



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 25-2018-00535-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ
DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETERO
ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada (fls. 487 a 13), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ instauro demanda ordinaria laboral contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, debidamente sustentada

como aparece a folios 2 y 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que las convenciones colectivas de trabajo suscrita entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el Sindicato SINTRAFEC se aplica a todos los trabajadores.
2. Condenar a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.527.059 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2015.
3. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.565.388 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente a junio de 2016.
4. Condenar a la demandada a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.565.388 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2016.
5. Condenar a la demandada a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.775.603 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de junio de 2017.
6. Condenar a la demandada a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.775.603 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al mes de diciembre de 2017.
7. Condenar a la demandada a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$1.472.020 por concepto de prima extralegal de servicios correspondiente al periodo comprendido entre enero y mayo 31 de 2018.
8. Condenar a la demandada a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.508.440,40 por concepto de prima extralegal vacacional al noveno periodo comprendido entre agosto de 2015 y agosto de 2016.
9. Condenar a la demandada a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$2.638.975 por concepto de prima extralegal de vacaciones correspondiente al décimo periodo comprendido entre agosto de 2016 y agosto de 2017.
10. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la suma de \$1.472.020, o la mayor suma que se demuestre en el proceso por concepto de prima extralegal vacacional convencional proporcional al tiempo comprendido entre agosto de 2017 y mayo 31 de 2018.

11. Condenar a la demandada a pagar al CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ el reajuste de cesantías, teniendo en cuenta para ello la prima vacacional extralegal que también constituye salario.
12. Condenar a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ el reajuste de intereses a las cesantías.
13. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al actor la indemnización prevista en el numeral 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.
14. Condenar a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al demandante la suma diaria por concepto de indemnización moratoria, desde la terminación del contrato y hasta por 24 meses.
15. Costas procesales.

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** contestó la demanda (fls. 405 a 473), de acuerdo al auto visible a folio 474. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** que las todas las Convenciones Colectivas de trabajo suscritas entre la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA 'SINTRAFEC' se aplica para todos los trabajadores. **CONDENÓ** a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS a pagar a favor del señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ las siguientes sumas:

- \$11.624.219 por concepto de primas extralegales de servicio.
- \$3.562.593 por concepto de prima de vacaciones.
- \$551.618 por concepto de saldo de cesantías.
- \$66.193 por concepto de saldo de intereses a las cesantías

CONDENÓ a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ la indemnización moratoria equivalente al día de hoy, aclarando que dicha suma se pagará hasta por 24 meses o hasta cuando cancele las sumas adeudadas, lo que ocurra primero, los cuales al día de hoy equivalen a \$39.339.000 pesos. **CONDENÓ** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a pagar al señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ a pagar la indemnización del Núm. 4 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, es decir, al pago de los intereses legales por lo que se condenará a la accionada al pago de éstos sobre el saldo de las cesantías adeudado al trabajador, los cuales se liquidarán al momento de su pago. **EXCEPCIONES** dadas las resultas del proceso, se declaran no

probadas. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló el fallo proferido en primera instancia:

- 1. BENEFICIOS CONVENCIONALES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la Federación Nacional de Cafeteros al pago de las primas extralegales de servicios, prima extralegales de vacaciones, cesantías e intereses a las sentencias, toda vez que de conformidad con el artículo de la Convención Colectiva del Trabajo de 1965 previó que los beneficios convencionales se harán extensivos a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de los trabajadores de los almacenes de depósito del Café ALMACAFE SA, sin embargo éste artículo se proyectó en todas las convenciones posteriores, hasta el Laudo Arbitral de 1986, aparece literalmente que la CCT se hará extensiva a todos sus trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, sin embargo en el año 1988 cuando se suscribió la CCT 1988, en ese momento las partes observan que el Sindicato SINTRAFEC comienza a ser minoritario, porque se hace el estudio de la afiliación, se dan cuenta que solamente el total de los trabajadores está afiliado al sindicato el 23% y que ha venido decreciendo la afiliación desde el año 1988 hasta el momento actual que es del 5,9% de los afiliados. Por ese motivo, desde el año 1988, a los trabajadores que ingresaran a la Federación Nacional de Cafeteros, como fue el caso del demandante, no le asiste el derecho de la extensión de los beneficios convencionales por ser SINTRAFEC un sindicato minoritario, no obstante el 15 de septiembre de 2017, el demandante se adhirió expresamente a los beneficios convencionales y el 9 de noviembre de 2017, se afilió a SINTRAFEC, por lo que la demandada le comenzó a aplicar los beneficios convencionales a partir del mes de octubre de 2017, y precisamente en esa carta de octubre de 2017 donde se adhiere a la beneficios convencionales se autoriza a la Federación Nacional de Cafeteros a descontar la cuota sindical, por lo que la accionada siempre ha tenido el convencimiento de que ha actuado legalmente, es decir, que aquellos trabajadores no sindicalizados, que ingresaron a la Federación Nacional de Cafeteros con posterioridad al año 1988 no les asiste el derecho convencional. Lo anterior, conforme el artículo 3 de la CCT 1996 y 1998, las

partes acordaron que los aumentos que se pacten para los trabajadores beneficiarios de la CCT, no podrán ser inferiores en un futuro a los incrementos generales que se determinen para el personal que no se rija con la CCT. De igual forma, en el párrafo segundo del artículo 1º de la CCT de 1998, última convención colectiva suscrita con la organización sindical SINTRAFEC, pactaron que para el año 1999 las empresas incrementarán el 1º de enero, el salario diario mensual de los trabajadores que se beneficien de dicha convención en el porcentaje equivalente a la variación del índice de precios al consumidor IPC Nacional, correspondiente al año 1998, certificados por el DANE o la entidad que haga sus veces, este incremento no podrá ser inferior a que la empresa determine de forma general para el personal que no se fija por la CCT. De lo anterior se colige que, la cláusula de aplicación de la Convención Colectiva del Trabajo a todos los trabajadores de las empresas, acordada en la CCT 1965 desapareció en la CCT de 1988 – 1990, cuando SINTRAFEC comenzó a ser un sindicato minoritario, no volviendo a aparecer en las CCT posteriores, aceptando el sindicato con las CCT de 1996 y 1998, que en la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y los Almacenes Generales de Depósito de Café SA, laboran trabajadores que legalmente no se benefician de la CCT, que son todos aquellos que han ingresado a laborar a la Federación Nacional de Cafeteros con posterioridad al año 1988, y que no se han afiliado al Sindicato o no se han adherido expresamente a los beneficios convencionales.

2. **BUENA FE EN EL ACTUAR DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS:** Señala en relación con la buena fe propuesta en la contestación de la demanda, que todos los actos de la Federación Nacional de Cafeteros siempre han estado ceñidos a los postulados constitucionales de la buena fe, característica que es paradigma de ejecutoria de todos sus actos. En cuanto al principio de buena fe la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 14 de 1987 *“la jurisprudencia de esta sala en torno del artículo 65 del código sustantivo del trabajo ha precisado que éste no es de aplicación automática y en consecuencia la condena correspondiente debe obedecer a una sanción impuesta a la conducta patronal carente de buena fe que conduce a la ausencia o deficiencia en el pago de las sumas salariales o prestacionales, luego ante la aceptación por el fallador de la existencia de una deuda de tal natural de tales naturalezas la absolución es posible si se ha demostrado una conducta de buena fe por parte de la entidad empleadora mediante la presentación de razones atendibles que conduzcan a demostrar*

que ciertamente creía no deber”, al respecto indica que la Federación Nacional de Cafeteros fue diligente en el pago de todos los salarios y prestaciones sociales del actor, conforme a la cláusula segunda del contrato de trabajo a término fijo suscrito el 1º de agosto de 2007, que fue ley para las partes, por lo tanto tiene que cumplirse, además por cuanto desde la celebración del contrato, hasta la fecha el demandante nunca manifestó inconformidad alguna por la aplicación de la cláusula segunda del contrato de trabajo que suscribió con la Federación Nacional de Cafeteros, por tal motivo no se puede pregonar que la Federación Nacional de Cafeteros haya actuado de mala fe, en relación con el demandante.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el artículo 40 de la convención Colectiva del Trabajo continuó surtiendo efectos para las fechas en que el actor prestó sus servicios a la demandada o si, por el contrario, dicha cláusula fue derogada «*tácitamente*» por los acuerdos convencionales suscritos con posterioridad a 1988, que es la tesis de la entidad demandada. **2.** Sí la Federación actuó de buena o mala fe a efectos de que sea condenada a la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, así como el establecido en el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No es objeto de controversia en esta instancia que el señor CARLOS ANDRES QUINTERO DIAZ laboró para la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS desde el 1º de agosto de 2007, mediante contrato de trabajo a término fijo de duración de un (1) año, desempeñando el cargo de operador, hasta el 31 de mayo de 2018,

percibiendo como último salario la suma de \$1.005.643 (fl. 31), hechos que no solamente fueron aceptados en la contestación de la demanda, sino que se acreditan con la documental vista a folios 22 a 30 del plenario, correspondientes a la copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, y otro sí al mismo.

APLICACIÓN CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO AL ACTOR:

Sea lo primero indicar que la convención colectiva de trabajo tiene, en principio, un campo de aplicación que está determinado por la ley, lo cual se desprende de los artículos 470, 471 y 472 del CST. Pero ese marco legal no excluye lo que sobre el particular convengan los contratantes, pues nada ilícito habrá en un consenso en tal sentido, en tanto con ello no hay vulneración alguna del orden legal.

A efectos de resolver, cabe indicar que el artículo cuadragésimo de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A "ALMACAFE" Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA "SINTRAFEC" para los años 1965 (fl. 83) estableció:

"La presente Convención colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y de la SOCIEDAD ANÓNIMA DE ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A "ALMACAFE".

Como quiera que para la demandada existe discusión, frente a la existencia y vigencia de la cláusula convencional, resulta necesario revisar el tránsito histórico de las convenciones colectivas posteriores.

De las pruebas allegadas al expediente, a folios 68 a 381 obra la convención Colectiva de trabajo vigente para los años para los años 1988- 1990, que no se refirió expresamente a la disposición analizada, para disponer su derogación, modificación o reproducción. No obstante, en su artículo 13, dispuso que los derechos, prestaciones legales y extralegales del trabajador que venían siendo reconocidos por la empresa mantendrían su vigencia, siempre y cuando no fueran modificados por sus disposiciones.

A folios 180 a 237 obra la convención Colectiva de trabajo vigente para los años 1978 y 1980, que nuevamente omite referirse expresamente a la disposición analizada, para disponer su derogación, modificación o reproducción. Sin embargo, en su artículo 30, dispuso que los derechos, prestaciones legales y extralegales del trabajador que venían siendo reconocidos por la empresa mantendrían su vigencia, siempre y cuando no fueran modificados por sus disposiciones.

Adicionalmente, a folios 180 a 326 obra las convenciones colectivas vigentes para los años 1978 – 1980; 1980 – 1982; 1982 – 1984; 1984 – 1986; el acta de acuerdo parcial y el laudo arbitral vigentes para los años 1986 – 1988; la convención vigente para los años 1990 – 1992; a 1992 – 1994, a 1994 a 1996; a 1996 – 1997; y finalmente la vigente para los años 1998 – 1999. Sin que de la revisión de dicho instrumentos, se encuentra acuerdo o pacto alguno referido a la disposición en comento, ni se suprimió, modificó o reprodujo. Por otra parte, en esto se previó que las estipulaciones de convenciones o laudos anteriores continuarían vigentes, en tanto no fueran modificadas, derogadas, sustituidas o acordadas en sus disposiciones.

Ahora bien, de lo expuesto, para la Sala, el juez acierta al inferir que la disposición analizada continúa vigente, en tanto nunca fue derogada expresamente por las disposiciones convencionales posteriores. Igualmente, en la medida en que cada convención y laudo arbitral salvaguardó la vigencia de las disposiciones que no fueran tratadas expresamente en sus artículos.

Tal regla emana del mismo consentimiento expresado por los contratantes en cada convención, sino que también se corresponde con la efectividad de los derechos y garantías laborales, así como con principios tales como la irrenunciabilidad de beneficios y garantías mínimas y la prohibición para la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, de menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores (art. 53 de la C.P.).

Igualmente, en tanto, como bien lo señala el juez de instancia, la expiración de los beneficios o garantías convencionales, legalmente sólo puede operar por la mutua voluntad de las partes expresamente sentada; por medio de denuncia de la convención o; por medio de su revisión cuando sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica (artículo 480 del C.S.T.).

Ahora bien, vale la pena traer a colación la sentencia SL4613 con Rad. 53842 de 2019 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó que, cuando el empleador acepta y se obliga a aplicar a todos los trabajadores de su empresa los beneficios convencionales y esa disposición forma parte del contenido del contrato de trabajo por mandato legal (artículo 467 CST), por más que su voluntad sea expresada de manera libérrima, que no es el caso de lo contemplado en la cláusula 31 en comento, no le quita con ello su naturaleza de bilateralidad o consensualidad, tal como explicó la el máximo Tribunal en detalle en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, que se reitera en la sentencia en cita, cuando al decidir el mismo problema jurídico, consideró:

“Es que jurídicamente debe aceptarse que el sindicato o los trabajadores protagonistas de un conflicto colectivo que culmine con la expedición de una convención colectiva o un pacto colectivo, pueden estar interesados en que el convenio que se suscriba por la autocomposición, no se extienda más allá de lo que la ley señala si consideran que con ello pueden fortalecer su unidad como trabajadores, o también pueden hacer conflictivo ese punto incluyéndolo en el pliego de peticiones, si igualmente estiman que con ese proceder se acentúa la unidad de los asalariados.

En este orden, cuando sucede lo último, es decir que el campo de aplicación es uno de los temas del pliego de peticiones y por ende del conflicto, las partes pueden convenir libremente su extensión a otras personas que no están comprendidas dentro del marco legal, como también puede ocurrir que los contratantes decidan, sin ser objeto del conflicto, hacer esa misma extensión y dejar consignada esa voluntad en el respectivo acto jurídico contractual.

Cuando así sucede, en uno u otro evento, de la convención colectiva o el pacto colectivo surgen unas consecuencias también señaladas por la ley. De allí que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, al definir la convención colectiva de trabajo, señala que ésta “fijará las condiciones de los contratos de trabajo durante su vigencia” y ello implica, como lo ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina, que las cláusulas denominadas normativas se incorporan a cada uno de los contratos de trabajo existentes en la empresa o establecimiento y por tanto forman parte integral de dichos acuerdos individuales. En otras palabras, cuando el empleador se obliga a aplicar los beneficios convencionales a todos sus trabajadores, crea a favor

de éstos un derecho individual, al cual, es cierto, pueden renunciar, que mientras esto no ocurra resulta imperativa su aplicación.

Es claro, entonces, que ese derecho no surge, como lo da a entender la censura, de la sola voluntad libérrima del empleador, sino del convenio que celebra con el otro contratante. Pues debe entenderse que confluyen las voluntades del uno y del otro y sus alcances, bien pueden fijarlos ellos, con las precisiones que estimen convenientes.

Pero aun cuando es verdad indiscutible que la voluntad en un contrato debe ser libre y sin presión de ninguna especie, al aceptarla en igual forma el otro sujeto contractual, bien puede afirmarse que es del correspondiente instrumento de donde surgen las obligaciones, el cual celebrado acorde con el ordenamiento jurídico se convierte en ley para los contratantes.

*Entonces, plasmada en la convención colectiva de trabajo la voluntad de las partes contratantes, no es dable jurídicamente que una de ellas, en este caso la empleadora, unilateralmente decida desconocer lo pactado. **Ese acuerdo, que implicó la obligación de aplicar a todos los trabajadores, continúa rigiendo hasta cuando por uno de los eventos señalados en la ley, entre ellos, el acuerdo de las partes, decidan finiquitarla, lo que no ha sucedido en el caso de la cobertura prevista en la citada cláusula 31. Todo lo contrario, como lo dio por demostrado el Tribunal y lo reiteró esta Sala al estudiar el cargo que precede, dicha cláusula continuó vigente.***

Igualmente, resulta pertinente recordar que la convención colectiva de trabajo es una institución *sui generis*, pues si bien tiene origen contractual y se rige en principio por las normas que regulan las obligaciones y los contratos, también tiene unas particularidades o características que le son propias y lo hace diferente de los contratos comunes. Una de ellas, tiene que ver precisamente con su vigencia, en tanto rige hasta cuando sea reemplazada por una nueva.

Sobre el particular, es oportuno recordar lo dicho en sentencia SL, 20 abr. 2010, rad. 35963, reiterada en la providencia anteriormente referida, cuando al efecto el máximo Tribunal precisó:

"(...) Basta decir que su existencia puede colegirse para el momento de la terminación del contrato de trabajo, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo.

El primero de dichos preceptos regula la llamada prórroga automática de los convenios colectivos de trabajo y consiste en que de no mediar la denuncia por una o por las partes del contrato dentro de los sesenta (60) días anteriores a la expiración de su término, éste se entiende prorrogado por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, contados desde el momento de su terminación, mientras que el segundo, que regula la figura de la denuncia, estipula que formulada la denuncia con el lleno de los requisitos exigidos, la convención "continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención".

Lo anterior implica que en estricto sentido, si bien la convención colectiva de trabajo tiene una vigencia que puede ser estipulada por las partes, o inclusive si no hay esa estipulación, fijada por la ley a través de los plazos presuntivos de seis (6) en seis (6) meses (Art.477 C. S. del T.), su terminación no se produce por el simple vencimiento del plazo pactado, pues en términos generales sigue rigiendo hasta cuando sea suscrita una nueva que la reemplace.

Por eso, si en un proceso se acredita la existencia de una convención colectiva como fuente de un derecho que se persigue dentro de la correspondiente causa, el juez laboral debe suponer siempre su vigencia, a menos que se demuestre que dejó de regir por haber sido sustituida por otra nueva, siguiendo al efecto los principios que rigen la clásica carga de la prueba en materia de obligaciones, pues de acuerdo con el artículo 1757 del Código Civil "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta".

La jurisprudencia en cita tienen perfecta aplicación al caso bajo estudio, en tanto no se discute que en el artículo 31 de la Convención Colectiva de Trabajo 1976-1978 la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia se obligó a aplicar los beneficios convencionales a **todos** los trabajadores, precepto que no fue derogado expresa ni tácitamente por las convenciones colectivas que se suscribieron con posterioridad. En consecuencia, dicho beneficio, por demás reiterado en el inciso 1º de la cláusula 16 de la convención colectiva de trabajo 1984-1986 (fl. 296 a 326), continúa surtiendo plenos efectos por voluntad expresa de las partes.

Ahora bien, la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990, que se repite en las disposiciones 16, 7, 8, 11 y 9 de las convenciones colectivas de trabajo vigentes entre el 1 de abril de 1990 al 31 de marzo de 1992, 1 de abril de 1992 al 31 de marzo de 1994, 1 de abril de 1994 al 31 de marzo de 1996, 1 de abril de 1996 al 31 de diciembre de 1997 y 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, respectivamente, que al efecto dice:

“(...) Retención para Sintrafec.

Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley.

Las dudas, vacíos o conflictos de normas en desarrollo y ejecución de la presente convención colectiva de trabajo se resolverán de acuerdo a la Ley.”

Al respecto, ha de traerse a colación lo adocinado en la sentencia SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, reiterado en la sentencia SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, motivo expreso del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, consideró en relación a la retención de la cuota sindical con destino a SINTRAFEC,:

“Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación

debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado."

Y es que en gracia de discusión, si bien el recurrente indica que desde el mes de octubre de 2017 el demandante se afilió al sindicato SINTRAFEC, no obra dentro del plenario la carta que aduce el recurrente de septiembre – octubre de 2017, sin embargo conforme los comprobantes de pago se observa que desde el mes de septiembre de 2017 (fl. 59), comenzó a efectuar aportes a SINTRAFEC, y es que de la disposición extralegal analizada, no puede inferirse que se derogó *tácitamente*, como lo aduce el recurrente, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales. Simplemente se refiere a que «*Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sinfrac se procederá de acuerdo a la Ley*».

De manera que, en realidad, tal estipulación, antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a «*todos los trabajadores*», como se dispuso en la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (f.º 173), disposición ésta que, como acertadamente lo consideró el Tribunal, continuó surtiendo plenos efectos con posterioridad al año 1988, lo cual se logra por disposición expresa de las partes sumergidas en cada uno de los conflictos colectivos suscritos en adelante.

Al efecto, basta transcribir la cláusula 13 del acuerdo convencional vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 (f.º 331), que se repite en las convenciones suscritas con posterioridad:

"(...) Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por la presente Convención Colectiva de Trabajo"

Lo anterior toma fuerza, por lo adocinado por la Sala de Casación Laboral en las decisiones que en su apoyo cita el Tribunal, especialmente, la sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, sino también en lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, consideró:

" Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al

sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquel tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado."

En suma, el hecho de que al actor no se le hubieran realizado los descuentos con destino a SINTRAFEC por toda la vigencia de la relación laboral, tan solo a partir del mes de septiembre de 2017, tal como se evidencia en los desprendibles de pago visibles a folios 32 a 66, tal omisión, en modo alguno, acarrea la pérdida de los beneficios convencionales, como también se reiteró en la sentencia que se acaba de citar, a los cuales se obligó la demandada desde la negociación acaecida en 1976, máxime que, por disposición de la ley, es ella como empleadora, no el trabajador, quien debe efectuar los descuentos respectivos y trasladarlos luego a la organización sindical.

Por demás, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario a partir de 1988, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos, pues en este caso, se reitera, la extensión no se da por ministerio de la ley sino por decisión de las partes contratantes.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que si la intención de los intervinientes era limitar tal cobertura, así lo tenían que haber dispuesto de manera expresa y clara en las convenciones que celebraron con posterioridad o, por lo menos, lo habrían dejado plasmado con unos enunciados contundentes de los que se pudiera inferir, sin lugar a equívocos, tal alcance que, desde luego, para la Sala, no lo contiene la cláusula

14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 anteriormente citada.

Lo dicho en precedencia es suficiente para concluir que no se equivocó el Juez *A Quo* al considerar que el demandante, por disposición de la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (fl. 173), es beneficiario de las prerrogativas extralegales, entre ellas, el reconocimiento de las primas solicitadas en el libelo demandatorio, **CONFIRMANDO** de esta manera los numerales primero y segundo de la sentencia proferida en primera instancia, relevándose del estudio de los valores allí condenados, por no ser objeto expreso de apelación.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 Y SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS ESTABLECIDA EN EL NÚM. 3º ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990:

Por otro lado, solicita el apoderado de la parte demandada se revoque la condena impuesta por concepto de indemnización de que trata el Núm. 3º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990 así como la indemnización moratoria del Art. 65 del CST, por cuanto todos los actos de la Federación Nacional de Cafeteros siempre han estado aliados a los postulados Constitucionales de la buena fe, trayendo a colación la sentencia del 14 de mayo de 1987. Solicita en ese sentido que, aplique en este caso la Doctrina que viene utilizando reiteradamente, la de absolver a la Federación Nacional de Cafeteros de la condena de indemnización moratoria del Art. 65 del CST y del Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, pues el Tribunal Superior de Bogotá ha dicho que por ninguna parte se vislumbra la mala fe por parte de la demandada, y por ese motivo la viene absolviendo hace más de 3 años en todos los procesos similares al presente proceso, pues ha dicho que la convocada a juicio con toda honestidad y diligencia le dio cumplimiento estricto a la cláusula segunda del contrato de trabajo suscrita con los trabajadores y que fue el que reguló las relaciones laborales en el aspecto salarial y prestacional, respecto del vínculo laboral suscrito con el demandante.

En ese orden de ideas, la sanción por no consignación de cesantías establecida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 dispone que se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el núm. 3° art. 99 de la Ley 50 de 1990, es criterio de la H. Corte Suprema De Justicia que, al igual que la del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, esto es, que la misma no opera de forma automática, sino que debe revisarse en cada caso en concreto la conducta de la demandada, si la misma actuó de buena fe o no, y en el evento en que se acredite que actuó de buena fe, se exonera del pago reclamado.

Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia SL2833-2017).

Así entonces, en el caso bajo examen, no se advierte un actuar de mala fe por parte de la federación Nacional de Cafeteros que la haga acreedora de las sanciones reclamadas durante la vigencia de la relación laboral con el demandante, pues ha de recordar que siempre actuó bajo el consentimiento o convicción de no considerar al actor como beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con SINTRAFEC solo hasta septiembre de 2017, conforme fue aceptado por la misma demandada, pues para el resto de la vigencia de la relación laboral se vino a dilucidar en el actual proceso, razón por la cual, no es posible como ya se notó indicar una actuación desprovista de buena fe endilgada a la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta, que le fueron consignadas las cesantías legales a que tenía derecho el actor en la oportunidad pertinente, conforme la documental que obra a folios 467 a 472, así como le fue cancelada la liquidación final de prestaciones sociales al término de la finalización del vínculo laboral (fl. 67).

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** los NUMERALES TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de las sanciones

apeladas, esto es, de la que trata el Núm. 4º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990 así como la indemnización moratoria del Art. 65 del CST.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los NUMERALES TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS de las sanciones que trata el Núm. 4º del Art. 99 de la Ley 50 de 1990 así como la indemnización moratoria del Art. 65 del CST.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

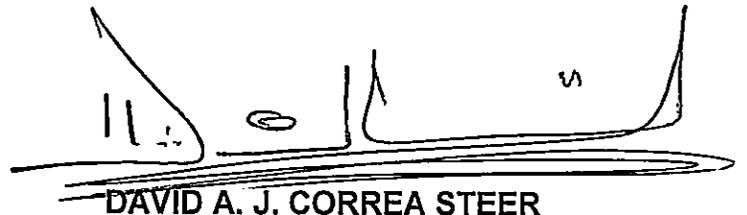
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

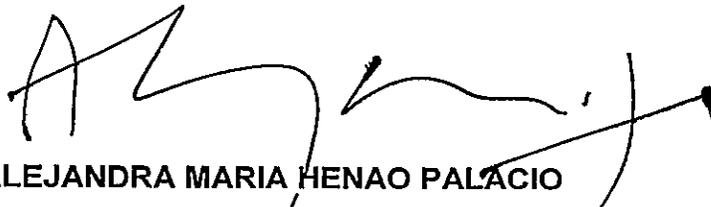
Ponente

(Rad. 11001310502520180053501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502520180053501)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502520180053501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2019-00785-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: NELLY AMAYA CARRILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y
PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de enero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada demandante (fl. 143 a 146), Porvenir SA (fls. 133 a 141), así como de Colpensiones (fls. 148 a 149) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) NELLY AMAYA CARRILLO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad de la afiliación y/o ineficacia de traslado, efectuada por la señora NELLY AMAYA CARRILLO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 20 de febrero de 1997 ante la AFP Porvenir SA, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que, en consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad de la afiliación y/o la ineficacia del traslado de la afiliación efectuada el 19 de marzo de 1998 con la AFP COLFONDOS SA.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP COLFONDOS SA a retornar a la señora NELLY AMAYA CARRILLO, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración pagados al régimen de prima media con prestación definida – administrado por Colpensiones.
4. Ordenar a Colpensiones, recibir en el régimen de prima media con prestación definida a la señora NELLY AMAYA CARRILLO y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.
5. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES, COLFONDOS SA y PORVENIR SA (fls. 106 a 119), de acuerdo al auto visible a folio 120. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de enero de 2021, **DECLARÓ LA INEFICACIA** de la afiliación o traslado de la

demandante NELLY AMAYA CARRILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA y por ende COLFONDOS SA. **CONDENÓ** a la AFP PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 1 de abril de 1997 y el 30 de abril de 1998 y del 1 de julio de 2000 al 31 de mayo de 2001, con motivo de la afiliación de la demandante NELLY AMAYA CARRILLO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Se autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP COLFONDOS SA con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante al día 1 de mayo de 1998 y el 1 de junio de 2001. **CONDENÓ** a COLFONDOS SA a devolver a COLFONDOS, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante NELLY AMAYA CARRILLO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. **DECLARÓ** que la demandante NELLY AMAYA CARRILLO se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS, y hoy administrado por COLPENSIONES. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de la AFP PORVENIR SA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**PORVENIR SA**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se nieguen las pretensiones, teniendo en cuenta que no comparte la decisión proferida por el Juzgado, en primer lugar, respecto del punto relacionado a la declaratoria de ineficacia de traslado de la demandante, inicialmente a Porvenir, y posteriormente los traslados horizontales que realizó entre Porvenir y Colfondos, dos veces en cada caso, toda vez que el Juzgado consideró que no hubo confesión en el interrogatorio de la parte de la actora, sin embargo, la demandante al momento en que el Juez la interrogó inicialmente se

contradijo y aceptó finalmente que conocía de las características de los regímenes pensionales y sus diferencias, y se demostró que si recibió la información para el momento del traslado. Ahora, se está debatiendo actualmente con normas que eran muy diferentes en el año 1997, respecto de la información entregada a la demandante. Ahora bien, tampoco tiene en cuenta el A Quo, un hecho que ocurre en este caso, los múltiples traslados horizontales, trayendo a colación SL3752 de 2020 Rad. 73572 del 15 de septiembre de 2020. En este orden de ideas, se cumple lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, esto es, el traslado horizontal entre Porvenir y Colfondos, que se presentó en varias ocasiones, es un claro acto de relacionamiento, que permite indicar que la actora tenía la decisión clara y voluntaria de mantenerse al RAIS y presenta la demanda, cuando se dio cuenta que el derecho pensional que construyó en su vida pensional, de acuerdo a las condiciones en las cuales se fundamenta el RAIS, le reconocerá una pensión menor a la que le reconocería Colpensiones, la cual, de ninguna manera constituye una razón válida para declarar la ineficacia.

- 2. DEVOLUCIÓN GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** En el caso de confirmar la sentencia, manifiesta su desacuerdo con su decisión respecto de ordenar el traslado de todos los dineros recibidos, como consecuencia de las cotizaciones mientras estuvo afiliada a Porvenir, de lo anterior, en primer lugar, porque las dos ocasiones que la demandante se trasladó a Colfondos, se trasladó todo el capital que se encontraba en la cuenta de ahorro individual, con todos los intereses, rendimientos etc., que se produjeron como consecuencia de la actividad financiera que realiza Porvenir SA, esta actividad generó unos rendimientos notorios, si se revisa la documental aportada, es una actividad que realiza Porvenir SA, y que al no devolverlo estaría generando un enriquecimiento sin justa causa que, viene ahora a endilgarle a otra entidad devolver esos dineros.
- 3. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** No se le pueden aplicar de la imprescriptibilidad respecto a la devolución de gastos de administración, porque esta clase de conceptos no hacen parte de la pensión, ni tampoco si se trasladara al RPM, nunca van a ser parte del capital para su derecho pensional, no serán incluidos en ninguna manera en su derecho pensional, por lo que no se le puede aplicar las mismas normas de imprescriptibilidad aplicada por el Despacho, y solicita que aquellas que estén sujetas a las

cuales haya transcurrido el tiempo de las normas, se declare que procede la misma en segunda instancia.

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

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta en primera medida que en el presente asunto no existen elementos que acrediten vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo, puesto que no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado, la misma contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado un total de 250,86 semanas con el ISS y le faltaban mas de 25 años para acceder a la pensión de vejez, esto teniendo en cuenta la sentencia C 789 de 2002, en cuanto a la expectativa legítima. También resalta que no es beneficiaria del régimen de transición, para solicitar su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo tanto la demandante deberá someterse al Sistema General de Pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso a la AFP Porvenir SA, también es importante traer a colación 2016-00786 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de la mesada pensional a recibir por la afiliada, pueda resultar superior a la que pudo recibir, no constituye prueba de cuando realizó el traslado de actor, que haya sido movido por un engaño o por una equivocada información por parte de los fondos, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte, manifiesta que su principal motivación de dicho proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, siendo en realidad que en el presente caso no se logra acreditar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que el traslado de la demandante en el año 1997, los fondos solo tenían el deber de informar sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, teniendo en cuenta que la asesoría de la afiliación se realizó en vigencia del Decreto 663 de 1993. También indica que en el presente asunto estamos frente a un afiliado lego, se evidencio que la actora es profesional de derecho, por lo que tenía la capacidad de informarse mejor, por lo tanto no se debe decretar la ineficacia de traslado, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la

misma, teniendo en cuenta que sabía que se podía trasladar y no lo hizo, por lo que decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por mas de 23 años.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) NELLY AMAYA CARRILLO el día 20 de febrero de 1997; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 20 de febrero de 1997, con efectividad a partir del 1 de abril de 1997. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 19 de marzo de 1998, efectiva a partir del 1 de mayo de 1998; luego solicitó trasladarse nuevamente a la AFP PORVENIR SA el 18 de mayo de 2000, efectiva a partir del 11 de julio de 2000. Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 26 de abril de 2001, con efectividad a partir del 1 de junio de 2006 (fl. 94 contestación de COLFONDOS SA dentro del expediente digital que reposa en Google Drive).

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en

casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó la historia laboral de la demandante. COLFONDOS SA aportó: formulario de afiliación (2004), consulta de afiliación de la demandante, historia de vinculaciones del SIAFP. PORVENIR SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (1997), comunicados de prensa, respuesta derecho de petición, certificado de afiliación, relación de aportes.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de febrero de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia

total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 20 de febrero de 1997, el demandante tenía 250,86 semanas (fl. 41 Expediente digital – contestación Colpensiones), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 28 de noviembre 1962, fl. 46) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, como en efecto lo hizo, en el año 2019 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene más de 1,609 semanas – fl. 57), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora NELLY AMAYA CARRILLO del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 20 de febrero de 1997.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado 23º Laboral del Circuito de Bogotá.

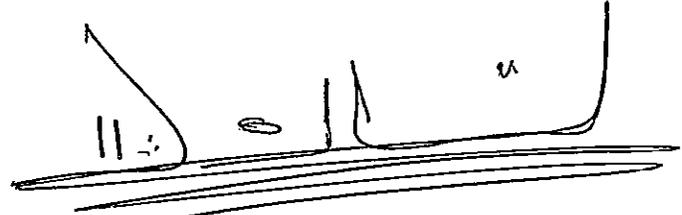
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310502320190078501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502320190078501)

Aclaro Votos!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502320190078501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 22-2017-00487-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: NORMAN JUNIOR ROMERO LOPEZ
DEMANDADO: HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL
ASUNTO : RECURSO DE APELACION (DEMANDANTE)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de marzo de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fl. 119 a), así como la demandada Porvenir SA (fls. 7), presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **NORMAN JUNIOR ROMERO LOPEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **HOSPITAL UNIVERSITARIA SAN RAFAEL** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 39):

- 1) Que entre el **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL** y el señor **NORMAN JUNIO ROMERO LOPEZ**, existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador.

- 2) Que la empresa demandada debe pagar al actor, por concepto de indemnización, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, la suma de \$18.328.338, de conformidad con el Art. 64 del CST.
- 3) La solución de no continuidad o sin solución de continuidad del contrato de trabajo, por haberse generado un despido ilegal y sin justa causa.
- 4) Que se pague los salarios, prestaciones sociales y la seguridad social dejados de percibir del actor como consecuencia del despido ilegal o sin justa causa. Los cuales deben extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.
- 5) Costas procesales.

CONTESTACION DE DEMANDA

El **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL** contestó la demanda, visible a fls. 64 a 91, de acuerdo al auto a folio 14092 Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 22° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de marzo de 2020. **ABSOLVIÓ** al **HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor **NORMAN JUNIOR ROMERO LOPEZ. COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en los siguientes puntos de decisión:

1. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el despido no constituye sanción disciplinaria, y para éste caso en específico si la falta hubiera sido tan grave como el demandado lo ha querido hacer ver, que los hechos ocurridos se habrían constituido en una falta legal para la finalización

unilateral del contrato de trabajo, y no se hubiese requerido el agotamiento del procedimiento disciplinario que esta regulado por el artículo 115 del CST. Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado precisamente la diferencia entre el despido y la sanción disciplinaria, considerando que en el presente caso, para el despido no hubiese sido necesario el proceso disciplinario, porque no se trata de una falta disciplinaria, porque al verificar, la consecuencia de esa falta es el despido, esto es, otro tipo de sanción. En ese sentido, si bien el Hospital demandado intento sustentar el despido del actor en las causales incoadas en la carta de terminación, dichas causales están lejos de la realidad, ya que las causales normativas invocadas del Reglamento Interno del Trabajo relacionadas para el despido, nada tienen que ver con los hechos finales del despido, es decir, la carta se quedó sin sustento legal.

Señala que la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el despido debe ser la sanción final a una falta cometida por el trabajador, y no la primera, máxime cuando existe un Reglamento Interno de Trabajo que regula todo al respecto, resaltando que el demandante nunca había tenido llamados de atención, y su evaluación de desempeño tuvo un puntaje casi perfecto.

2. **NULIDAD:** Señala que el presente proceso esta revestido de una nulidad, conforme lo dispone el artículo 5 de la Ley 1149 de 2007, que modifica el artículo 45 del CPT y SS, la cual establece que las audiencias no podrán suspenderse, sino que se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles hasta que se agote su objeto, sin perjuicio de que el Juez como director del proceso, habilite mas tiempo y en ningún caso, podrán celebrarse mas de 2 audiencias, y en el inciso segundo del artículo 12 indica que en el mismo acto dictaría la sentencia correspondiente, podrá decretar un receso de una hora para proferir la respectiva sentencia.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si se presenta nulidad dentro del presente asunto por haberse realizado mas de audiencias dentro del tramite procesal a efectos de proferir sentencia. **2.** Sí el contrato de trabajo suscrito entre la partes fue terminado de forma unilateral y sin justa causa, y sí como consecuencia de ello, le asiste derecho a la actora derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa establecido en el Art. 64 CST.

NULIDAD:

Solicita la apoderada de la parte demandante que el presente proceso está revestido de una nulidad, conforme lo dispone el artículo 5 de la Ley 1149 de 2007, que modifica el artículo 45 del CPT y SS, la cual establece que las audiencias no podrán suspenderse, sino que se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles hasta que se agote su objeto, sin perjuicio de que el Juez como director del proceso, habilite mas tiempo y en ningún caso, podrán celebrarse mas de 2 audiencias, y en el inciso segundo del artículo 12 indica que en el mismo acto dictará la sentencia correspondiente, podrá decretar un receso de una hora para proferir la respectiva sentencia.

Al respecto, el artículo 5 de la Ley 1149 de 2007 dispone:

Artículo 5°. El artículo 45 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 22 de la Ley 712 de 2001, quedará así:

Artículo 45. Señalamiento de audiencias. Antes de terminar la audiencia el juez señalará fecha y hora para efectuar la siguiente, esta deberá ser informada mediante aviso colocado en la cartelera del Juzgado en un lugar visible al día siguiente.

Las audiencias no podrán suspenderse, se desarrollarán sin solución de continuidad dentro de las horas hábiles, hasta que sea agotado su objeto, sin perjuicio de que el juez como director del proceso habilite más tiempo.

En ningún caso podrán celebrarse más de dos (2) audiencias.

Sea lo primero indicar que el art. 29 de la Constitución Nacional consagra el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas para que nadie pueda ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Juez o Tribunal Competente, con observancia de las formas propias de cada juicio.

El régimen de nulidades procesales como instrumento para materializar los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, en aplicación de los principios de especificidad y protección, es de naturaleza eminentemente restrictivo; por ello se determinan taxativamente las causales que la erigen, las que son aplicables en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del C. P. del T y de la S. S., a falta de disposiciones propias en el ordenamiento procesal citado (AL7761 Rad. 51735 del 1° de noviembre de 2017).

Dichas causales se encuentran instituidas como remedio para corregir o enderezar ciertos vicios procesales que pueden generarse durante el trámite del proceso, hasta antes de dictarse sentencia, y excepcionalmente, durante la actuación posterior a esta, si ocurrieron en ella, para lo cual, igualmente se reguló, de manera expresa, sobre la oportunidad para su proposición, requisitos, forma cómo ha de operar su saneamiento, al igual que los efectos derivados de su declaración, sin que se encuentre habilitada como simple instrumento de defensa genérico y abstracto, ya que su finalidad es la protección material y efectiva de los derechos "*en concreto*" del afectado por el presunto "*vicio procesal*".

Para garantizar dichos postulados, el legislador en su sabio entender erigió en nulidades determinados vicios que impiden que exista el debido proceso, para efectos de no dejar al albedrío del interprete el determinar cuándo se da la violación.

Fue así entonces, como se taxaron las nulidades que pueden invalidar la actuación surtida dentro de un proceso, como desarrollo del art. 29 de la Constitución, por lo mismo no puede existir causal de nulidad distinta de las señaladas en el artículo 133 del CGP (Antes el Art. 140 del CPC), cosa diferente es que se configuren otras irregularidades, pero únicamente tienen fuerza para invalidar la actuación, las taxativamente contempladas en la norma procesal civil, aplicables por analogía al procedimiento laboral.

Al verificar el caso bajo estudio, se observa que las partes fueron citadas para celebrar la audiencia de que trata el Art. 77 del CPT y SS mediante auto del 21 de

agosto de 2019 (fl. 99), audiencia que efectivamente fue realizada el 2 de marzo de 2020, audiencia que se adelantó hasta la presentación de los alegatos de conclusión, señalando el día 12 de marzo de 2020 fecha para dictar fallo de primera instancia (fls. 108 y 109).

Efectivamente, el día 12 de marzo de 2020 se celebró audiencia y se dictó sentencia de primera instancia, conforme se observa a folios 113 y 114 del plenario, de lo que se concluye que efectivamente la Juez de instancia adelantó el trámite de primera instancia hasta en 2 audiencias, sin que esté inmersa en alguna causal de nulidad, por lo que se despacha desfavorablemente los argumentos expuestos por la recurrente.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS DEL CONTRATO:

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que el señor NORMAN JUNIOR ROMERO LOPEZ laboró al servicio del HOSPITAL UNIVERISTARIO SAN MARTIN, en ejecución de un contrato de trabajo a fijo inferior a un año con salario integral en el cargo de INTERNISTA desde el 6 de noviembre de 2015 (fls. 72 y 73) hasta el 27 de marzo de 2017, devengando como último salario integral de \$9.590.321, conforme la certificación emitida por la accionada visible a folio 81, y liquidación final del contrato de trabajo visible a folio 82 del expediente.

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

En ese orden, a folios 78 a 80 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo que data del 24 de marzo de 2017, suscrita por el señor Sergio Iván Mejía Lema, Director de Talento Humano del Hospital Universitario San Rafael, en el que le atribuye al demandante haber cometido una conducta abiertamente violatoria al Reglamento Interno de Trabajo en sus artículo 78 literales a) b) c) d) f)

y h), 82 numerales 1º y 4º y 88 numerales 2º, 4º y 6º, en concordancia con lo señalado en el Artículo 58 Numerales 1º y 4º del CST y SS, 62 literal a) numerales 2º, 4º y 6º del CST, en el que se le indicó:

“Manifestó en sus descargo: ‘En primer lugar no estoy de acuerdo con las directrices propuestas por el Gestor de Medicina Interna, pero si en algunas decisiones y no son contundentes como lo afirma, pueden ser diferencias desde el punto de vista médico, con el fin de mejorar la atención de los pacientes.

A pesar de tener diferencias con el gestor se hace lo que dice el Doctor Sarmiento, y si manifiesta en voz alta y delante de un público pueden ser, compañeros, residentes y estudiantes al estar en foro, lo lógico es que me pronuncie de viva voz delante del conglomerado, pero con respeto, conservando las más mínimas reglas de urbanidad ...’

No es cierta su afirmación cuando manifiesta que se dirige de viva voz delante del conglomerado, y es totalmente diferente dirigirse en voz alta y con respecto, y no como usted lo hace mofándose del Gestor de Medicina Interna, colocando entre dicho delante del auditorio, las órdenes impartidas por el Doctor Sarmiento.

Argumentó en sus alegatos ‘ ... Respecto al numeral primero, ese viernes manifestó que si debíamos aprendernos de memoria pero en forma de pregunta, sin el ánimo de ridiculizar el comentario que hizo el gestor, lo hice porque el Doctor Sarmiento no estaba siendo claro con lo que estaba tratando de explicar acerca de las observaciones de la representante de National Clinics...’

No entiende la administración de la Clínica porqué solamente usted fue el que no entendió las recomendaciones y directrices dadas por el Doctor Sarmiento, y así fue como lo tomó el mismo Doctor Sarmiento, de su mofa al exponer un tema, y no es respuesta que se aprenda de memoria las indicaciones dadas, como tampoco era el lugar indicado con un conglomerado tan concurrido.

Dijo en sus descargos: ‘...En mi caso particular no puedo conceptuar sobre un paciente que requiera una especialidad diferente a la mía como médico internista, como termina ocurriendo con estos pacientes. Es una excusa al manifestar que puedo hacerme cargo de otros pacientes de otra especialidad, con el argumento que tengo dos residentes, y esto no puede suceder porque en últimas el que viene firmando soy yo y no los residentes, y considero yo que se están colocando en riesgo la adecuada atención y óptima calidad de la misma. Así mismo, me coloca en riesgo cuando se valora pacientes de otras especialidades, generando posibles demandas por responsabilidad médica por impericia de esos pacientes...’

Usted se aparta de la realidad con su manifestación anterior, porque los principios médicos no cambian como usted lo pretende hacer ver, y si bien

usted firma las notas correspondientes, también lo es que puede diagnosticar, y avalarse por el gran grupo que comprenden el pull de médicos internistas, y de otras especiales.

Refirió en sus descargos: '... Numeral cuarto.- No es cierto que hubieran pasado trece días, me demoré 07 días, pero no era una respuesta fácil debía estudiar la historia clínica, y a su vez también al dar respuesta mi respuesta como se denota fue de tres hojas, con un paciente hemato – oncológico, que no es mi especialidad es una sub especialidad de medicina interna. No se puede considerar como un evento adverso la solicitud de la Doctora Paola Omaña, y que se puede verificar en la historia clínica (Rosalba Suárez). Hasta donde se la Clínica no tiene un tiempo mínimo de respuesta a estas solicitudes, y el tiempo que me tome fue apenas debido también a mis múltiples ocupaciones. Se debe observar que en la solicitud jamás se mencionó a que pacientes se referían, situación que agrava los tiempos de respuesta ...'

Se demoró para dar respuesta de un paciente hemato – oncológico siete días de acuerdo con su respuesta anterior, sustentándolo en solamente tres hojas, y en verdad lo considera la institución que demasiado tiempo para una respuesta de esa magnitud, a sabiendas que usted es un médico especializado, con vasta experiencia, que por la premura del resultado debió entregar la respuesta, por lo menos al día siguiente. De otra parte, si bien es cierto no hay tiempos establecidos para dar respuesta, los pacientes son los directamente afectados que como en su caso obró con abierta negligencia. Apuntó en sus descargos: '... Numeral quinto.- El Doctor Sarmiento manifiesta que he sido muy irrespetuoso con el personal de salud de la institución, pero debo comenzar manifestando que en la calificación que me dio el Doctor Sarmiento no se vislumbra mala calificación por mi trato a los compañeros, no reposan informes en Talento Humano sobre mi presunto mal comportamiento; de otra parte jamás se me ha demostrado a quien irrespeté, y que dentro de las pruebas aportadas no se menciona ninguna queja.

Se debe tener en cuenta el evaluar mis descargos de trabajo, mi comportamiento, mis resultados, etc.

Se le pregunta al Doctor Norman Junior Romero López si tiene algo mas que agregar, y manifestó: Con el respeto que me merece el Doctor Sarmiento y la dirección de Talento Humano, esta glosa le veo como algo que no tiene asidero en primer lugar por las acusaciones que se me hacen sin prueba que lo sustente, o vienen de vieja data, como también sin soporte médico, situaciones que hacen parte del día día, y por el hecho de no estar de acuerdo en algunas decisiones como es el derecho, no deben ser motivo para que se presenten como se pretende hacer ver mi comportamiento, y se me vulnera el derecho a la libre expresión...'

No es cierta su afirmación, y dentro de su calificación, se observa que no sabe tratar a sus compañeros, anotación que difiere de su razonamiento, porque efectivamente menosprecia a sus compañeros y les da un tratamiento discriminatorio, anotación que hizo el Doctor Sarmiento en su calificación.

Usted menciona que no hay pruebas que sustenten las afirmaciones del Gestor de Medicina Interna, pero las mismas fueron entregadas, junto con la citación de descargos.”

De acuerdo a lo anterior, se acredita el hecho del despido por parte del demandante, lo que traduce a la inversión de la carga de la prueba a cargo de la demandada, en lo que tiene que ver con la justeza del despido realizado al actor.

Así pues, reposa dentro del plenario citación a diligencia de descargos del 21 de marzo de 2017 (fl. 7).

Carta dirigida al Doctor Sergio Mejía Lema, Director de Talento Humano del Hospital demandado, por medio de la cual, el Dr. Edgar Miguel Sarmiento Reyes – Gestor Departamento de Medicina Interna le pone de presente una serie de situaciones presentadas con respecto del aquí demandante, Especialista en Medicina Interna, durante el transcurso de su actividad asistencial, las cuales, a su consideraciones afectaban de manera contundente el manejo y dirección que requiere el área de Medicina Interna para su óptimo funcionamiento:

1. *“El Dr. Romero durante el transcurrir de su vinculación al servicio ha manifestado con su lenguaje verbal y no verbal, desacuerdo casi permanente con las directrices que como gestor del servicio indico públicamente. El ultimo episodio se presentó en la semana pasada, cuando manifesté durante la entrega de turno en presencia de especialistas de medicina interna, estudiantes y residentes, que por observación de la médica representante de National Clinics, en calidad de auditora había recomendado no continuar llevando por parte de los grupos de evolución médica de medicina interna, papeles informales con la información de pacientes que podrían afectar la seguridad y la confidencialidad de las historias clínicas. El Dr. Romero de manera pública, con voz altiva e irrespetuosa, me dijo “entonces quiere que nos aprendamos todo de memoria” a lo que respondí que lo único que había que hacer era cambiar papeles por cuadernos bien organizados.*

2. *Durante el transcurso de los últimos 6 meses por limitaciones de recurso humano del servicio de Neurología, impartí la directriz de ingresar los pacientes con enfermedades cerebro vasculares principalmente al servicio de medicina interna y evolucionarlos conjuntamente con los neurólogos como plan de contingencia. Frente a esta situación recibí innumerables quejas verbales por parte de la Jefatura de Neurología y sus colegas relacionadas con el cierre de interconsulta anticipado generado específicamente por el Dr. Romero, en pacientes que ellos consideraban no podían manejar sin apoyo de Medicina Interna.*
3. *A través del sistema de reportes de seguridad del paciente, también recibí una queja relacionada por parte de Enfermería acerca de la forma descortés de atender una solicitud dada por el jefe de turno.*
4. *A principio del mes de marzo, la especialista en Hematología Dra. Paola Omaña escribió una queja relacionada con la atención inadecuada de dos pacientes de hematología, presentada en turnos diferentes, en donde el Dr. Romero estaba como responsable del área. Le manifesté al Dr. Romero la situación para que fuera respondida por escrito. Pasaron 13 días sin respuesta, por lo que tuve que solicitarle a través de un memorando que diera respuesta a la misma (Adjunta informe a la Dra. Omaña).*
5. *Por lo anterior considero que el Dr. Romero ha sido muy irrespetuoso con el personal de salud de la institución, grosero públicamente con respecto a las directrices que habitualmente doy y con una mala actitud en el transcurso de su desempeño como médico, afectando fuertemente la armonía y el trabajo en equipo que siempre ha caracterizado al Departamento de Medicina Interna.*
6. *Con respecto a los anteriores puntos, quiero informarle que le he llamado la atención en múltiples ocasiones al Dr. Romero, quien me ha manifestado la aceptación de éstos hechos con la propuesta de cambio, el cual no se ha dado.”*

Memorando del 15 de marzo de 2017, en el que el Dr. Edgar Sarmiento Reyes requiere al demandante a efectos de que de respuesta a la solicitud realizada de manera verbal el pasado 9 de marzo, en relación a la carta interpuesta por la Dra. Paola Omaña especialista e Hematología (fl. 13).

Carta de la Dra. Paola Omaña del mes de marzo de 2017, en calidad de especialista de Hematología, donde redacta una queja relacionada con la atención inadecuada de 2 pacientes de hematología presentada en turnos diferentes, en donde el demandante estaba responsable del área (fl. 14).

Acta de diligencia de descargos adelantada el día 22 de marzo de 2017, con las manifestaciones que se transcriben en la carta de terminación de la relación laboral (fls. 15 y 16). Evaluación de desempeño realizada por Gestión Humana al actor, en el que se le indica en los aspectos por corregir y de mejoramiento "*Mejorar actitud frente a dificultades administrativas y técnico – científicas que se presentan cotidianamente, mejorar relaciones interpersonales con otras especialidades*" y en cuanto a los compromisos se le indicó "*Fortalecer su identidad con el servicio y mejorar la actitud frente a resolución de conflictos y trabajo con otras especialidades*" (fl. 17).

A folio 90 reposa correo electrónico dirigido por "Paciente administrativo" con destino a Medicina Interna y Paciente Seguro, quien le indica que le envía reporte para su conocimiento y gestión, indicándole que la paciente María Bertilda Rincón Turriago quien fue valorada por Medicina Interna, quien solicita un doppler sin especificar en extremidad con aclaración que es bilateral, refieren nueva valoración con reportes, la cual no se ha realizado hasta ese día. Se deja constancia que se hace llamada telefónica que se hizo llamada telefónica a Medicina Interna para solicitar cambio de orden de doppler a la paciente anteriormente mencionada, contestando el demandante la llamada telefónica, quien contestó de manera poco cortés, indicando que no haría el cambio de dicha orden, pues hace días no le hacen nota a la paciente, y por tal motivo esa orden debe cambiarla Ginecología.

Se recibió el interrogatorio de parte del señor **SERGIO MEJIA LEMA** en calidad de Representante Legal del Hospital demandando, quien manifestó que conoce al actor porque fue medico internista del Hospital. Que se desvinculó al demandante con fundamento en un informe que realizó el superior del actor, se adelantó un proceso disciplinario con base en el RIT del Hospital por parte de Talento Humano y la calificación a éste realizada. Que el RIT contempla las sanciones cuando se cometen faltas por parte de sus trabajadores, el cual va de la mano con el CST. Que al demandante se le adelantó un proceso disciplinario, con apego al debido proceso y derecho de defensa, y con fundamento en esos resultados, la dirección de talento humano tomó la decisión de finalizar el vínculo laboral con el demandante. Que tiene conocimiento que se le realizó al demandante la calificación de desempeño.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **EDGAR MIGUEL SARMIENTO** quien adujo ser el Director del área de Medicina Interna del Hospital San Rafael y

jefe del demandante. Que como director del departamento de Medicina Interna, estuvo percibiendo por mas de 1 año, una serie de indisciplina e irrespeto, de desacato y no adherencia de las normas, directrices que el deponente estaba generando para el Departamento de Medicina Interna y a través de ése proceso, tuvo que llamar en varias oportunidades al demandante, quien le hizo saber que el proceso que estaba introduciendo era a nombre de la institución, y que era fundamental para que hubiese armonía entre los compañeros, sobre todo para que la comunidad de pacientes que atienden, tuvieran beneficios, y hubiese armonía entre los compañeros de trabajo. El demandante en varias oportunidades desafiaba con sus actitudes no verbales, así como con sus palabras las directrices que se impartían, frente a estudiantes, residentes, especialistas, al punto que tenía que decirle que debíamos dejar hasta ese punto y no tener discusión, porque cuestionaba directrices institucionales y que no iba en contra, sino a favor del funcionamiento del departamento y en beneficio de los pacientes. Que como consecuencias de las indisciplinas y no respeto público para el director del Departamento y el conglomerado de la institución, decide hacer un informe escrito y entregárselo al director de talento humano del Hospital, con el fin de que se tomaran las medidas correspondientes, como consecuencia de ese informe, el director de talento humano llamo a rendir descargos al demandante y allí se produjo el acta de descargos. Fueron varios acontecimientos a través del tiempo, pero para destacar fue repetitivo que la institución National Clinic dio unas directrices para hacerlas con los subordinados, en relación con una documentación, lo expresé en el auditorio, para que se organizara unos temas administrativos, en ese momento el demandante dice "entonces que quiere? Que nos aprendamos todo de memoria?", lo hizo por supuesto de una manera altiva, des obligante, irrespetuosa frente a los estudiantes, internos y demás colegas con los cuales estaban presentes, en ese momento dije que no iba a discutir, estaba generando una sensación de cuestionamiento, estaba desarmonizando las directrices que intentaba impartir como director de departamento. En otro momento, se disminuyó el numero de neurólogos, y éstos debían acompañarnos en ciertos procedimientos, entonces la directriz que impartí fue la aceptación y conocimiento de pacientes con problemas neurológicos, acompañados con los pocos neurólogos que quedaban y cada vez que se recibía un paciente y los pocos neurólogos se quejaban que el demandante en vez de acoger al paciente con problemas neurológicos, cerraba la interconsulta para ser valorado, argumentando que el paciente no era de medicina interna, sino de neurología, a sabiendas que se había dado la directriz de acoger a dichos pacientes, dada la reducción de médicos neurólogos. La jefe de hematología le expresó verbalmente en dos oportunidades y posteriormente por escrito, que el

desempeño del demandante frente a dos casos específicos hematológicos durante los turnos durante el actor estaba, manifestaba que la conducta no estaba adecuada, por ejemplo la prescripción de medicamento, ante los pacientes especiales, pasaron casi dos semanas y el demandante no manifestó nada, por lo que tuvo que requerirlo por escrito mediante memorando. Que todos los llamados de atención al demandante fueron verbales.

Del acervo probatorio se tiene entonces que al demandante se le imputa el hecho de haberse dirigido de una manera no apropiada respecto de uno de sus superiores, así como haberse demorado mas de 7 días en resolver un concepto a él solicitado, por lo que se deberá analizar si dichas conductas obedecen a faltas graves para dar por terminado el contrato de trabajo con el actor.

Ahora bien, sea la oportunidad para traer a colación el Reglamento Interno de Trabajo, norma en que se fundamenta la conducta violatoria del demandante a efectos de que la demandada le diera por terminado el contrato de trabajo.

Al respecto, el artículo 78 del RIT dispone:

ARTÍCULO 78. *Los trabajadores tienen como deberes generales los siguientes:*

- a. *Respecto y subordinación a los superiores;*
- b. *Respeto a sus compañeros de trabajo;*
- c. *Procurar completa armonía e inteligencia con sus superiores y compañeros de trabajo, en las relaciones personales u en la ejecución de labores;*
- d. *Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplinario general de la Clínica;*
- e. (...)
- f. *hacer las observaciones, reclamos y solicitudes a que haya lugar por conducto del respectivo superior y de manera fundada, comedida y respetuosa;*
- g. (...)
- h. *recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general, con su verdadera intención que en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y la de la Clínica en General.*

ARTÍCULO 82. *Son obligaciones especiales del trabajador:*

1. *Realizar la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este Reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la Clínica o sus representantes según el orden jerárquico establecido.*
2. (...)
3. (...)
4. *guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.*

ARTÍCULO 88. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, las indicadas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 a saber:*

1. (...)
2. *Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*
3. (...)
4. *todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*
5. (...)
6. *Cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales, o en el presente reglamento.*

Lo anterior en concordancia con en el Artículo 58 Numerales 1º y 4º del CST y SS, 62 literal a) numerales 2º, 4º y 6º del CST

Al respecto, conviene precisar que para que un trabajador pueda ser despedido por cometer una falta, el empleador habrá de determinar si la falta es lo suficientemente grave como para que amerite o justifique la terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, el Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

6) *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos y convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*

A su turno, el literal 1a) del Artículo 58 del CST dispone las obligaciones especiales del trabajador:

1a) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Sea del caso mencionar que el párrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

La jurisprudencia de la sala laboral de la H. Corte Suprema de justicia ha sostenido que frente a la gravedad de las causas establecidas en el Art. 62 del CST es calificada o determinada por las partes en el contrato de trabajo, o en el reglamento de trabajo, entre otros, conforme sucedió en el presente asunto.

Establecido que fue el demandada quien terminó en forma unilateral el vínculo laboral con el demandante y cuál fue la razón que esgrimió para ese fin, conforme la carta de terminación visible a folios 5 a 6 del plenario, corresponde el establecer si ésta existió y constituye una causa justa imputable al actor.

Al respecto, ha de señalarse que el despido con justa causa, es una facultad que el legislador da a las partes para terminar el contrato de trabajo por las prerrogativas previamente establecidas en el compendio normativo; precisando que cuando la decisión se toma por parte del empleador conlleva la obligación de hacer conocer los hechos que se aducen como justa causa, y permitir al trabajador defenderse.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditada la comisión de las conductas descritas en la carta de terminación específicamente haberse dirigido de una manera no apropiada respecto de uno de sus superiores, cuestionando lo manifestado por éstos, así como la aceptación por parte del demandante de haber entregado 7 días después el informe que le requerían, sin que el transcurso de dicho término presentara justificación alguna o prueba siquiera sumaria que acredite que la presentación tardía del informe obedecía al cúmulo de trabajo que ostentaba el demandante, por lo que se encuentra acreditada la justa causa endilgada al demandante en la carta de terminación de la relación laboral.

Ahora, resulta pertinente destacar que por su naturaleza el despido del trabajador no se considera una sanción disciplinaria, por tanto, no es obligatorio para el empleador indicar el procedimiento aplicable para las sanciones disciplinaria, así lo ha indicado de forma reiterada la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la Sentencia SL496 con Rad. 76197 del 10 de febrero de 2021 en el que la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

"Pues bien, sea lo primero señalar que es un tema pacífico la regla que tiene la Corporación en relación con que el despido no tiene carácter sancionatorio, de tal manera que, para adoptar una decisión de tal índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal a) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, las sentencia CSJ SL1524 -2014, CSJ SL 3691-2016 CSJ SL 1981-2019, reiterada en CSJ SL 2351-2020.

En relación con lo anterior, la Corporación ha sido enfática en sostener que el despido no es una sanción disciplinaria y, por consiguiente, para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la misma, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo. (CSJ SL 2351-2020).

Desde otro horizonte, no se desconoce por parte de la Corte y así ha precisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, que el debido proceso constituye un derecho que en principio, presupone la existencia de

un procedimiento judicial o administrativo, y que en tratándose de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir (CSJ SL2351-2020). Lo anterior no implica que pueda desconocerse el derecho de defensa.”

En este orden de ideas, es claro que conforme las reglas jurisprudenciales precisadas por el máximo órgano de cierre, y contrario a lo afirmado por la recurrente, el despido no tiene una función ni un carácter sancionatorio o disciplinario, pues se trata de un recurso legítimo al alcance del empleador, sujeto al marco y a los límites legales y constitucionales, y que en todo caso no está exento del cumplimiento del derecho del debido proceso y defensa en la medida que presuponga un procedimiento judicial o administrativo previos.

En suma, no le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por acreditarse la justa causa para ser despido, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condena en costas en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada.

Fíjense como agencias en derecho la suma de \$100.000; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora y a favor de la parte demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$100.000 que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el a quo en los términos del artículo 366 del CGP.

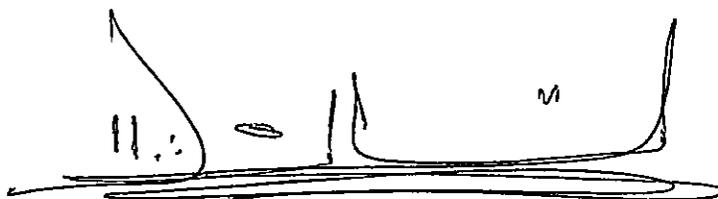
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220170048701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502220170048701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220170048701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 21-2019-00848-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: HECTOR JOSE CABRA ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 176 a 178), así como la demandada Colpensiones (fls. 180 a 183) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación del señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS, realizada el 17 de diciembre de 1999, al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos SA.
2. Declarar que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones del señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS es la efectuada al ISS hoy Colpensiones.
3. Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la re-liquidación de la pensión de vejez en cuantía del 90% del ingreso base de liquidación a favor del señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS.
4. Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS, el retroactivo a que haya lugar y sus respectivos reajustes.
5. Condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS, los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales atrasadas con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
6. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 83) y COLFONDOS SA (fls. 75 a 77), de acuerdo al auto visible a folio 84. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de diciembre de 2020, **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a re-liquidar la pensión de vejez del señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS, bajo los parámetros del régimen de transición contemplado en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 87%, en cuantía inicial de \$4.209.101 para el 1° de diciembre de 2011. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar al actor, el retroactivo por las diferencias entre la mesada pensional reconocida a través de

Resolución No. GNR 126837 del 14 de abril de 2014 y la determinada en esta sentencia, a partir del 1º de diciembre de 2011. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar al demandante el valor de los intereses moratorios causados desde el 1º de diciembre de 2011 hasta que se efectúe el pago de las mismas. **AUTORIZÓ** a Colpensiones a descontar del retroactivo de las diferencias reconocidas, los descuentos por concepto de salud a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante. **DECLARÓ NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA OBTENER LA RELIQUIDACIÓN DE PENSIONES, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION LABORAL, CADUCIDAD Y NO PROCEDENCIA AL PAGO DE COSTAS EN INSTITUCIONES ADMINISTRADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ORDEN PÚBLICO** formuladas por Colpensiones. **PROBADA** las de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA, POR PASIVA** propuesta por COLFONDOS. **NEGÓ** las pretensiones de la demanda en contra de Colfondos SA. **COSTAS** a cargo de Colpensiones a favor de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.500.000. **COSTAS** a cargo de la parte demandante a favor de Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **RE-LIQUIDACIÓN PRESTACIÓN:** Solicita se tenga en cuenta que existen diferentes reportes de historia laborales, que presentan inconsistencias, incluso con la resolución reconocedora de la prestación que señala que el demandante tiene un total de 1292 semanas cotizadas, sin embargo, en el reporte de historia laboral reporta 1288 semanas, por lo que solicita se tenga en cuenta la validez y legalidad de ese total de semanas, cual el cual se reconoció la pensión de vejez al actor, y la tasa de reemplazo aplicada, pues el Juez de tutela aplica el 90% de tasa de reemplazo
2. **COSTAS:** Solicita se reconsidere la condena impuesta por concepto de costas en contra del demandante, teniendo en cuenta que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **RE-LIQUIDACIÓN PENSIÓN DE VEJEZ:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, toda vez que al realizar el traslado a Colfondos en el año 1999 perdió el mismo. Ahora, si bien es cierto, al 1 de abril de 1994 no acreditó 750 semanas o 15 años de servicio al Sistema General de Pensiones, trayendo a colación la Sentencia SU 062 de 2010, C 782 de 2004 y SU 856 de 2013, por lo que al no contar con 750 semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1 de abril de 1994, y al haberse trasladado al régimen de ahorro individual, perdió su beneficio de transición.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Si le asiste derecho al señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS a re-liquidar la pensión de vejez al reconocida, por haber recuperado el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

STATUS DE PENSIONADO:

No es motivo de discusión que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado 17 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 10 de marzo de 2010 tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social del señor Héctor José Cabra Rojas, y en consecuencia ordenó al extinto ISS

hoy Colpensiones se disponga el traslado de régimen y de entidad administradora de pensiones (fls. 140 a 142).

Que mediante Resolución No., 129085 del 13 de diciembre de 2011, el extinto ISS hoy Colpensiones reconoció pensión de vejez a favor del señor Héctor José Cabra Rojas a partir del 1 de diciembre de 2011, con fundamento en 1193 semanas cotizadas, sobre un IBL de \$5.264.100, al que se le aplicó el 60.59% de tasa de reemplazo, arrojando como cuantía inicial la suma de \$3.189.518 (fl. 39).

Que mediante Resolución No GNR 126837 de 2014, Colpensiones re-liquidó la pensión de vejez reconocida al actor, manteniendo el régimen previo en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta un total de 1279 semanas cotizadas, un IBL de \$5.015.615, aplicando el 63.82% de tasa de reemplazo, arrojando una cuantía inicial de \$3.200.965 a partir del 1 de diciembre de 2011 (fl. 41 a 45)

RELIQUIDACIÓN PRESTACION – RECUPERACIÓN DEL REGIMEN DE TRANSICIÓN:

El juez de instancia consideró que de conformidad con el material obrante en el plenario, el demandante previo a su traslado al régimen de ahorro individual y posterior retorno al régimen de prima media, había recuperado el régimen de transición y como consecuencia, le asistía derecho a re liquidar la pensión de vejez, en virtud del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada Colpensiones, solicita revocar la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que el actor no acredita 750 semanas o 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994.

Planteado así el debate, se tiene conforme el reporte de historia laboral allegado por Colpensiones mediante correo electrónico el 18 de noviembre de 2020, se tiene que el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual y posteriormente retornó al régimen de prima media, de conformidad con las observaciones anotadas para los periodos 1999-09 a 2010-03 (fls. 145 a 152).

Así pues, el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003, reza:

“Traslado de Régimen de Personas que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que a 28 de enero de 2004, les faltare diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha”.

El artículo 2° de la Ley 797 de 2003, al cual se remite el anterior precepto legal, con relación al punto objeto de controversia, señala su literal e) modificado indica:

“Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. (Después de (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, texto que fue declarado exequible condicionalmente por la Sentencia C – 1024 del 20 de octubre de 2004, bajo el entendido “que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste –en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así pues, de acuerdo con la versión original del citado artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a quienes, al **28 de enero de 2004** (después de un año de vigencia de la Ley 797, que comenzó a regir el 29 de enero de 2003 según el Diario Oficial No. 45.079), les **faltare menos de diez años para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez**, inicialmente se les prohibió el cambio de régimen. Luego el artículo 1° del Decreto 3800 del 29 de diciembre de 2003, permitió su traslado por “*una única vez*”, pero colocando como fecha límite para hacerlo el referido 28 de enero de 2004. Posteriormente, mediante sentencia de exequibilidad condicionada C-1024 del 20 de octubre de 2004, de este contingente de personas se dejó a salvo a quienes se encontraban en esa situación y en régimen de transición que al 1° de abril de 1994 tenían 15 o más años de servicios prestados o

semanas cotizadas, quienes podían retornar al régimen de prima media "en cualquier tiempo".

En el caso bajo examen, aun cuando al demandante al **28 de enero de 2004**, le faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho, por cuanto causó el derecho el 1 de diciembre de 2011, fecha para la cual ya tenía la edad y semanas requeridas para pensionarse, empero, se debe insistir, como atrás se dijo, que para la entrada en vigencia de la Ley 797 del **29 de enero de 2003** y para la data arriba mencionada, dicho afiliado ya tenía cumplido ampliamente el **período de carencia o permanencia obligatoria** de los **tres (3) años**, previsto en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, e incluso el de los **cinco (5) años** señalados en el artículo 2 de la citada Ley 797, habida consideración que venía vinculada en el régimen de ahorro individual desde el año 2000, podía para esa época, por lo tanto, trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, como en efecto lo hizo.

Lo anterior, en gracia de discusión, pues se reitera que mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado 17 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el 10 de marzo de 2010 tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social del señor Héctor José Cabra Rojas, y en consecuencia ordenó al extinto ISS hoy Colpensiones se disponga el traslado de régimen y de entidad administradora de pensiones.

Ahora bien, para resolver la controversia, observa la Sala que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, y que a partir del 29 de enero de 2004, no podrán trasladarse de régimen las personas a quienes les falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La prohibición del traslado para quienes tuvieran menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1024 de 2010, bajo el entendido que las personas que son beneficiarias del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida **en cualquier tiempo**, si cumplen las condiciones señaladas en la sentencia **C-789 de 2002**; sentencia ésta que a su vez señaló la posibilidad de conservar el régimen de

transición para quienes hubieren prestado servicios o cotizados más de 15 años a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen de pensiones.

En dicha providencia la H. Corte Constitucional declaró EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior:

*Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; **requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.***

*Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, **quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados.** Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º*

La regla anteriormente mencionada ha sido establecida no solo por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, sino que también se deduce de los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al disponer que el régimen de transición no sería aplicable para quienes al entrar en vigencia el nuevo sistema tuvieran 35 años de edad las mujeres o 40 años los hombres, y se trasladaran al régimen de ahorro individual o estando en él, regresaran al régimen de prima media, no contemplando en este supuesto a quienes tuvieran 15 o más años de servicio al 1 de abril de 1994, tal como lo señaló igualmente la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de enero de 2007, radicación 27465.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido una línea jurisprudencial uniforme en cuanto a que los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad y deciden regresar posteriormente al de ahorro individual con solidaridad, recuperan los beneficios de dicho régimen siempre que a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones tengan 15 o más años de servicios cotizados.

Ahora bien, la parte demandante señala en el líbello introductorio (hecho cuarto fl. 5), que cotizó de manera ininterrumpida como trabajador independiente y empleadores privados, desde el 8 de septiembre de 1975 al 29 de febrero de 2012.

En ese orden de ideas, al revisar el reporte de historia laboral aportado por Colpensiones, actualizado al 10 de noviembre de 2020 (fls. 145 a 152), se reflejan cotizaciones desde el 8 de septiembre de 1975, de manera interrumpida hasta el 1 de abril de 1994, para un total de **374,57** semanas cotizadas, por lo que en principio la apoderada de Colpensiones tendría razón al afirmar que el demandante no acredita 750 semanas o 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1 de abril de 1994.

No obstante lo anterior, el Juez de instancia con fundamento en la sentencia de tutela da por sentado que el demandante es beneficiario del régimen de transición, a pesar que en dicho estudio no se dejó supeditado al estudio por parte de la entidad el hecho de si eventualmente el actor había recuperado el régimen de transición, dado que se ordenó el traslado de régimen pensional.

Ahora, debe resaltarse que no puede darse por sentado que el actor recuperó el régimen de transición, por el hecho que en la tantas veces mencionada decisión de tutela se indicó que el demandante al haber nacido el 19 de marzo de 1950, y acreditar 44 años de edad al 1 de abril de 1994, entonces cumplía uno de los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, cuando es clara la jurisprudencia en cita que los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaren al régimen de ahorro individual con solidaridad y deciden regresar posteriormente al de ahorro individual con solidaridad, recuperarán los beneficios de dicho régimen siempre y cuando a la entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones tengan 15 o más años de servicios cotizados o el equivalente a 750 semanas cotizadas.

En el presente asunto, si bien el artículo 36 ibídem consagra el régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma tuvieran cumplido el requisito de edad, esto es, 35 años o más de edad para el caso de las mujeres y 40 o más años de edad en el caso de los hombres, conforme lo indicó el Juez Constitucional, **NO** puede perderse de vista que dicho requisito se analiza a efectos de verificar si el afiliado inicialmente, esto es, antes del traslado al RAIS pudo ser beneficiario del régimen de transición, y que al registrarse un traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, como en efecto sucede en el caso bajo examen, se entenderá recuperado el régimen de transición siempre y cuando acredite 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, reiterando que al verificar el reporte de historia laboral visible a folios 145 a 152, así como el reporte tradicional de semanas cotizadas a Colpensiones del señor Héctor José Cabra Rojas que reposa a folios 154 a 155, se observa que tan solo cotizó **374,57** semanas a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1 de abril de 1994, precisando por otro lado que no se observan inconsistencias entre los reportes aportados por la accionada Colpensiones, como lo afirma la apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación.

Con fundamento en lo anterior, al no acreditar el demandante 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, conforme lo indicó la apoderada de Colpensiones, no recuperaría el régimen de transición, razón por la cual, la Sala se aparta no solamente del análisis efectuado por el Juez Constitucional al concluir que por haber acreditado el actor 44 años de edad al 1 de abril de 1994, y haber podido ser beneficiario del régimen de transición sin traslado al RAIS, concluyera que recuperó automáticamente el mismo al ordenar el traslado al RPM, máxime si se tiene en cuenta que de la lectura de los antecedentes de la sentencia de tutela, el demandante tan solo solicitó en dicha acción constitucional la autorización del traslado de régimen, sin que por tanto pretendiese que se declarare que era beneficiario del régimen de transición; así como la conclusión de la Juez de primera instancia, al dar por sentado que el aquí demandante había en efecto recuperado el régimen de transición, con fundamento en el texto de la sentencia de tutela, cuando ello no fue así.

Al respecto, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1382 con Rad. 86596 del 5 de abril de 2021 en el que adoctrinó:

“Al margen de lo anterior, se explica lo siguiente: la accionante nació el 14 de noviembre de 1955, teniendo para el 1° de abril de 1994 la edad de 38 años, cumpliendo con el requisito de la edad para ser beneficiaria del régimen de transición; que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro de individual y retorno nuevamente al primero, con lo cual considera recuperó el régimen de transición; sin embargo, se tiene establecido para estos casos que por el solo retornó automáticamente no se recupera este beneficio, sino que no perderían la transición aquellas personas que acumulaban quince (15) o más años de servicios cotizados al momento de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, requisito con el que no cumple la actora, pues ella misma reconoce que al 1° de abril de 1994 contaba 759.57 lo que equivale a 14.76 años.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala concluye que el señor HECTOR JOSE CABRA ROJAS no acredita los requisitos exigidos para recuperar el régimen de transición, esto es, 750 semanas o el equivalente a 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de la re – liquidación pretendida en el presente asunto.

Dadas las resultas del proceso, la Sala se relevará de los demás puntos de inconformidad presentados por la parte demandante, acogiendo el argumento expuesto por la apoderada de la Parte demandada – Colpensiones.

COSTAS:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020 por el Juzgado 21º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de la re – liquidación pretendida en el presente asunto.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310502120190084801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120190084801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120190084801)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2018-00315-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 17 a 18), así como la demandada Porvenir SA (fls. 6 a 14) y Colpensiones (fls.) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar la nulidad del traslado por la señora VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS el día 12 de julio de 1994 con la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la señora VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se condene a la AFP Porvenir SA y a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado de la señora VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida sobre la no devolución de los aportes a pensión, a partir del 12 de julio de 1994 hasta la fecha en que se verifique dicha devolución de los aportes pensionales efectuados por la demandante.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 87 a 100) y PORVENIR SA (fls. 115 a 129), de acuerdo al auto visible a folios 166 y 167. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 20° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de septiembre de 2020, **DECLARÓ** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual

con solidaridad, efectuada por la señora VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS a la AFP Porvenir SA el 12 de julio de 1994. **DECLARÓ** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir SA, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **COSTAS** a cargo de Porvenir SA y Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV a cuota parte.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (Porvenir SA) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, teniendo en cuenta que no comparte la decisión del Juzgado de declarar la ineficacia del traslado, toda vez que no existen elementos para ésta declaración, ni tampoco se comparte las consecuencias jurídicas que sobre esta se declaración se hizo, señaló en primera lugar que si bien el fundamento principal de la sentencia es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta jurisprudencia va en contra del ordenamiento, por cuanto la parte motiva de la sentencia y la decisión se afectan 3 principios generales del derecho, el principio de inescindibilidad de las normas, el principio de confianza legítima y el principio de sostenibilidad financiera. En cuanto al primer principio, se está acogiendo una teoría de manera parcializada y sesgada, hace una teoría de ineficacia de pleno derecho que se aplica de manera errónea, en el sentido que va en contra de la jurisprudencia constitucional, y sobre éste aspecto trae a colación la sentencia C - 345 de 2017, y en este evento se declarar una ineficacia de pleno derecho se declara judicialmente. Sobre el aspecto de la inescindibilidad de las normas, la Corte Constitucional haciendo un malabar jurídico, para poder declarar la ineficacia, se traslada al artículo 271 y propende por una responsabilidad objetiva, toda vez que dentro de estos procesos no se está estudiando la culpa, sobre la omisión del deber de información y en este sentido el artículo 271 es claro al establecer que cuando

se atente la libre escogencia del régimen, se tendrá como consecuencia la ineficacia de pleno derecho, y en este sentido se está hablando de acciones de fuerza o dolo, que no pueden ser probadas con afirmaciones indefinidas, en ese sentido la consecuencia de la ineficacia es dejar sin efecto y dejar libre al demandante para que haga su afiliación a otro fondo o régimen, no declarar que se deba trasladar automáticamente a Colpensiones, pues no está inmersa la voluntad en que fondo desea pertenecer, pues la ineficacia de pleno derecho deberá hacerse en los términos del Art. 271, no ordena al Juez de instancia trasladarlo automáticamente a Colpensiones. Ahora, el principio de inescindibilidad también se ve afectado con la carga dinámica de la prueba, porque según el Art. 167 del CPT y SS incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que afirma, no obstante, según las particularidades del caso, el Juez podrá de oficio distribuir la carga al decretar las pruebas, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para hacerlo, éste acto puede ser objeto de recurso, pero en el proceso brilla por su ausencia dicha situación; sobre este aspecto de automicidad respecto de la carga dinámica de la prueba, trae a colación la sentencia C 086 de 2016. Respecto del principio de confianza legítima, resalta que la norma, que es a lo que están sometidos los jueces, según el Art. 230 de la CP, tenía como suficiente prueba el formulario de afiliación y el consentimiento informado, por ser un contrato bilateral que tiene aspectos de parte y parte, por eso el Art. 1604 dispone la responsabilidad de los deudores, y en ese sentido, el deber de cuidado y diligencia está en cabeza de la demandante, y no excusarse en el desconocimiento de la norma para desconocer un acto jurídico propiamente dicho. Este principio de confianza legítima se ve también afectado por cuanto duro afiliada al RAIS por más de 20 años y después con la Jurisprudencia de la Corte (criterio auxiliar), se desestima completamente, sin darle la fuerza de Ley, estos aspectos disponen que presumen auténticos y que solo esa presunción solo puede ser desvirtuada con la falsedad o desconocimiento del documento, aspectos procesales que aquí no se dieron, y por lo tanto el formulario de afiliación es absolutamente válida. Ahora, se aplica de manera parcializada en la sentencia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la que ha dicho que el deber de información ha tenido un progreso en el transcurso de los años, y que el deber de información y el consentimiento informado hace aparición en el año 2014 y por tanto, el consentimiento de 1994 es totalmente válido, pues se logró probar con el formulario de afiliación. Por último, el principio de sostenibilidad financiera se ve afectado por cuanto esos

traslados masivos van afectar la sostenibilidad financiera tanto de Colpensiones, quien en últimas tendrá que asumir la carga pensional, como de los dineros que están en fondo de inversiones que tendrán que ser retirados y podrán llegar a afectar al RAIS, afectando la sostenibilidad financiera que está consagrado en el Art. 48 de la CP.

Por último, solicita apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que es permitido por la Ley, y en su lugar, se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y absuelva a la AFP Porvenir.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia con Rad. 47528 SL185 de 2017, la tesis de la nulidad de la afiliación por falta de cumplir con la información por la AFP opera solo para las personas beneficiarias del régimen de transición, ha sido acogida la sentencia C 789 d 2008 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional y SL 37174 de 2010 y 43380 de 2015, a la demandante no se le está vulnerando ninguna expectativa legítima de pensión con normas anteriores, toda vez que le material probatorio que reposa en el expediente administrativo de la demandante y lo aportado en el presente proceso se observa que en el caso particular puede acreditarse que la demandante nació el 12 de febrero de 1966, lo que indica que para el 1 de abril de 1994 tenía 28 años, así como tampoco acredita los 15 años de servicio requeridos, razón por la cual no cumplía con los requisitos exigidos para ser beneficiaria del régimen de transición, y contar con una expectativa legítima de pensión por lo que no se vulneró ningún derecho pensional al realizarse el traslado, ya que la Ley que cobija al momento de traslado es la misma que la cobija actualmente, y esta es la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, adicionalmente, no se evidencia ningún vicio del consentimiento que se estipula en el artículo 1109 del CC, los cuales son error, dolo o violencia alguna o incapacidad al momento de suscribir el formulario de traslado con la AFP Horizonte hoy Porvenir, por tanto es dable concluir que como consecuencia no existe la nulidad que se pretende hacer valer, por lo que en el caso ante una eventual condena no es procedente, dentro de los fallos relacionados, la interpretación del artículo 604 del CC que hace la Corte, dice que la responsabilidad en

cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que el demandante al no aportar documento alguno como es la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, pero si obliga a acreditar al fondo, sin que exista ningún mínimo esfuerzo en acreditar por parte del demandante su dicho, tal apreciación quiebra las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva en causa y daño, ese aspecto no aplica en casos determinados como el traslado de régimen, dado que los afiliados y futuros pensionados cuentan con el deber de asesorarse, en este sentido el Decreto 2241 de 2010 establece el régimen del consumidor financiero otorga unas obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensionales, dentro de éstos esta informarse adecuadamente sobre las condiciones del sistema general de pensiones, y las diferentes modalidades de pensiones. En tal sentido, conforme la normatividad aplicable, el silencio o no toma de decisión por parte de los consumidores financieros se entenderá dicho silencio como una decisión consciente por parte del afiliado. De conformidad con la norma, existen unos principios mínimos en cabeza de los afiliados, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo, se entenderá como una decisión consiente de pertenecer en el régimen que ha seleccionado, la única opción de desvirtuar ésta regla, es demostrar una fuerza que hubiere viciado el consentimiento. Si bien la Corte Suprema de Justicia propende por la decisión en el código civil del artículo 1604 desconoce otras normas correlativas en relación al caso de la demandante, en lo que atañe al vínculo de afiliación del art. 1425 del aludido código civil no es dable de las obligaciones de la AFP que se invierta la carga de la prueba bajo el criterio de la responsabilidad objetiva desconociendo con ello, las obligaciones paralelas en cabeza del cotizante y desplazando las propias.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la AFP HORIZONTE SA (Hoy Porvenir SA) efectuado por el (la) señor (a) VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS el día 12 de julio de 1994; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA el 12 de julio de 1994, efectiva a partir del 1 de agosto de 1994, y dada la cesión por fusión quedó afiliada en la AFP PORVENIR SA a partir del 1 de enero de 2014 (fl. 132).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse

que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: expediente administrativo de la demandante. PORVENIR

SA aportó: certificado de afiliación, formulario de vinculación (1994), histórico de vinculación SIAFP, sabana de bono pensional, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de julio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 12 de julio de 1994, el demandante tenía 342 semanas (fl. 20), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 12 de febrero de 1966 – fl. 13) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM, toda vez que actualmente tiene más de 1,474 semanas – fl. 20, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora VILMA CONSTANZA OROZCO ROJAS del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE (HOY AFP PORVENIR SA) el 12 de julio de 1994.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020 por el Juzgado 20º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

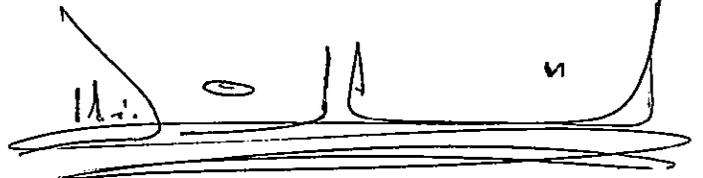
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

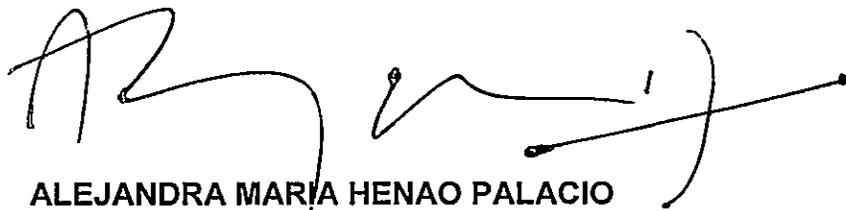
(Rad. 11001310502020180031501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502020180031501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502020180031501)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 18-2018-00026-01

Bogotá D.C.; mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA
DEMANDADOS: COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS
SEGUROS BOLIVAR SA (LLAMADA EN GARANTÍA)
ASUNTO : RECURSO APELACION (Demandante y Colfondos SA)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada Colfondos SA en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de octubre de 2020 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Seguros Bolívar SA (fls. 310 a 316), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 23 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA instauró demanda ordinaria laboral contra de COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3 y 4):

DECLARATIVAS:

1. Que el señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA le asiste el derecho a ser beneficiario de la sustitución pensional causada con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, el señor MARTIN BENITO SERRANO RUEDA.

CONDENATORIAS:

1. A Colfondos SA, a reconocer y pagar al señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA, la sustitución pensional causado con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, el señor MARTIN BENITO SERRANO RUEDA, a partir del 13 de mayo de 2016, fecha de la muerte del causante.
2. A Colfondos SA a reconocer y pagar a favor del señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA los intereses moratorios en los términos del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, liquidados sobre las mesadas pensionales adeudadas, a partir de su exigibilidad y hasta que se efectúe su pago.
3. En SUBSIDIO de la pretensión de reconocimiento y pago de los intereses moratorios, condenar a Colfondos SA a reconocer y pagar a favor del señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA la indexación de cada una de las mesadas pensionales adeudadas, a partir de su exigibilidad y hasta que se efectúe el pago.
4. Costas procesales.

COLFONDOS SA contestó la demanda (fls. 111 a 119), de acuerdo al auto visible a folio 144. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

En audiencia celebrada el 6 de febrero de 2019, el Juzgado de instancia ordenó la integración al contradictorio como llamada en garantía y a petición de parte, a la Compañía de Seguros SEGUROS BOLIVAR SA (fls. 195 a 198 y 203).

SEGUROS BOLIVAR SA contestó la demanda (fls. 224 a 225 y 233 a 246), de acuerdo al auto visible a folio 285 y 286. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 18° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 3 de diciembre de 2020, **CONDENÓ** a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS a pagar a favor del señor JAVIER DE JESUS VÁSQUEZ VALENCIA, la pensión de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento de su pareja, el señor BENITO MARTIN SERRANO RUEDA, a partir del 13 de mayo de 2016, en cuantía equivalente al salario mínimo lehal mensual vigente para cada año y por catorce mesadas al año, sumas que serán debidamente indexadas. **ABSOLVIÓ** a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, de las demás pretensiones instauradas en su contra por el señor JAVIER DE JESIS VÁSQUEZ VALENCIA. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por el fondo demandado. **ABSOLVIÓ** a la llamada en garantía SEGUROS BOLIVAR SA, de las pretensiones interpuestas en su contra. **COSTAS** a cargo de la parte demandada COLFONDOS SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACION

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

- 1. INTERESES MORATORIOS:** Solicita se revoque la absolución de los intereses moratorios, y en su lugar se accedan a su condena, por cuanto considera la parte actora que al hacer un estudio del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ha determinado que ostenta la calidad de resarcitorios y no sancionatorios, lo que significa que no hay lugar a verificar algún tipo de conducta por la cual llevó a Colfondos a negar en sede administrativa, el reconocimiento de la sustitución pensional o pensión de sobreviviente a favor del demandante, basta con que se desborde el término consagrado en la Ley para el reconocimiento y pago de la pensión, que en tratándose de la pensión de sobrevivientes, el término corresponde a 2 meses, conforme lo dispone el artículo 1º de la Ley 717 de 2001, teniendo en cuenta que el actor solicitó ante Colfondos el 23 de marzo de 2017 el reconocimiento y ésta reconoció y pagó la prestación el 30 de septiembre de 2017, realizando la contabilización de los términos con que contaba Colfondos SA para efectuar el reconocimiento de la prestación, el mismo se dio hasta el 30 de noviembre de 2017, motivo por el cual considera que Colfondos se encuentra en mora

de reconocer y pagar las mesadas pensionales y que adeuda al demandante desde el 13 de mayo de 2016.

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación en los siguientes puntos de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a Colfondos SA, teniendo en cuenta que mediante comunicación emitida por Colfondos al causante el 1 de julio de 2007, se le informó que si pensión sería reconocida desde el 4 de enero de 2007, informándole que la beneficiaria de la pensión de invalidez se reportaba la señora Alix Rueda, en su calidad de madre del causante, sin que la comunicación tuviera objeción alguna por parte del causante, por lo tanto, desde el reconocimiento de la pensión de invalidez al causante, hasta el día de su fallecimiento, no se presentó modificación alguna de los nuevos beneficiarios del causante.

Por otro lado, debe resaltarse que la solicitud presentada por el demandante fue denegada por la Compañía de Seguros Bolívar, la cual era la encargada de pagar la pensión en modalidad de renta vitalicia, la cual fue elegida por el causante a partir del 1º de febrero de 2012, ya que en el estudio administrativo realizado se encontró que el demandante no acreditaba 5 años de convivencia que se requiere como mínimo para obtener la pensión de sobreviviente.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1)** Sí conforme al material probatorio recaudado dentro del expediente, el señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA, en su calidad de compañero permanente del causante, acredita la

condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor BENITO MARTIN SERRANO RUEDA.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE:

Sea lo primero indicar que no es motivo de discusión que al señor BENITO MARTIN SERRA RUEDA le fue reconocida una pensión de invalidez, mediante comunicación del 1 de junio de 2007, por padecer del 73.3% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 19 de diciembre de 2005, en cuantía inicial de \$467.000 en la modalidad de retiro programado (fls. 120 a 122).

Posteriormente, mediante comunicación del 27 de febrero de 2012, Colfondos le informa al causante que en virtud de asegurar la continuidad en el pago de la mesada pensional se hizo necesario cambiar a la modalidad de renta vitalicia con la aseguradora Bolívar, quien a partir de febrero de 2012 asumió el pago de la mesada pensional (fl. 124).

RECONOCIMIENTO SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Frente a la norma que gobierna la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, es necesario señalar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la norma vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado; sin perjuicio de las excepciones derivadas del principio de la condición más beneficiosa y de no regresividad en la regulación de las prestaciones de seguridad social, derivados directamente de la Constitución y desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Así, esto dijo el alto Tribunal en sentencia con radicación 46135 del 13 de julio de 2016:

Pues bien, es criterio reiterado de esta Corporación, que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la norma que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado. De ahí que, tal y como lo señaló el Ad Quem, la disposición

que rige el asunto es el art. 12 la L. 797/2003, en tanto Castro Marín falleció el 8 de mayo de 2005.

En ese orden, dado que en el proceso se encuentra establecido que el señor BENITO MARTIN SERRANO RUEDA falleció el 13 de mayo de 2016, conforme el registro civil de defunción obrante a folio 134 del expediente, la definición del derecho en el presente caso está sometido a las disposiciones vigentes para la fecha del deceso del asegurado, es decir las contenidas en el **artículo 13¹ de la Ley 797 de 2003** que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando demuestre que hizo vida marital y convivió con el pensionado o afiliado por un lapso no menor de 5 años continuos con anterioridad al fallecimiento, tal como lo estableció el *A quo*.

Ahora bien, en el presente caso, la parte actora sostiene en su demanda, junto con las pruebas que anexa, que convivió con el causante de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa, desde el año 1988 hasta el 13 de mayo de 2016, fecha en que falleció el causante, superando ampliamente los cinco años de convivencia con anterioridad al fallecimiento.

Como sustento de lo anterior, aportó respuesta efectuada por SEGUROS BOLIVAR, mediante el cual le niega al demandante el reconocimiento de la sustitución pensional por cuanto no acreditó el período mínimo de convivencia con el causante, con anterioridad a su fallecimiento (fls. 13 y 14).

Así mismo, aportó certificación expedida por la Clínica Foscal, en la que certifican que el señor BENITO MARTIN SERRANO RUEDA se encontraba hospitalizado en dicha institución desde el 22 de enero de 2016 (fl. 15), a folios 17 y 18 reposa registro fotográfico de los momentos en que el causante estuvo hospitalizado y el demandante lo visitaba. A folio 19 y 20 obran recibos de caja expedidas por la Clínica Foscal. A folios 21 a 55 obra historia clínica del causante.

¹ **ARTÍCULO 13.** *Los artículos 47 y 74 quedarán así:*

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;

Por su parte, la demandada aportó documentos de identificación tanto del demandante, como del causante (fls. 134 a 139).

Declaración juramentada rendida por los señores Jaime Caviedes Delgado y José Ramón Garzón Niño, quienes indicaron que conocieron al causante por más de 20 años aproximadamente, quien falleció el 13 de mayo de 2016 en la ciudad de Bucaramanga, de lo cual tienen conocimiento y les consta que convivió en relación de pareja de manera singular, permanente y continúa, compartiendo mesa, techo y lecho con Javier de Jesús Vasquez Valencia por un periodo de 21 años, de forma permanente e ininterrumpida, es decir, desde el año 1998 al año 2016, cuando falleció el causante (fl. 140). Registro civil de defunción de la señora Alix Rueda de Serrano, madre del causante (fl. 205).

Por otro lado, SEGUROS BOLÍVAR SA aportó entrevista realizada a la señora Alix Rueda (QEPD), madre del causante, quien señaló que no trabaja, siempre se dedicó al hogar, y sus hijos son quienes le ayudan económicamente, incluido el causante, pero que incluso debía ayudarle en algunas oportunidades al causante, como quiera que tenía muchos gastos (fls. 255 a 268).

Así mismo, se entrevistó a la señora Elsa Serrano Rueda, hermana del causante, quien manifestó que le ayudaba a la manutención de su madre, que incluso le ayudaba al causante con algo de dinero, pero que no conoce que tuviera hijos, ni una relación sentimental (fl. 269 a 272).

Entrevista realizada al demandante quien indicó ser el compañero permanente del causante, quienes convivieron desde el año 1988 y posteriormente, dada la enfermedad que padecía el causante fue trasladado a Cúcuta donde fue hospitalizado, y posteriormente falleció, señaló además que mantuvo una buena relación con la familia del causante hasta que les informó que iba a reclamar la pensión de sobrevivientes (fls. 277 a 283).

Finalmente, se allegó Dictamen Pericial de pérdida de capacidad laboral realizado por Colpensiones al demandante, quien le calificó 41,81% de pérdida de capacidad laboral, de origen común, con fecha de estructuración del 5 de febrero de 2019 (fls. 293 a 297).

Se recepcionó el **interrogatorio de parte** al señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ valencia quien indicó que convivió con el causante desde octubre de 1992. Que respecto de la documental visible a folio 150, formulario de dictamen para la calificación de la invalidez, no tiene conocimiento porque el causante colocó como estado civil 'soltero'. Que convivió con el causante en el barrio Chapinero desde 1992. Que el causante había viajado a Cúcuta, ambos se encontraban delicados de salud, y decidieron que la madre del causante podría cuidarlo, pues le iban a hacer un procedimiento en Bucaramanga, y cuando se mejoró el demandante, viajó en febrero de 2016 para acompañar al causante. Que en el año 2005 le salió un trabajo al demandante en Medellín, por lo que se fue ese año a vivir a Medellín, pero viajaban constantemente para verse. Que en enero de 2016 se fue a Cúcuta el causante para acompañarlo en el día de la cirugía, y luego fue hospitalizado. Que los gastos del hogar eran compartidos, a los dos años de haberse ido a vivir juntos, dos hermanas se fueron a vivir con ellos, como era una casa grande, compartieron mas con la familia. Que el causante era pensionado por invalidez.

Se recibieron igualmente los testimonios de los señores **AMPARO DUARTE RUIZ** quien indicó que inicialmente conoció al señor BENITO SERRANO, porque eran amigos de infancia en Cúcuta, y cuando llegó a Bogotá, le presentó al demandante como su pareja, que vivían en Chapinero, incluso la deponente vivió en una habitación del apartamento de la pareja, le pagaba \$80.000 por cánon de arrendamiento. Que vivió con la pareja un año, para el año 1997. Después que se fue de esa casa, se devolvió a vivir a Cúcuta, luego los visitaba cada vez que venía a Bogotá, cada 3 meses que venía. Que el demandante y el causante fueron una pareja estable, no una simple amistad, en ese tiempo el demandante tenía un restaurante y el causante trabajaba y se compartían los gastos del hogar. Que al causante lo trasladaron a Cúcuta para sobrellevar su enfermedad, y fue hospitalizado y falleció en la Clínica Foscal el 13 de mayo de 2016, de la ciudad de Bucaramanga, lo cremaron en la ciudad de Cúcuta. Que el demandante iba a visitarlo a Bucaramanga continuamente, pero vivía en Bogotá. Que el causante se fue a vivir a Cúcuta con la familia, para que su madre lo atendiera, pues se encontraba en un estado de salud muy deteriorado, y además por cuestiones económicas no tenía como sostenerse en Bogotá, pues el demandante también estaba sobrellevando su enfermedad. Que la separación se dio porque la situación económica de la pareja no era fácil, y el estado de salud de ambos estaba deteriorada, pero especialmente la del causante estaba muy avanzada la enfermedad, y el actor no tenía como atenderlo, entonces decidieron que la familia

lo podía recibir para atenderlo, pero que en el resto de la relación nunca hubo otra separación. Que el causante fue pensionado por invalidez por la enfermedad que padecía. Que el demandante no tenía una buena relación con la familia del causante, pero una hermana del causante vivió en Chapinero acá en Bogotá con la que se la llevaba bien y otros familiares. Que los últimos días antes de fallecer el causante, estuvo el demandante en Bucaramanga, pero tuvo que regresar a Bogotá días antes que falleció el causante por cuestiones de salud.

Se recibió el testimonio del señor **JOSE RAMÓN GARZÓN NIÑO**, quien señaló que conoce al demandante desde hace más de 20 años, y sabía que tenía una relación sentimental con el señor BENITO SERRANO, que vivían en Chapinero. Que visitaba a la pareja con frecuencia, incluso fines de semana continuos. Que ni el demandante ni el causante tuvieron hijos. Que el causante falleció en Cúcuta, pero las exequias se hicieron en la ciudad de Bucaramanga. Que la pareja se encontraba muy mal de salud, y decidieron que lo cuidara la madre del causante, hasta que se puso muy grave de salud y lo remitieron a la ciudad de Bucaramanga. Que conoció al causante, porque el demandante se lo presentó como su pareja en una fiesta de las brujas.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL4549 con Rad. 68689 del 16 de octubre de 2019, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

“En esa dirección y en perspectiva de aplicación de los mandatos constitucionales previstos por los artículos 1 y 13, esta Corporación ha considerado que cuando la Constitución en el artículo 42 consagra el derecho que tienen las personas a constituir una familia, «debe entenderse que dicha garantía debe ser reconocida y amparada no sólo a las parejas heterosexuales sino también a las del mismo sexo que tengan «la voluntad responsable de conformarla» (CSJ SL5524-2016), tal y como aconteció en el sub lite. Para ello, ha tenido en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia CC C-577-2011, acogió un criterio amplio de familia que incluye también las parejas del mismo sexo, cuando conforman la unión como una manifestación libre y con vocación de estabilidad y permanencia.”

Apreciada en conjunto la prueba documental y testimonial arrimada al plenario, considera la Sala que se encuentra acreditada la convivencia en forma permanente entre el señor JAVIER DE JESUS VASQUEZ VALENCIA y el señor MARTIN

BENITO SERRANO RUEDA, desde el año 1997 hasta enero de 2016, fecha en que el causante tuvo que trasladarse a la ciudad de Cúcuta para que su madre le fuera atendidos sus padecimientos de salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena traer a colación la sentencia SL856 con Rad. 77167 del 11 de marzo de 2020, mediante la cual la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el derecho a la pensión de sobrevivientes no desaparece cuando los compañeros permanente no pueden vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares como la salud, trayendo a su vez a colación, la sentencia SL6286 de 2017 en la que adoctrinó textualmente que:

“También ha enseñado esta Sala, con persistencia, que para efectos de determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado