciones colectivas suscritas entre los sujetos procesales y ninguna de las convenciones de que datan desde el año 1962, 1972, 1973, 1974, 1975, 76, 78 incluso en la recopilación efectuadas en los años 1996 y 1997, se establece el reconocimiento y pago de sexto quinquenio, pues su capitulación o su constitución es clara en indicar que en dicha cláusula se van a pagar 5 quinquenios y a criterio del suscrito son el número total que se le debían reconocer y pagar al demandante en su condición de trabajador de la ETB; asimismo, el despacho e indicar que una vez analizada de forma gramatical, sistemática y teleológica el querer de las partes en dichas convenciones, es menester reiterar que el límite que se suscribió entre las partes fue el reconocimiento y pago de 5 con quinquenios, es decir, que la misma Convención no puede dar lugar a otra interpretación u otro análisis diferente al que se evidencia en esta decisión, pues las partes deben recordar que existe en un pacto general en las convenciones colectivas de trabajo, **y es que las mismas se sujetan a las cláusulas allí establecidas y en aquellos en que no existen vacíos o algún tipo de norma en blanco se pueda realizar algún tipo de interpretación adicional, pues recordemos que el tenor literal indicó 5 quinquenios como máximo, por ende, el despacho considera que este es el máximo que se le debe reconocer y pagar al actor.** Asimismo, debemos recordar que, de vieja data, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicado SL 4982 de 2017, ha indicado el carácter normativo de las convenciones colectivas de trabajo. Allí la Corte al analizar el alcance de las convenciones colectivas,



consideró lo siguiente. “de ahí que la Convención colectiva de trabajo ha sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de Derecho, en tanto que a la par con la ley y los reglamentos, el laudo arbitral y las otras normas laborales establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en la Convención 98 y 154 de la OIT en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación a través de acuerdos colectivos, así lo ha sostenido en múltiples oportunidades la doctrina de esta sala, entre otros, la sentencia SL 9561 del 97, SL 1694-4 y SL 4934 de 2017, entre otras; asimismo, la Corte en dicha providencia indicó a entonces como el contrato colectivo producto de la autonomía de las voluntades de las partes mediante la cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituye un verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes, sus contenidos rebasan las facultades del juez de trabajo a quien le está velado desconocerlos”. **Conforme a lo anterior, es claro para el despacho que aquí no se pueden realizar interpretaciones adicionales a las expuestas en la recopilación efectuada en el año 96 y 97 y en las convenciones colectivas en donde se suscribieron los 5 quinquenios, pues la norma es clara y precisa, perentoria en indicar que solo existe el reconocimiento y pago de 5 por ende, el despacho considera que al ser reconocida los 5 quinquenios por parte de la ETB, después de los 25 años laborados por el actor, no es viable el reconocimiento de un sexto porque el mismo acuerdo donde se constituyó este quinquenio solamente se pactaron máximo 5, por ende, el despacho considera que en este juicio es menester absolver a la demandada ETB del reconocimiento y pago del sexto quinquenio, peticionado por el actor, considera el despacho que dado que la pretensión principal para el reconocimiento y pago de este quinquenio no fue procedente de igual manera correrán suerte las demás pretensiones declarativas y condenatorias elevadas en la demanda, llevando a declarar absuelta la demandada ETB. Ahora bien, en cuanto a las excepciones, considera el despacho que las mismas no son procedentes resolverlas en este asunto, toda vez que fue absuelta la parte pasiva y, por ende, no analizará las excepciones invocadas.**

Inconforme con esta decisión la parte actora interpone recurso así: “Interponemos recurso de apelación ante la decisión que se acaba de tomar por el despacho, teniendo en cuenta para tal fin, lo siguiente: Entiende la parte que represento que efectivamente en el texto convencional taxativamente no se encuentra previsto el sexto quinquenio como efectivamente se dijo tanto en la demanda como en la contestación, porque es un hecho innegable; asimismo, se advierte que esta fue la razón y el fundamento por el cual la ETB negó el reconocimiento a mi representado en su momento; al respecto, debo indicar que existen razones de hecho para que no se haya previsto ese sexto quinquenio más allá de la negociación, como lo indicó el doctor Néstor y es lo que se dijo en los alegatos de conclusión y que traigo nuevamente a colación en este momento, cuando se pactó la Convención colectiva de trabajadores entre Atelca y el ETB pues no se tenía previsto que los trabajadores estuvieran por más de 20 o 25 años al servicio de la entidad, porque se esperaba que para este momento ya se encontrarán pensionados y pues al entrar en vigencia el acto legislativo 01 de 2005 y acabar con las expectativas laborales de las personas que se encontraban al servicio de la entidad, como es el caso de John Murillo que si bien es cierto, ya tenía el tiempo de servicios, pero no contaba con la edad a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo, terminó con las expectativas primero pensionales y segundo de tener que continuar trabajando de corrido con la ETB hasta completar la edad para su pensión legal, como a la fecha continúa laborando John Murillo.



Qué ocurre entonces, que cuando se pacta este quinto quinquenio, no se pensaba que John iba a estar por más de 30 años con la entidad, hecho que ocurrió para noviembre de 2017, como se advierte en los hechos de la demanda y pues esto es lo que hace que se solicite este sexto quinquenio, porque se hace con fundamento en el artículo 23 donde se prevén taxativamente 5 quinquenios porque pues si bien se habla de la liquidación y de la forma en que se hace en la Convención, no quiere decir que el derecho para los trabajadores de que se encuentra con mencionados o que les favorece la Convención de Atelca, pues se remite directamente a la de Sintra únicamente para ello, porque es que Atelca lo prevé y habla del reconocimiento de los quinquenios, como se advirtió en la convención que allegamos en su oportunidad de manera independiente, entonces, en ese orden de ideas y al reconocerse un quinto quinquenio no puede perderse de vista que si se hace este reconocimiento a una prestación por 25 años no debe la entidad dejar de reconocer este sexto quinquenio, porque es que no es otra forma o este quinquenio no es más que una forma de reconocer el desgaste del trabajador al servicio de la entidad y yo no me aparto, pues de que ya recibió los 5 quinquenios primeros, de que él recibe toda su carga prestacional, que recibe su salario, que es el reconocimiento de su trabajo inicialmente, pero estamos hablando del desgaste, que es el espíritu inicial de la norma, es una forma de reconocer la entrega, la lealtad de este trabajador a su entidad y si ocurrió a los 25 años, pues no encuentra la parte que represento una pared para que se niegue ese reconocimiento, más aún cuando se cumplen 30 años o más al servicio de la entidad. En ese orden de ideas, solicitó al honorable Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá que se tenga en cuenta que efectivamente, sí no se encuentra taxativamente descrito en la norma y por ello acudimos al juez para que se hiciera este reconocimiento teniendo en cuenta para ello tratados de carácter internacional, también en armonía a los instrumentos 151 y 154 de la OIT y demás que se tomaron o se anotaron como fundamentos de derecho en este acápite respectivo de la demanda, para reconocer entonces que a mi representado John Murillo tiene derecho al reconocimiento a este sexto quinquenio y que así se diga en sentencia de segunda instancia....”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y S S.

El asunto a definir es el número de quinquenios a pagar; no el quinquenio en sí, pues este fue cancelado en 5 oportunidades, cuando el demandante cumplía 5 años de servicio y hasta los 25 años de labor dado que la convención **expresamente así lo consagró.**

La convención colectiva, Ley para las partes y fuente generadora del derecho; en ese momento y fuesen cuales fuesen los motivos expuestos en la negociación de la época, **solo consagró el pago de 5 quinquenios hasta los 25 años de labor; así que suponer que esto puede ser sucesivo; esto es un sexto a los 30, un séptimo a los**



35, un octavo a los 40; lo que de hecho podía suceder antes y después del acto legislativo 01 de 2005; no es más que eso un inferencia, una suposición que no puede ser fuente, se itera, de derechos.

Tampoco podría como señaló el Juez, una interpretación de principio alguno, en favor del trabajador, porque como bien reconoce el recurrente, no hay duda alguna tampoco, en que lo pactado fueron 5 quinquenios, por 25 años de labor; de manera que otros y por más, solo puede ser resultado de una nueva negociación; lo que sería diferente, si simplemente se hubiese pactado el pago de esta prestación **extralegal, como quinquenio cada 5 años de labor, sin limitarla hasta los 25 años de servicio.**

Y es que definitivamente, señala un principio de derecho; que cuando la Ley no distingue no le es dable al interprete distinguir; o en otra acepción cuando la Constitución, la Ley, -(En este caso la convención que es Ley para las partes, pues se itera, el quinquenio es una prestación extralegal)-; la costumbre, , los tratados internacionales aprobados, todos ellos fuentes de derecho no lo consagran; no puede el intérprete hacerlo, para reclamar su aplicación.

Nada y en nada resulta relevante, la expedición del acto legislativo 01 de 2005, pues antes y después de este, los trabajadores de entidades públicas y privadas podían laborar por más de 20, 25, 30 años, ya que a pesar de adquirir status de pensionados, si era la voluntad de las partes prolongar el contrato de trabajo, así lo hacían, por acuerdo; como también por acuerdo y negociación colectiva, como en este caso sucede, las partes sindicatos y empresas pactan las condiciones incluidas prestaciones extralegales, que regulan los contratos de trabajo; **sin que se itera, en este caso; por las razones que fueran expuestas en la negociación se hubiesen pactado más de cinco quinquenios.**

En conclusión y tal como acertadamente señaló el Juez no existe fundamento jurídico alguno para acceder a lo pretendido en la demanda, por lo que sin más razones por innecesarias se CONFIRMA la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 35-2019-555-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA BUITRAGO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación la sentencia proferida el 16 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARY MERCEDES ALVARADO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se ORDENE a la demandada a reliquidar la pensión de sobreviviente de que disfruta, acrecentando la cuota

parte que correspondía a sus 2 hijos quienes actualmente son mayores de edad, junto con mesadas adicionales e intereses moratorios; de manera subsidiaria, peticiona se reliquide la prestación teniendo en cuenta para el efecto el valor del salario que devengaba el causante para el año de 1986, de conformidad con lo previsto en el Decreto 3041 de 1966.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Joaquín Ramos en vida era su cónyuge, que, de dicha unión matrimonial, nacieron 2 hijos, que cuando falleció el señor Joaquín, hace 31 años, se presentó a reclamar la prestación pensional, la que le fue reconocida pensión de sobreviviente a ella y a sus hijos entonces menores a través de resolución 00236 del marzo de 1987, que sus hijos actualmente, son mayores de edad, por lo que tiene derecho a que acrecenté su mesada pensional, la que corresponde a un SMLV.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La convocada Colpensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3, 4 y 6 y negó los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración de pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratorio, carencia de causa para demandar.

Los convocados como Litis consorte necesario, Laura Cristina y Alfredo Andrés Ramos, contestaron la acción, aceptando todos los hechos que motivaron la acción, se allanaron a las pretensiones de demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, lo propio respecto de Laura Ramos y Alfredo Ramos, declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y carencia de causa para demandar.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de debate el estatus de pensionada de la actora que se corroboraba con acto administrativo de reconocimiento pensional del año 87, expedido por el ISS, en la que de igual forma, se reconoció cuota parte de dicha prestación a los hijos de la pareja; en cuanto a la reliquidación de la pensión de sobreviviente, señaló que, respecto al acrecentamiento reclamado, el Decreto 3041 de 1966, norma que reguló el reconocimiento pensional de la demandante, previó el acrecentamiento de la mesada pensional, por causa de muerte de otros beneficiarios, o cuando estos perdieran tal calidad, que el artículo 22 del mismo Decreto indicaba que el derecho de disfrutar de la pensión a los hijos, se extinguía con el cumplimiento de la mayoría de edad y cuando comprobaran encontrarse estudiando en establecimiento educativo o de formación profesional y demostrara carecer de otros medios de subsistencia, que en cuanto a Laura Cristina Ramos, hija del causante, había alcanzado la mayoría de edad en el año 2004, Alfredo Ramos, alcanzó dicha edad en el año 1995, que la actora al momento de absolver interrogatorio, había confesado que desde hace unos años venía percibiendo el 100% de la mesada pensional y a su hija Laura, esta le había sido pagada aproximadamente hasta los 23 años, de igual forma, en derecho de petición del 24 de noviembre de 2016, manifestó que ya le estaba siendo reconocida la totalidad de la prestación. Que, conforme a ello, si bien en expediente administrativo no se evidenciaba el acrecentamiento de la prestación solicitada, lo cierto era que desde el 2016, la actora había anunciado que el ISS venía reconociendo el 100%, por lo que sus declaraciones constituían confesión, debiéndose absolver de las pretensiones principales incoadas, ya que el 100% de la pensión reconocida desde 1987, estaba en cabeza de la demandante.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias refirió que, como se había señalado, la pensión de la demandante se había reconocido entre otros, bajo los preceptos del Decreto 3041 de 1966 por ser esta la norma vigente al momento del deceso del causante, que el artículo 15 de dicha norma contemplaba que la pensión se integraba por la cuantía básica igual al 45% de salario base, con aumentos equivalentes del 1,2% por cada 50 semanas que el asegurado tuviera acreditadas con posterioridad a las primeras 500 de cotización, teniendo en cuenta y ello y como el afiliado cotizó 3562 días, esto era, 508 semanas, se debía reconocer tasa de reemplazo en porcentaje del 45% como lo había anunciado la demandada en resoluciones expedidas en 2016, que dicha norma establecía que el salario mensual de base se obtenía de multiplicar por el factor 4,33 la cientocincuentava

parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó las últimas 150 semanas y efectuados los cálculos correspondientes, el salario devengado por el actor en dicho interregno temporal, esto es, entre el 1 de junio de 1983 al 30 de abril de 1986, \$1.260.390, al que se le aplicaba el divisor del artículo 5 del decreto en mención, arrojaba un resultado de \$8.403, el que multiplicado por 4,33, daba como salario mensual base la suma de \$36.383, la que se debía aplicar el porcentaje de reemplazo del 45%, correspondiendo la primera mesada pensional a \$16.372, valor inferior al reconocido por el entonces ISS, en resolución de 1987, como consecuencia, se debía absolver de tales pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló** la parte demandante señalando que, no era cierto que la actora hubiera confesado que se le hubiera incrementado la pensión por parte de Colpensiones, pues en interrogatorio de parte lo que manifestó fue que se le había reconocido el 100% del SMLV, lo que no quería decir que se le hubiera reconocido la cuota pensional que disfrutaban sus hijos, no quedando demostrado tal acrecentamiento conforme al artículo 22 del Decreto 3041.

Que tampoco era cierto que el porcentaje a aplicar para la mesada pensional, tuviera como resultado una suma inferior al SMLV, pues el IBL del causante ascendía a \$39.434, lo que se había probado en el expediente pues así lo aceptada la demandada en diferentes actos administrativos y al aplicar el 45%, daba un resultado de \$17,740 para la época, situación que no aconteció en la resolución de reconocimiento pensional, en la que a los hijos del causante, no se les reconoció el 30% de la mesada, sino sólo el 20% y ello no fue objeto de pronunciamiento en la decisión de instancia, pues como eran menores de 16 años, la tasa de reemplazo era mayor, debiéndose reconocer una pensión en cuantía total de \$19.519, siendo esta, superior al salario mínimo de la época, debiéndose aplicar la ley 445 de 1998, que consagró que las pensiones para ese año, fueran inferiores al salario mínimo, debían incrementarse para los años 2000 y 2001.

CONSIDERACIONES

Como bien lo refirió la decisión de primer grado, en el presente no ofreció reparo la calidad de pensionada de la demandante como beneficiaria del afiliado

fallecido, señor Joaquín Ramos Ramos, reconocimiento que se efectuara a través de resolución 236 del 30 de marzo de 1987 por el ISS, acto administrativo que fuera aportado por la actora visible en expediente digital, en dicha oportunidad igualmente se reconocieron como beneficiarios de la prestación a los hijos del causante y la demandante, Alfredo y Laura Ramos Buitrago, señalándose que el IBL tenido en cuenta para la liquidación de la prestación, fue de \$38.910.

Conforme lo señalado en precedencia y en cuanto al primer punto del recurso, se tiene que, como lo adujo la decisión de instancia, si bien no obra en el plenario documental que dé cuenta que el ISS o la hoy Colpensiones, hubiera resuelto acrecentar la mesada pensional de la demandante ante la pérdida de la calidad de beneficiarios de sus hijos por cumplimiento de la mayoría de edad, tal circunstancia quedó suficientemente probada con lo dicho por la señora Martha al rendir interrogatorio de parte, respecto de lo cual, si bien no indicó en dicha diligencia que percibía el 100% de la mesada pensional, sí dijo que su hija Laura tuvo pensión hasta los 23 o 24 años, aunado a ello, en la petición que fuera radicada por la actora ante Colpensiones el 25 de noviembre de 2016, que se aportó por esta misma parte junto con escrito de demanda, señala claramente como uno de los hechos en los que funda su petición: *“que una vez cumplida la mayoría de edad de nuestros hijos, el ISS me asigna el 100% de la mesada.*

A más de lo anterior, no ofreció reparo que la pensión de sobreviviente devengada por la actora inicialmente junto con sus hijos, siempre ascendió a un SMLV, de ello da cuenta el mismo escrito de demanda y los actos administrativos que resolvieron las solicitudes de la demandante y esta señaló en diligencia de interrogatorio llevada a cabo en el año 2022, que para dicha época, percibía como mesada pensional, la suma de \$1.000.000, suma que en efecto correspondía al SMLV de dicha anualidad; lo anterior resulta suficiente para concluir con claridad que, contrario a lo señalado por la recurrente, la mesada de la actora sí fue acrecentada una vez sus hijos perdieron el derecho a percibir el porcentaje a ellos reconocido.

Ahora, en cuanto a la reliquidación de la prestación que fuera elevada de manera subsidiaria, se tiene que, el señor Joaquín falleció en el año 1986 como lo refiere la resolución de reconocimiento pensional expedida por el ISS, data

para la cual, se encontraba en vigencia el Decreto 3041 de 1966, normatividad mediante la cual se aprobó el reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte, dicha disposición en el artículo 19, reguló la forma de liquidar la prestación por vejez o invalidez, siendo la primera cuyo derecho se debía estudiar para conceder la pensión de sobreviviente solicitada señala la norma en cita:

Artículo 19 *La pensión mensual de invalidez o de vejez se integrará así:*

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base, y

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización.

Para los efectos de este artículo, constituye salario mensual de base el que resulte de multiplicar por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas cien (100) semanas de cotización.

Conforme la norma transcrita, de la sola literalidad de la misma resulta claro que no le asiste razón a la recurrente cuando indica que al IBL del causante, se le debió haber aplicado la tasa de reemplazo del 75%, pues esa no era la forma de liquidar la prestación, sino como lo hiciera el juzgador de instancia, siguiendo la norma en comento, cuyo resultado, en efecto se ajustaba al IBL indicado por el ISS en resolución de reconocimiento pensional, pues si bien la recurrente indica que este era superior, no allega prueba alguna que permita arribar a tal conclusión, contrario a ello, la certificación aportada por el Banco de Bogotá, da cuenta que el último salario devengado por el causante, era de \$33.600 y en las anualidades anteriores, siempre fue inferior a dicho valor, no pudiéndose afirmar que este fuera superior al señalado por el ISS, máxime cuando ni la parte actora tiene clara tal cuestión pues refiere como IBL un valor distinto al indicado en escrito de demanda mediante el cual presentó la reforma a esta elevando las pretensiones subsidiarias bajo estudio.

Ahora, en cuanto al porcentaje concedido para la época a los hijos del causante, dicha cuestión no fue objeto de discusión en el debate procesal, por lo que resulta improcedente pronunciarse a este respecto y dicho sea de paso, conforme la liquidación efectuada con fundamento en la norma aplicable para la data de reconocimiento pensional, se encontró la prestación liquidada en debida forma y en gracia de discusión, sino se hubieran reconocido los porcentajes como lo ordenaba la ley a los beneficiarios, ello no implicó como

erróneamente lo afirma la recurrente que la prestación se hubiera reconocido en un menor valor al liquidado conforme la norma en cita; debiéndose **confirmar** por lo anterior la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2019-286-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: HERNAN DE JESUS ZAMARA PARRA

DEMANDADO: SERVICIOS POSTALES NACIONALES 472

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor **HERNAN DE JESUS ZAMARA PARRA** mediante apoderado instauró demanda en contra de **SERVICISO POSTALES NACIONALE SA**, para que mediante el trámite de un proceso laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1 de septiembre de 2012, que se declare que el demandante cumplía las mismas labores que **DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN** y **LUIS ALFONSO BERRIO ARNEDO**, en el cargo de auxiliar de correspondencia, que se declare que el salario del demandante es inferior al de los trabajadores mencionados. En consecuencia, solicita reliquidación de emolumentos y prestaciones indexados, extra y ultra petita y costas del proceso. Posteriormente la demanda fue subsanada aclarando hechos y pretensiones. (Expediente Digital).

Como fundamento de las pretensiones y, en síntesis, indica que inicialmente el contrato fue por dos meses y se ha ido prorrogando, encontrándose vigente, que el cargo es de auxiliar de correspondencia, que, para el 14 de marzo de 2018, el salario devengado es de \$787.513, que las funciones son las mismas que las de los dos trabajadores señalados, hace una relación de salarios de estos, concluyendo que se encuentra en desventaja con relación a los mismos. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada mediante apoderada, quien se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, pero asegurando que inicialmente fue por obra o labor, el cual terminó el 22 de enero de 2013, siendo reintegrado por orden de tutela, el 3 de mayo de 2013, afirmando además que para el 2020, el salario del actor era de \$948.125, siendo este el autorizado y de acuerdo con la tabla salarial de la empresa, lo cual fue pactado y aceptado por el demandante. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, compensación, inexistencia de la obligación, prescripción de los derechos laborales y genérica. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 23 de agosto de 2022 por medio de la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que, entre el señor HERNÁN DE JESÚS ZAMARRA PARRA y SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A 4-72, existe un contrato de trabajo, desde el 1° de octubre de 2012, el cual se encuentra vigente hasta la fecha.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

TERCERO: ABSOLVER a la empresa de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A 4-72, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor HERNÁN DE JESÚS ZAMARRA PARRA...”

Para llegar a esa conclusión y en síntesis afirmó el Juez: “...“...En lo referente a nivelación por diferencias salariales, es oportuno indicar que, pese a que la demanda no resulta del todo clara en lo concerniente a la fundamentación del reajuste, se desprende de lo referido en los hechos y señalado en los fundamentos, que la pretendida reliquidación de salarios, prestaciones y aportes se debe realizar en aplicación del principio de: a trabajo igual salario igual, pues se hace referencia a que el demandante desarrolla las mismas funciones que sus compañeros vinculados a la entidad, bajo el mismo cargo de “Auxiliar de Correspondencia”, pero que recibe una remuneración inferior. En este punto, el principio de trabajo igual, salario igual, se encuentra establecido en los artículos 53 constitucional, el cual indica:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;

facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la empresa hoy demandada 4-72 es una sociedad pública, vinculada al Ministerio de Tecnologías de la información y las comunicaciones y que por tanto se rige por las disposiciones propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es patente que dada la naturaleza jurídica de la entidad el hoy demandante ostenta la calidad de trabajador oficial acorde lo reglado en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

En tal medida, la norma que regula el presente caso no es el CST, sino el 5° de la ley 6 de 1945, establece:

“La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales. Queda absolutamente prohibido a los patronos imponer a los trabajadores obligación alguna de carácter religioso, político o electoral; impedirles o dificultarles en cualquier forma el ejercicio del derecho de sufragio; retenerles, conservarles o custodiarles cédulas de ciudadanía; y hacer, autorizar o tolerar cualquier propaganda de las indicadas en los sitios y durante las horas de trabajo, y todo género de rifas y colectas en los mismos”.

En este orden de ideas, para que se pueda aplicar un trato igual en materia salarial, debe la parte actora acreditar, en primer lugar, que la labor desempeñada por sus compañeros de trabajo es la misma y se lleva a cabo en idénticas condiciones. Lo anterior, dado que lo imprescindible es analizar en estos casos, si al existir una similar cantidad y calidad de trabajo, se remunera el servicio de forma diferente, de tal manera que, puesto el asunto en un plano comparativo, se permita deducir un obrar injustificado o discriminatorio por parte del empleador. Así, no es suficiente con demostrar que ocupan igual puesto y en la misma jornada, sino también que las condiciones de eficiencia también fueron iguales; de ahí que no baste establecer la eficiencia de la persona en el desempeño de su puesto, sino que menester es que tal eficiencia sea igual a la desplegada por la otra persona en

el mismo empleo. De no ser así, el principio de la norma legal precitada quedaría limitado "a puesto igual, salario igual".

Frente a este tópico, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado 24312 del 19 de mayo de 2005, señaló:

“ (...)por no ser de aplicación automática el precepto “a trabajo igual salario igual”, es que debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras.

Fueron en efecto las anteriores circunstancias las que analizó el ad quem y, sobre las cuales edificó su decisión, relativa a encontrar demostrado un fundamento razonable que justificaba la diferencia salarial existente entre PEDRO LUIS CÁRDENAS RAMÍREZ, y el aquí demandante, esto es, el nivel profesional de aquel, su condición de ingeniero electrónico y su experiencia, que le otorgaban una mayor capacidad y conocimientos frente a las de un técnico o asistente que desempeñara la misma actividad.”

Igualmente, en la sentencia del 17 de abril de 2012, radicado No. 34746, reiteró lo dicho en anteriores pronunciamientos, así:

“Sobre el particular, cabe precisar que aunque la igualdad en el cargo y en las labores como fuente de la nivelación salarial puede tener fundamento en otras fuentes normativas como convenciones colectivas en que así se pacte y en normas internacionales del trabajo (...), de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha explicado que no es suficiente para obtener una igualdad en el trato salarial (...)

A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó, en lo que es estrictamente pertinente a este asunto, lo que a continuación se transcribe:

(...) “Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

Con todo, el Tribunal no exigió a la actora una demostración de las condiciones en que se prestó el servicio en los términos sugeridos por la censura, pues, precisamente, encontró diferencias sustanciales tanto en las funciones desempeñadas por la actora y Luz Victoria Arcila Duque, como en las responsabilidades laborales que a cada una de ellas correspondía, análisis probatorio que luce ajustado...

Por otro lado, asevera el impugnante que el trabajo por cotejar debe ser mirado de manera genérica y, en cuanto a las funciones de los

trabajadores comparados, no deben ser ellas específicas, sino que su análisis se ha de efectuar de manera amplia. Sobre el particular, importa advertir que esa manera de ver el principio de igualdad salarial no se corresponde con su esencia ni con las normas legales que, en lo relativo a los trabajadores oficiales, lo desarrollan. Lo que en últimas se pretende con esa equivocada hermenéutica es establecer un igualitarismo salarial por la simple equivalencia en los cargos desempeñados, dejando de lado que, como quedó visto, la ley laboral permite para ese evento razonables diferencias en la retribución, en cuanto no comporten una discriminación por razones de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

Sostiene también el impugnante que una vez acreditado por el trabajador que desempeña la misma clase de trabajo que otros que reciben una mayor retribución, su capacidad laboral debe presumirse, sin perjuicio de que el empleador acredite las razones para la existencia de una remuneración diversa. No encuentra la Corte fundamento jurídico en la presunción alegada por el censor, pues la aptitud laboral de un trabajador que pretenda una nivelación salarial es cuestión que debe establecerse de manera individual, de tal modo que pueda ser comparada con la de su compañero de labores a cuya misma retribución aspira; por manera que no es dable demostrarla a través de suposiciones genéricas.

No obstante lo anotado, encuentra la Sala pertinente apuntar que el juzgador de segundo grado no se equivocó al estimar que la mayor antigüedad del trabajador al que reemplazó la actora, corresponde a un factor indicativo de que no hubo la discriminación salarial que se aduce, habida consideración de que la jurisprudencia en torno al tema de la igualdad salarial ha sido uniforme y reiterada en punto a que ésta ópera frente a condiciones de eficiencia equivalentes y que, precisamente, la antigüedad influye necesariamente en las condiciones del trabajador en aquellos casos en que es objetivamente importante la capacidad que se aduce y la tranquilidad que inspira el trabajador preparado, de tal suerte que se ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.”

Ahora bien, en torno a la carga probatoria en este tipo de procesos, se tiene por sentado que la misma gravita en cabeza del trabajador quien debe probar que existen otros trabajadores que desempeñan el mismo puesto con similares funciones y eficiencia, la misma corporación en sentencia CSJ SL 4349-2017 sostuvo:

“Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto: Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro

trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575” (subraya del despacho).

Ahora, con el fin de dilucidar lo anterior, procede este Despacho a verificar si en el acervo probatorio obran pruebas que respalden lo mencionado por el actor.

- ✓ Contrato de trabajo suscrito entre las partes el 1 de octubre de 2012, donde se indica que el actor desempeñará el cargo de AUXILIAR DE CORRESPONDENCIA (Fl. 44 Archivo1)
- ✓ Certificación salarial de marzo de 2016 proferida por la entidad encartada al señor LUIS ALFONSO BERRIO ARNEDO quien ostenta el cargo de auxiliar de correspondencia mediante contrato de obra o labor determinada, y devengaba los siguientes salarios: del 3 de julio de 2012 al 26 de junio de 2013, devengó una suma de \$1'279.950; del 27 de junio de 2013 al 31 de diciembre de 2012 devengó una suma de \$1'331.400 y del 7 de enero de 2014 al 6 de enero de 2016 devengó una suma mensual de \$1'557.530 (Fl. 52 archivo 1)
- ✓ Certificación salarial de abril de 2016 proferida por la entidad encartada a la señora DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN, quien ostenta el cargo de auxiliar de correspondencia mediante contrato de obra o labor determinada y devengaba los siguientes salarios: del 3 de julio de 2012 al 26 de junio de 2013, devengó una suma de \$1'279.950; del 27 de junio de 2013 al 30 de diciembre de 2012 devengó una suma de \$1'331.400 y del 7 de enero de 2014 al 6 de enero de 2016 devengó una suma mensual de \$1'557.530 (Fl. 53)
- ✓ Certificación laboral del 14 de marzo de 2018 proferida por la encartada al promotor en la que indica que para el año 2018 percibía la suma de \$787.513, más 1% del salario, correspondiente a \$7.875. (Fl. 54 archivo 1)
- ✓ Certificación salarial proferida por la directora nacional de gestión humana de la encartada en la cual relaciona la nómina de las personas que actualmente desempeñan el cargo de auxiliar de correspondencia a nivel nacional, de la cual se desprende que la asignación salarial de la mayoría de los trabajadores que desempeñan dicho cargo en Bogotá en el año 2020 es de \$877.803, sin embargo, el demandante tiene una de las remuneraciones más altas en cuantía de \$ 948.125 . Así mismo, se corrobora que en la actualidad no desempeñan el mentado cargo ni DIANA DEL PILAR GAMARRA ni LUIS ALFONSO BERRIO (Fl. 16, carpeta 3, archivo 2)
- ✓ Desprendibles de nómina del señor HERNÁN DE JESÚS ZAMARRA PARRA, donde se indica que laboraba como “AUXILIAR DE CORRESPONDENCIA” y de la señora DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN, donde se indica que trabajaba como “AUXILIAR NIVEL 1 / ROL PAQUETER. (Fls 17 a 22, carpeta 3, archivo 2)
- ✓ Soportes de su desvinculación por la culminación de la obra o labor contratada y su reintegro por orden judicial.
- ✓ Soportes de procesos disciplinarios y llamados de atención efectuados al demandantes.
- ✓ Frente a estos últimos, nada se logra determinar en torno al objeto del debate y por tanto, no haremos mayor mención a los mismos.

Aunado a ello en el curso del proceso se evacuó el interrogatorio de parte del promotor del juicio. En torno a la valoración del mismo y previo su análisis, resulta imperioso recordar que el objeto del interrogatorio es buscar la confesión de la parte, misma que se entiende respecto de las declaraciones que perjudican al declarante o que favorecen a la parte contraria acorde lo indica el artículo 191 del C.G.P. Las demás afirmaciones, son meras declaraciones de parte y por tanto, para que se les de validez en el juicio requieren contar con respaldo probatorio en otros medios probatorios, como de forma clara lo explica la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en la sentencia SL SL 16527 de 2016, explicó:

*“Y en lo que respecta al interrogatorio de parte que rindió el promotor del proceso (fls. 73 a 75), cualquier aseveración que lo favorezca se tiene como una simple manifestación de parte que requiere ser confirmada con otro medio de convicción, **toda vez que para que exista confesión se requiere que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan, pero a la parte contraria** (art. 195 del C.P.C. hoy 191 del C.G.P.), lo que no acontece en este asunto en relación con las súplicas atinentes a las indemnizaciones moratorias.”*

*En tal sentido, se tiene que el actor en su interrogatorio de parte confiesa que en la sede en la cual el labora existen otros trabajadores que devengan el mismo sueldo y desarrollan el mismo cargo. **Aclara que un día accedió al archivo de la empresa y pudo ver las hojas de vida de otros trabajadores como DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN y LUIS ALFONSO BERRIO ARNEDO, quienes, pese a ostentar el mismo cargo devengaban un mayor sueldo, pero también reconoce que ellos no trabajan en la misma sede sino en otra ciudad y que no sabe que ellos trabajaban directamente en los contratos de unos clientes en particular.***

*De esta manera de las pruebas arrimadas al proceso, se logra entrever que si bien el demandante logró acreditar que desempeña el mismo cargo que los señores DIANA DEL PILAR GAMARRA LEON y LEON ALFONSO BERRIO ARNEDO. **No logró probar que desarrollaran las mismas funciones, en iguales condiciones de eficiencia y en la misma región económica. Por el contrario, se logra entrever con el dicho del demandante en el interrogatorio de parte, que él mismo confesó que había una persona que desempeñaba sus mismas funciones y recibía la misma retribución salarial que él, asimismo, señala que desconoce las funciones que desempeñaban los compañeros respecto de los cuales alega que existen diferencias salariales y reconoce que estos no laboraban en la misma sede que el actor.***

De otra parte, de la certificación salarial proferida por la directora nacional de gestión humana de la encartada se evidencia que, en todo el país, el promotor tiene el segundo salario más alto en ese cargo a nivel nacional, por valor de \$948.125. De hecho, nótese que las certificaciones salariales aportadas visibles a folios 51 y 52 del archivo 1, correspondientes a DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN y LUIS ALFONSO BERRIO ARNEDO fueron expedidas en el año 2016 indicando los salarios devengados entre los años 2012 a 2014, mientras que la certificación expedida en favor del promotor fue expedida en el año 2018 y únicamente hace mención del salario devengado para ese año (Fl. 54 archivo 1), pero en ninguna de estas se especifica cuáles son las funciones que desarrollan los trabajadores. De igual forma se resalta que DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN y LUIS ALFONSO BERRIO ARNEDO, ni siquiera aparecen en el listado actualizado de auxiliares de correspondencia a nivel nacional en la actualidad y conforme el comprobante de nómina de enero y febrero de 2020 visibles a folios 18 y 22 del archivo 1, carpeta 3, la señora DIANA DEL PILAR GAMARRA LEÓN, ahora se desempeña como Auxiliar nivel 1/Rol paquete, y tiene un salario inferior. Luego, si bien no se desconoce que

*los trabajadores respecto de los cuales el promotor pretende el día de hoy se acceda a la nivelación salarial, en efecto y por lo menos, para el año 2016, desempeñaban el mismo cargo que hoy desarrolla el actor **no es posible determinar que el demandante se encuentra en las mismas condiciones laborales que los demás auxiliares de correspondencia, pues ni siquiera hay forma de determinar que hayan desarrollado idénticas funciones en iguales condiciones de eficiencia, máxime que si el mismo demandante reconoce que estos no eran trabajadores en la ciudad de Bogotá, es claro que no trabajaban en la misma región económica como lo alude la ley 6 de 1945, como presupuesto indispensable para acceder a la nivelación salarial, ni mucho menos que las condiciones de eficiencia fueran similares.** Bajo estos presupuestos de orden factico, no hay forma de colegir que sus funciones son equiparables y se generan, en igualdad de condiciones a las de aquellas personas que desempeñan esta labor, máxime cuando aquellos no laboran en Bogotá, sino que prestaron sus servicios en otras ciudades. Así las cosas, se concluye que la parte actora no cumplió con dicha carga probatoria, que además está establecida en el artículo 167 CGP, que resulta plenamente aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en procesos de esta índole. Conforme lo anterior, es preciso indicar que no se suministraron elementos de juicio con la suficiente contundencia que permitiera verificar que, en efecto, el promotor cumplía funciones en la misma condición de cantidad y calidad que los demás, pues de hecho nada se dijo al respecto en el libelo genitor, ni mucho menos se probó en el juicio. Falencias que a la postre conducen indefectiblemente a que se produzca un fallo adverso a sus pretensiones. En tal sentido, no se logró acreditar que el demandante tenga derecho a la nivelación laboral pretendida en juicio y por ende la pasiva será absuelta, por lo que se declarara probada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido...”*

Como no se presentó recurso de apelación este Tribunal conoce el asunto en grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

En grado jurisdiccional de consulta, previsto en el artículo 69 del C P DEL T y de la S S, resuelve el tribunal el asunto sometido a su conocimiento.

Lo primero que precisa la Sala es que, desde la demanda y contestación, tal y como señaló la Juez, pudo establecerse la existencia del contrato vigente a la fecha de la sentencia, sobre lo que no hubo discusión.

En ese orden también y dada la naturaleza jurídica de la demanda, es que el principio, en el que se apoyan las pretensiones, esto es “a trabajo igual salario igual”; encuentra su apoyo legal en las normas propias de los trabajadores oficiales, tales como la Ley 6 de 1945, artículo 5 que lo consagra para estos servidores.

Ahora en cuanto a la carga de la prueba; la Sala hará algunas precisiones, advirtiéndole desde ya que la jurisprudencia se ha encargado de establecer a cargo de quien esta; en ambos casos sector privado y oficial, ya que se trata del mismo principio; señalando que corresponde al empleador; justificar la diferencia salarial, para trabajadores que no solo se encuentran contratados para desempeñar el mismo cargo, sino que cumplen, **las mismas funciones en las mismas condiciones de eficiencia.**

De vieja data y en sentencia ***Sentencia T-079 de 1995 la H Corte Constitucional señaló:***

“(…)

CUANDO PUEDE HABER DIFERENCIA SALARIAL TRATANDOSE DE UNA MISMA ACTIVIDAD LABORAL.

Hay situaciones en las cuales puede ser diferente la remuneración para trabajadores que desempeñan un mismo puesto, o cargo, en el mismo lugar, con la misma intensidad horaria. Esto ocurre porque la remuneración es:

"proporcional a la cantidad y calidad del trabajo" (artículo 53 de la Constitución del 91).

Estos factores cuantitativos y cualitativos no contradicen el principio de la igualdad porque, como ya lo dijo la Corte en la sentencia C-71/93, no hay que confundir la igualdad con el igualitarismo y el derecho a la igualdad implica hacer diferencias donde éticamente se justifiquen. Luego, si OBJETIVAMENTE un trabajador produce MAS y MEJOR que sus compañeros es justo que la retribución sea mayor. El mismo Código Sustantivo del Trabajo (hoy artículo 14 de la Ley 50 de 1990) establece:

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

(....)

(...)

-El Artículo 143 CST.: Establece los factores que deben tenerse en cuenta para equiparar el salario, en donde lo principal es la eficacia del trabajo.

Surge de esta enunciación la posibilidad de una acción para que los organismos jurisdiccionales coloquen al trabajador y su salario en la misma situación en que el principio legislativo los quiso colocar.

*Y al mismo tiempo surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando **la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.),** y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.*

El tratadista español Alfredo Montoya Melgar dice al respecto:

En cuanto compensación de un trabajo, la cuantía del salario ha de fijarse atendiendo a la calidad y cantidad de dicho trabajo, prohibiéndose las discriminaciones y tratos de favor basados en circunstancias personales, tales como sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, etc. (art. 17.1 ET); específicamente, el art. 28 ET dispone, en la línea del art. 35.1 Const., que el empresario está obligado a "pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario como por los complementos

salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo"; principio acogido en el Conv. de la OIT N° 100, en la Carta Social Europea, en el Tratado de la C.E.E. (art. 119) y Directiva de 102. 1975¹³ por otra parte, la legislación equipara los salarios de extranjeros y nacionales (art. 32 D. 1.119/1986, de 26.5).

(...)

(...)

(....)

La carga de la prueba del trato distinto, corresponde al empleador. Es una inversión del ONUS PROBANDI, en cuanto quien alega la vulneración del principio de igualdad no está obligado a demostrar que es injustificada la diferenciación que lo perjudica, esto ha sido aceptado por la Corte Constitucional en la sentencia T- 230 de 1994, anteriormente transcrita y es reiteradamente acogido por el Tribunal Constitucional Español¹⁴

En nuestra normatividad constitucional, esta apreciación sobre la carga de la prueba tiene su asidero en el artículo 13 de la C.P. que establece la igualdad y prohíbe la discriminación, sabio principio que es particularmente importante en el derecho laboral, por eso en cualquier contrato de trabajo, sea escrito o verbal va implícito el derecho fundamental que tienen todos los trabajadores a recibir trato jurídico igual para condiciones semejantes, salvo, como ya se dijo, que la diferenciación busque un fin constitucionalmente lícito, tenga respaldo razonable y esté objetivamente demostrado, en otras palabras: que la distinción no se convierta en discriminación.

En conclusión. Quienes tienen la carga de probar la inexistencia de la desigualdad o la razonabilidad y objetividad del trato diferente son los empleadores a quienes se les imputa la violación al principio de igualdad. El afectado con el real o presunto trato desigual sólo debe aportar el término de comparación.

También de vieja data, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Rad 44317 de diciembre 10 de 2014, MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, aclaró el tema de la carga de la prueba, en el que se deja definido que **es al empleador al que le corresponde justificar el trato diferente. Dijo la Corte:**

“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adocinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», **tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia.** Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adocinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática– de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. **En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba–, justificar la razonabilidad de dicho trato.**

¹³ Sobre la Directiva y Jurisprudencia. A. Montoya, J. Galiana y a. Sempere: Instituciones de Derecho Social Europeo, Madrid, 1988, págs. 20 y sigs. Cfr. también Ss. TJCE 4.2.88 (Caso Murphy) y 17.10.89 (caso Danfoss).

¹⁴ Ver Sentencias 38/81, 103/83, 81/82.

Proyectado lo anterior al caso bajo estudio, se tiene que el cargo desempeñado por ambos trabajadores fue el mismo, con idénticas funciones y responsabilidades y las mismas condiciones de modo, tiempo, lugar.

De ahí que por inversión de la carga probatoria, la entidad bancaria debió haber acreditado la justificación del trato salarial diferente.

Criterio este sostenido hasta ahora por esa alta corporación; en otras sentencias tales como por ejemplo en la SL 4825 Rad 69370 de noviembre 25 de 2020, en donde se reitera la SL14349 de 2017, que a su vez rememoraba la SL1503 de 2016 en el mismo sentido.

Con base en lo expuesto encontramos que para analizar la procedencia de nivelación salarial hay una carga atribuida al empleador, pero también una al trabajador, siendo este quien debe probar las funciones desarrolladas, o por lo menos en palabras de la CSJ, aportar **razonablemente indicios de un trato discriminatorio**.

En este caso y como se itera, acertadamente estudió la Juez, el trabajador no cumplió con dicha carga; reiterando pues así lo ha hecho la CSJ, que no solo y además le basta probar funciones similares o iguales, **también se debe demostrar que las condiciones de eficiencia son las mismas y si ello sucede el empleador deberá justificar el trato desigual**; esto es insiste la Sala lo que expresa la jurisprudencia, incluso en sentencias muy recientes, como la **SL1174 de febrero 9 de 2022 MP IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ**, en donde específicamente se estudió un caso de trabajador oficial, con apoyo en la Ley 6 de 1945 art 5; y en el que se insiste en la carga de la prueba a cargo del trabajador cuando la reclamada nivelación se funda en este principio.

Claro resulta así, que no es posible, ni siquiera se aproxima a un indicio razonable, lo expresado en la demanda, cuando por el contrario, lo confesado por el actor en su interrogatorio de parte, en cuanto al hecho que le hizo pensar que estaba siendo discriminado; -esto es haber visto dos hojas de vida-; en la que se describía el mismo cargo y se asignaba un salario mayor; sin siquiera saber que no laboraban en la misma ciudad y menos aún que tipo de funciones tenían como para concluir que tan siquiera eran similares; ni tampoco que como se señaló en la contestación de la demanda, que estos atendían unos contratos en particular.

Finalmente, conviene destacar que con la documental aportada, se logró establecer que incluso uno de los trabajadores con los que pretendió compararse, ya no desempeñan el cargo indicado, lo que contribuye a corroborar la inexistencia de prueba a cargo de trabajador antes mencionada.

Así las cosas, esta Sala considera que se exhiben como improcedentes las pretensiones del demandante y acertada la decisión de la Juez, resultado de un

juicioso estudio de la jurisprudencia y las circunstancias fácticas y probatorias del proceso.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes.

Sin COSTAS en el grado jurisdiccional.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2021-174-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GABRIELA AFANADOR FORERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora GABRIELA AFANADOR FORERO por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual, el 31 de julio de 1998, con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que se ordene a Porvenir traslade la totalidad del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en su cuenta individual a Colpensiones, que Colpensiones acepte el traslado y efectuar su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a recibir de Porvenir el ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en la cuenta individual. Por último, solicita se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió para los riesgos de vejez, invalidez y muerte al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de noviembre de 1993, hasta el 01 de mayo de 1994, que en el año 1998, los asesores del Fondo Privado Porvenir llegaron al Colegio Fundación Gimnasio Campestre para que sus empleados se trasladaran al Régimen de Ahorro Individual, que el asesor de Porvenir le señaló que lo mejor para su futuro pensional era realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual, le indicó que con el fondo privado podría pensionarse antes de cumplir los 55 años, que no le señaló que por estar casada su mesada pensional podría disminuir un poco, que el 31 de julio de 1998, firmó el formulario de vinculación con Porvenir.

Indica que la asesoría por parte fue tan nula que el formulario de afiliación quedó mal diligenciado, pues lo que existía realmente era un traslado de régimen pensional y no una vinculación inicial, que durante la vinculación con Porvenir no recibió ninguna asesoría donde compararan los dos regímenes pensionales, que nunca recibió por parte de los asesores de Porvenir, una asesoría personalizada sobre su situación, donde le indicaran que le convenía más para su futuro pensional, que Porvenir nunca le informó que tenía hasta la edad de 47 años para verificar si continuaba cotizando en el fondo privado o si decidía trasladarse al régimen de prima media con prestación definida.

Por último, refiere que el 17 de diciembre de 2020, radicó derecho de petición ante Porvenir solicitando simulación pensional, formulario de afiliación, historia laboral y expediente pensional, que mediante comunicado radicado No. 0100223025450500 del 08 de enero 2021, Porvenir realiza una simulación pensional, que el día 11 de diciembre de 2020, radicó solicitud ante Colpensiones para que se declarara la ineficacia de la afiliación por existir engaño y omisión de información por parte del fondo privado, con el fin de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

agotar la reclamación administrativa, que mediante oficio BZ2020_1276547-2659475, de fecha 11 de diciembre de 2020, Colpensiones negó la solicitud de traslado argumentando que fue se encontraba a menos de diez años para pensionarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los numerales 1, 13, 14 y 15 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Por su parte, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 6 y 13 a 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la Sentencia SL 373 de 2021, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora GABRIELA AFANADOR FORERO del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1º de agosto de 1998, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que el debate se centraba en determinar si resulta viable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante en el año 1998, a través de la AFP Porvenir. Señaló el Despacho que de acuerdo con la consulta del SIAFP, la demandante se afilió a Porvenir el 31 de julio de 1998, con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto de la misma anualidad.

Acorde a lo anterior, precisó que desde la expedición de la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el literal b) del artículo 13 de la misma norma, existía la obligación legal por parte de las AFP de brindar una información a los afiliados sobre el derecho que tienen a la elección libre y voluntaria de cada uno de los regímenes entre el RPM y el RAIS, de allí que dicho deber de información no sólo se contraía a la obligación contenida en el mentado artículo sino conforme se lee en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que señalaba en su redacción original de manera expresa que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, permitiéndoles a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado a los usuarios.

Luego, si bien es claro que la obligación se volvió más rigurosa con las leyes expedidas con posterioridad como la Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, es evidente que para la fecha de afiliación de la demandante en el año 1998,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ya existía una obligación legal para la AFP de brindar una información clara y suficiente para que la demandante tomara una decisión informada acorde a los parámetros del numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en concordancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Esta postura, guardaba congruencia con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que tiene decantado este tema desde el inicio en que abordó este tipo de asuntos y es así como si bien en una inicial postura la Corte indica que el incumplimiento del deber de información acarrea la nulidad del traslado de régimen pensional, y así se esboza en las Sentencias 31989 de 2008, 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, en tanto desde la Sentencia SL con Radicado 31989 de 2008, se indica *“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta del deber de información en que incurre la administradora, el asunto neurálgico como lo es el cambio de régimen de pensiones.”* Siendo del caso precisar que, a partir del año 2019, la Corte lo que indica es que el incumplimiento del deber de información no acarrea la nulidad sino la ineficacia del traslado, esta postura se encuentra incólume en la actualidad y se puede verificar, entre otras, en las Sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 373 de 2020, SL 373 de 2021, SL 1217 de 2021, SL 782 de 2021, y SL 1055 de 2022, providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, mediante la cual se subrogó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887.

Entorno a la ineficacia, en la Sentencia SL 4360 del 2019, se indicó que el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador, genera la ineficacia, por lo que cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así, de la línea jurisprudencial antes esbozada subyacen otras subreglas las cuales se contraen a los siguientes puntos: 1) El cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación; 2) La carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP; 3) No es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia; 4) No se requiere acreditar la configuración de un perjuicio; 5) El hecho que uno de los argumentos del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el RPM, ello no implica que no proceda la ineficacia por el incumplimiento del deber de información; 6) El incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia; 7) Aunque el afiliado se traslade entre AFPS, ello no desdibuja el incumplimiento del deber de información al momento en que se dio el traslado inicial.

Siendo ello así, vale la pena recabar que para la fecha en que se dio el traslado de la demandante, ya existía una obligación legal para la AFP de suministrar a la actora la información legal necesaria para que existiera transparencia en la decisión, brindándole a la afiliada los elementos de juicio claros y objetivos conforme lo establecía el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y si bien no existe tarifa legal, lo que quiere decir que la AFP podía acreditar por cualquier medio probatorio el cumplimiento de dicho deber, lo cierto es que, no se evidenciaba mediante ninguna de las pruebas allegadas a juicio que la AFP haya acreditado que, en efecto, a la señora Gabriela Afanador se le haya suministrado la información clara, suficiente y objetiva para que esta tomara una decisión consciente e informada frente a una decisión tan importante como la decisión de traslado de régimen pensional, pues es evidente que ella no contaba con los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión transparente frente a las diferentes opciones con las cuales contaba en el mercado frente a la administradora de fondos de pensiones.

De esta manera, había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, quedando únicamente por establecer las consecuencias jurídicas de dicha declaración, las cuales se contraen a la exclusión de todo efecto jurídico mismo del hecho del traslado y por ello en Sentencia SL 4609 de 2021, en la cual ratifica la Sentencia SL 2877 de 2020, y en estas sentencias ha explicado la Corte que la consecuencia de declarar la ineficacia es



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ordenarle a la AFP que traslade todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos bonos pensionales, rendimientos y cualquier suma que haya podido descontar durante la vigencia de la afiliación y que dichas sumas deberán ser debidamente indexadas al momento de ordenar su reintegro a Colpensiones.

Por lo anterior, se ordenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y bonos pensionales y lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluido los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago. Así mismo, los dineros devueltos deberán acreditar el número de semanas que hubiere cotizado la demandante en el RPM de haber permanecido en el mismo con el IBC reportado para cada período debidamente actualizado como lo establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, debiendo actualizar y normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones- SIAFP y entregar el archivo y el detalle de los aportes realizados durante su permanencia en el RAIS, conforme lo dispone el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016.

En cuanto a la excepción de prescripción, manifestó que así como el derecho a la seguridad social por mandato constitucional es de carácter irrenunciable y, por ende, imprescriptible como lo establece el artículo 48 de la Carta Política, también lo es el derecho del ciudadano a reclamar en cualquier tiempo la ineficacia del traslado de régimen pensional, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 1688 de 2019.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso que en este litigio funge como tercero de buena fe, por lo que difiere de las consideraciones del Despacho al no acreditarse la falta de información o la existencia de vicios del consentimiento que justifiquen invalidar y dejar sin efecto el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante Gabriela Afanador con Porvenir S.A., para julio de 1998. Por el contrario, este traslado de régimen pensional se dio de manera libre, consciente y voluntaria y la codemandada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir si cumplió con el deber de información que se exigía para la época del traslado y más aún cuando la demandante manifestó en su interrogatorio que se dio de manera libre, consciente y voluntaria y no fue suscrito bajo ningún tipo de presión.

Por lo tanto, solicita tener en cuenta todas y cada una de las particularidades del caso, conforme lo ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2016, que analizó la constitucionalidad del artículo 167 del CGP al facultar a los jueces para evaluar circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Por último, solicita tener en cuenta las calidades de Colpensiones y se dé aplicabilidad a la prohibición legal de traslado al tener en cuenta que la demandante supera la edad de pensión y su inconformidad radica en un tema netamente económico, por lo tanto es dable proteger el principio de la sostenibilidad financiera del sistema al afectarse gravemente con el retorno de la demandante a Colpensiones.

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió solicitando revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y proferir en segunda instancia sentencia de carácter absolutorio de todas las pretensiones de la demanda pues frente a la falta del deber de información que conlleva a la declaratoria de ineficacia del traslado o de la afiliación que hizo la demandante a Porvenir, petitiona no se confirme la decisión de primera instancia de declarar ineficaz el traslado teniendo en cuenta que no fue un traslado sino una vinculación inicial al sistema pensional, por lo cual entonces declarar ineficaz dicha vinculación es dejar a la parte demandante en una situación de inestabilidad y como ya lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en estos casos de vinculación inicial, es decir, cuando la demandante nunca estuvo afiliada al RPM no procede la declaratoria de ineficacia. Sin embargo, frente al deber de información Porvenir cumplió con el mismo con el alcance que para la época se requería para la fecha de la afiliación de la demandante para 1998, entonces la ley y la jurisprudencia han señalado que se está en el primer estado del deber de información donde basta con explicar las condiciones generales del sistema pensional, la cual se acredita con el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico. Dicha presunción no se ha desvirtuado a lo largo del proceso y además se debe tener en cuenta que para esta época este era el único documento que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se exigía a las AFP para entender no sólo como materializado sino como válido el traslado de régimen pensional.

Indica que se acredita con el interrogatorio de parte que sí hubo una asesoría previa al traslado de régimen pensional por parte de asesores de Porvenir y con la presunción que establece el artículo 9 del Código Civil, que señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio general del derecho que establece que una vez promulgada una ley esta se presume conocida por todos los habitantes del territorio colombiano, luego la información que la demandante hoy alega desconocer se encuentra establecida desde la Ley 100 de 1993, por lo que desde la promulgación de esta se presume conocida por la demandante y por cualquier habitante del territorio nacional.

Ahora bien, se condena a Porvenir a devolver lo correspondiente a gastos de administración y primas de seguros y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, que dicha condena no procede teniendo en cuenta que los gastos de administración y primas de seguros también en el RPM según el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100, se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que estas sumas en ninguno de los dos regímenes pensionales financian la prestación de vejez, y al no financiar la prestación de vejez nunca hacen parte integral de la pensión de vejez y por ello si están sujetos al fenómeno de la prescripción, por lo cual se equivoca el Despacho en primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Porvenir frente a estas sumas.

De igual manera, que ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones es configurar un enriquecimiento sin justa causa pues no existe ninguna norma que disponga dicha disposición, al contrario el artículo 113 literal b) de la Ley 100 menciona que lo único que se debe devolver en caso de traslado es el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que bien sea entonces de nuevo que los gastos de administración y las primas de seguros están destinadas a financiar la prestación del afiliado y, por ende, no pertenecen a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado. En consecuencia, no proceden estas condenas además porque entonces también tendría que condenarse a la parte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en tratándose de restituciones mutuas, en cuanto a la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula o inexistente está en la obligación de restituirlo, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

Por otra parte, teniendo en cuenta que si se declaró ineficaz la afiliación de la demandante a Porvenir, es decir, que si se deberían volver las cosas al estado anterior, si se determina que la demandante sí estuvo afiliada antes al régimen de prima media, la única consecuencia y condena lógica sería entonces obligar a Porvenir a devolver los correspondiente al capital y aquellos rendimientos financieros que se le hubiesen causado en el RPM, por lo que solicita compensar las condenas de gastos de administración, primas de seguros, reaseguros y la indexación de cualquier título con aquellos rendimientos financieros que se le generaron en el RAIS y que exceden a los que entonces se le hubieren generado en el RPM.

Que se equivoca el Despacho al condenar a Porvenir a devolver estas sumas debidamente indexadas, teniendo en cuenta que ya lo ha señalado el Tribunal Superior de Cundinamarca con ponencia del doctor José Alejandro Torres en Sentencia bajo Radicado 21111, por lo que condenar a Porvenir a devolver lo correspondiente a los rendimientos financieros y además condenarla a devolver estas sumas debidamente indexadas es una doble sanción, la cual no procede, así que bajo los supuestos que se encuentra condenada Porvenir en la sentencia de primera instancia no se encuentran acreditados.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora GABRIELA AFANADOR FORERO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 31 de julio de 1998, como se verifica de copia del mismo aportado por la AFP en mención al plenario digital.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Gabriela Afanador Forero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le indicaron un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Gabriela Afanador, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, al ser la AFP la entidad facultada para el efecto por su experticia, la que no se puede predicar del afiliado cuando indica esta AFP que el desconocimiento de la Ley, no sirve de excusa.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Colpensiones y Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información a la demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por esta como erradamente lo señala Porvenir S.A., ya que tal documental no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la demandante, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

En cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se afecta el principio constitucional mencionado, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrarán a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en recurso y alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló, alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que señaló:

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

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de los gastos de administración y las primas de seguro previsional, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado **de manera indexada**, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes de la afiliada.

Ahora bien, en cuanto a las restituciones que reclama Porvenir S.A., se tiene que para el presente no tiene cabida tal pedimento como quiera que observando la línea jurisprudencial a que se alude, el afiliado quien no recibió toda la información relevante a su traslado, no debe efectuar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

restitución alguna, no resultando aplicables los preceptos de la normatividad civil para el asunto bajo estudio.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 como lo afirma Colpensiones en recurso y alegaciones, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia; ya que contrario a lo indicado por Porvenir S.A., el traslado de la actora, no constituye un traslado inicial, pues conforme historia laboral aportada por Colpensiones, el último ciclo cotizado en el RPM, fue para mayo de 1994, data para la cual, **ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993** y habían sido creadas por virtud de esta las AFP privadas, por lo que la selección inicial de la demandante, operó inicialmente respecto del mismo RPM, al no probarse que manifestó su voluntad de no continuar en este, constituyendo un traslado de régimen el que realizó a Porvenir en 1998 y cuya ineficacia se confirma en esta oportunidad.

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

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 36202100174-01 Dte: GABRIELA AFANADOR FORERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES HUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2019-439-02 y 03

ASUNTO: APELACIÓN AUTO

DEMANDANTE: SANITAS SA EPS

DEMANDADOS: ADRES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

ACÉPTESE la renuncia presentada por la apoderada de CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASD S.A.S. y SERVIS S.A.S., en los términos del artículo 76 del CGP, aplicable por remisión normativa del artículo 145 del CPTSS.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023); previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto contra los autos proferidos por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de febrero de 2023, por medio de los cuales se negó el llamamiento en garantía hecho por la UT FOSYGA 2014 a ADRES y se declararon NO probadas las excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, falta de jurisdicción y competencia y cláusula compromisoria.

ANTECEDENTES

La EPS SANITAS demandó a ADRES para obtener el reconocimiento y pago de las sumas de dinero que fueron asumidas por esta y que están relacionadas con cobertura de medicamentos no incorporados al POS. (Expediente Digitalizado).

La competencia fue asignada a la jurisdicción ordinaria laboral por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de junio 28 de noviembre de 2019, la misma que obra en expediente digitalizado.

ALEGACIONES

Durante el término concedido para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la apoderada de CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASD S.A.S. y SERVIS S.A.S., solicitando se acceda al llamamiento en garantía negado.

DECISIONES DE PRIMER GRADO

En audiencia de que trata el artículo 77 CPTSS, el juez de conocimiento, **negó el llamamiento en garantía** realizado por la UT FOSYGA 2014 a ADRES; como fundamento de su decisión señaló que, en los términos del artículo 64 del CGP, dicha figura del llamamiento en garantía, sólo podía ser invocada por quien ostente la calidad de parte en el proceso, admitiendo esta figura, que en el caso de existir un tercero no vinculado al proceso con responsabilidad, pueda asumir las cargas de una sentencia condenatoria que lo pueda afectar; que se había vinculado como llamado en garantía a las sociedades que integran la UT Fosyga 2014, a efectos de determinar si estas debían asumir alguna carga en caso de ser impuesta a la demandada ADRES.

Afirmó que el ordenamiento procesal, no contemplaba llamamiento en garantía en reconvención, ya que la relación existente entre el llamante y el llamado, se ventilaban dentro del llamamiento inicial, no habiendo lugar a admitir este por cuanto las sociedades que integraban la UT Fosyga 2014, no habían sido convocadas como codemandadas respecto de la ADRES, siendo esta la única convocada a juicio en calidad de demandada.

En cuanto a la excepción que resolvió declarar **no probada la excepción de inepta demanda**, refirió el juez que, para que prosperara dicha excepción, las súplicas de la demanda, debían ser excluyentes entre sí, no encontrando el despacho que las mismas para el caso bajo estudio fueran excluyentes, pues se reclamaban unas indemnizaciones tarifadas con base en los valores recobrados, circunstancia de la que no se advertía incompatibilidad de las pretensiones, estudio que había efectuado el despacho de la demandante encontrando que cumplía con los presupuestos del artículo 25 del CPTSS y condenó en costas al excepcionante.

En lo referente a la excepción de **falta de jurisdicción y competencia** formulada por la demandada ADRES y la llamada en garantía UT Fosyga 2014, el juzgado de conocimiento negó la misma argumentando que, resultaba suficiente remitirse a la decisión emitida por el Consejo Superior de la Judicatura emitida el 28 de noviembre de 2019, en el marco de la resolución de conflicto de competencia, en la que asignó el conocimiento del asunto a ese despacho judicial, por lo que mal haría en desconocer esa decisión definitiva, pues de hacerlo y remitir el proceso a otra autoridad judicial, estaría yendo en contravía de una decisión notificada, lo que implicaba incurrir en una causal de nulidad de la actuación.

Frente a la excepción de **cláusula compromisoria**, la negó con fundamento en que, en el artículo 131 del CST se establecía lo referente a la cláusula compromisoria y analizada la cláusula décimo octava del contrato se establecía que se pactó el sometimiento al Tribunal de Arbitramento, las controversias surgidas con ocasión a la ejecución y liquidación del contrato que habría existido entre la Adres y las llamadas en garantía, no advirtiéndose que la controversia fuera relativa a la ejecución del contrato sino a los efectos que la demandante podía derivar respecto de la demandada ADRES y de contera una eventual responsabilidad de las llamadas en garantía frente a la entidad demandante y la cláusula compromisoria no se establecía para efectos indemnizatorios respecto de terceros ni para demandas instauradas por estos.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión que negó **el llamamiento en garantía**, la apoderada de la UT Fosyga 2014, señaló que este era procedente y que se cumplían los presupuestos del artículo 64 del CGP, pues el pago de los recobros debatidos constituían un derecho legal, existía un derecho contractual fijado en el contrato 043 de 2013 y el artículo 65 señalaba la posibilidad de exigir el llamamiento en garantía, no sólo respecto de terceros sino de cualquier otra parte y el 66 del mismo estatuto, indicaba que no será necesario notificar personalmente al auto que admite el llamamiento, cuando actuara como parte en el proceso o como representante de alguna de estas.

La demandada **ADRES**, recurrió la decisión que declaró **no probada la excepción de inepta demanda**, parcialmente, señalando que no debía ser

condenada en costas ante la negativa de declarar probada la excepción, ya que dicho medio exceptivo iba encaminado a que se hiciera una corrección de las pretensiones, pues conforme la cuerda procesal del asunto, no daba lugar a reconocer un daño antijurídico como lo planteaba la parte demandante, si bien se perseguía el reconocimiento de una indemnización, se pretendía con la excepción, realizar dicha corrección.

En lo referente a la decisión que tuvo por **no probada la excepción de falta jurisdicción y competencia**, recurrió el apoderado de ADRES, indicando que con auto 389 de 2021 expedido por la Corte Constitucional, al resolver conflicto de competencia suscitado entre la Jurisdicción Laboral y la Contencioso Administrativa, al analizar una demanda similar, la Corte concluyó que lo recobros relacionados con servicios y tecnologías en salud, incluidos en el POS, correspondían a los jueces de lo contencioso administrativo por virtud de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de este tipo de acciones, se cuestionaba por parte de la EPS un acto administrativo proferido por la ADRES, no relacionándose en estricto sentido con controversias propias de la seguridad social, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del CPTSS, tratándose de litigios relativos a servicios ya prestados, que no vinculaban afiliados, beneficiarios, usuarios o empleadores y esta corporación con fundamento en dicha decisión, había declarado su falta de jurisdicción y competencia en asuntos como este.

Que en cuanto al conflicto ya resuelto, la CSJ en auto de radicación 89349, al resolver recurso de casación adelantado por Aliansalud contra ADRES, sostuvo que existía una clara vulneración al debido proceso, al no ser el juez natural el que había resuelto las instancias, ya que dicha competencia radicaba en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no a la ordinaria laboral y si bien el Consejo Superior de la Judicatura, había asignado tal competencia a esta última jurisdicción, al dirimir conflicto negativo, dicha decisión era posterior al AL 02 de 2015, en virtud del cual, se había asignado a la Corte Constitucional, dirimir los conflictos de competencia.

La apoderada de Fosyga 2014, recurrió dicha decisión respecto de la **condena en costas**, señalando que, la competencia en estos asuntos, no correspondía a un tema pacífico en la medida que se habían proferido distintos pronunciamientos al respecto, el más reciente el auto AL 4122 de 2022, continuando actualmente presentando diferentes posturas al respecto.

En cuanto a la excepción de **cláusula compromisoria**, afirmó que la jurisdicción competente para conocer del asunto, era el Tribunal de Arbitramento, ya que existía una cláusula que indicaba que cualquier controversia que surgiera con ocasión del contrato 043 de 2013, sería resuelta por este.

CONSIDERACIONES

A fin de resolver los recursos de apelación, la Sala se referirá en primer lugar a la decisión mediante la cual se dispuso la negativa **al llamamiento en garantía** invocado por la UT Fosyga 2014 a la demandada ADRES.

Al respecto se tiene que el llamamiento en garantía se encuentra contemplado en el artículo 64 del Código General del Proceso, norma que lo define como una facultad que le asiste a ***“quien tenga derecho legal o contractual de exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”***.

Esta disposición aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que las previstas para su trámite, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional *“debe concebirse como un instrumento procesal creado por el legislador con la finalidad de concretar el principio de la economía procesal, para vincular al proceso como parte a un tercero interviniente que, desde cuando se admite la solicitud por parte del juez, queda vinculado de manera forzosa a lo que se resuelva en la sentencia”*.

El tema del llamamiento en garantía en materia laboral ha sido tratado por la H Corte Suprema de Justicia, aceptando la procedencia de esta intervención- antes de la expedición del CGP, denominados terceros, ahora otras partes-; cuando se trata de situaciones en que se aseguran riesgos derivados de normas del CST, lo que no excluye en principio este caso, en donde se asignó la competencia a esta jurisdicción.

Ahora bien, aunque procedente- se itera-. en materia laboral; solo lo es cuando se cumplen los requisitos de la norma, esto es el artículo 64 del CGP; requisitos, que tal y como señaló el Juez de primera instancia no se dan en este caso específico.

Lo anterior por cuanto la vinculación al trámite procesal de ADRES, se dio por cuenta de ser convocada como **demandada** en este, siendo improcedente que esta llamada en garantía pretenda bajo la misma figura llamar a una entidad que **ya se encuentra vinculada al trámite procesal** como demandada, de manera que, las responsabilidades atinentes a la pasiva y a la llamada en garantía, en caso de una eventual condena, será objeto de pronunciamiento en la sentencia que ponga fin al proceso, sin que la negativa a convocar como llamada en garantía a una entidad que ya hace parte el debate procesal, impida referirse al respecto, pues en virtud del mismo llamamiento que realizara ADRES a la UT recurrente, es que se definirá la eventual relación y responsabilidad de estas de proferirse sentencia condenatoria, resultando a todas luces improcedente el llamamiento que denomina la llamada en garantía como *llamamiento en reconvención*, figura que como bien lo indicó el juzgador de primer grado, no se encuentra prevista en el ordenamiento procesal.

En lo referente al recurso planteado respecto de la **excepción de falta jurisdicción y competencia**, sea lo primero advertir, que cuando el Consejo Superior de la Judicatura en virtud de lo ordenado en la Ley dirimía un conflicto de competencias y lo asignaba a una autoridad judicial, independientemente de cual fuera, esto es en la misma o diferente jurisdicción, ello antes y ahora constituye **cosa juzgada y por tanto no es posible desconocer lo allí ordenado y fue esto lo que justamente sucedió en este caso en que se resolvió conflicto negativo de competencias entre la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción ordinaria laboral, mediante auto de 28 de noviembre de 2019; asignándosela a esta última.**

Es más, en esa oportunidad la demanda se presentó como aprobación de conciliación, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por recobros, por concepto de suministro de medicamentos, servicios ordenados por tutela no incluidos en el POS, siendo asignada al Juzgado 63 administrativo oral del Circuito de Bogotá, despacho que declaró mediante auto de 21 de agosto de 2019 la falta de jurisdicción enviándolo a los juzgados laborales, suscitándose así, el conflicto de competencia que finalmente fue dirimido mediante decisión del 28 de noviembre de 2019, asignándole la competencia para conocer del asunto al Juzgado 38 Laboral del Circuito, el que obedeciendo lo decidido admitió la demanda adelantando las actuaciones propias de este proceso ordinario, luego en virtud del principio de **perpetuatio jurisdictionis**, debe continuar y finalizar en ella, tal

como ha señalado la CSJ. (Auto APL4036 DE 22 de junio de 2017, con ponencia de la Dra MARGARITA CABELLO BLANCO.)

No sobra agregar que la Corte Suprema en sentencia de tutela **STL6738-2018 Radicación n.º 51022** del veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018) MP FERNANDO CASTILLO CADENA, agrega que variar la competencia contraría además el principio de confianza legítima. Allí se explicó:

Aunado a lo anterior, es claro que con la decisión censurada el colegiado también transgredió el principio de confianza legítima de las partes, el cual se fundamenta en que las actuaciones que surjan están precedidas de un sustento y de la garantía de su cumplimiento, tal como quedó consignado en la sentencia C-131 de 2004, oportunidad en la cual la Corte Constitucional, expresó:

[...] un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

Cabe precisar que el principio referido adquiere mayor relevancia en las actuaciones judiciales que desatan los citados conflictos de competencia, **pues el Estado, actuando a través de las autoridades judiciales, debe brindar la mayor claridad y seguridad a los asociados, quienes depositan su confianza bajo el supuesto de que la Administración procede con la seriedad y responsabilidad debida.**

Es así como, dicha decisión que resolvió el conflicto de competencia, no se puede desconocer como erradamente lo sostienen los excepcionantes, pues como ya se advirtió la competencia ya había sido asignado, constituye cosa juzgada y una decisión en ese momento legal y válida, sin perjuicio de las proferidas con posterioridad.

Ahora, en cuanto a la condena en **costas** que recurren la demandada y la llamada en garantía por haberse declarado no probadas la excepciones de inepta demanda y falta de jurisdicción y competencia, suficiente resulta señalar para su **confirmación** que como lo señaló la decisión recurrida, el inciso 2 del numeral 1 del CGP, consagra que se condenará en costas a quien se resuelva desfavorablemente entre otras, las excepciones previas,

situación que sin lugar a dudas es la que concurre en esta oportunidad, ya que las excepciones en comento, no salieron avantes, conforme lo señalado en esta providencia.

Por último, en cuanto a la excepción de **cláusula compromisoria**, respecto de la cual indica la llamada en garantía, que el asunto se debe someter al tribunal de arbitramento, por virtud de la misma contenida en la cláusula décimo octava del contrato No. 043 de 2013; basta con señalar que en dicho contrato se obligaron el Ministerio de Salud y Protección Social y la UT Fosyga 2014, sin que en el mismo haya intervenido la parte aquí demandante, lo que de entrada permite descartar la afirmación de la recurrente de que el asunto bajo estudio debe someterse al tribunal de arbitramento, pues la Eps Sanitas, no fungió en calidad de obligada y en ninguna otra en el contrato en mención.

Conforme lo señalado en apartes anteriores, se confirmarán las decisiones proferidas en audiencia llevada a cabo el 2 de febrero de 2023.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR las providencias objeto de recurso proferidas el 2 de febrero de 2023.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO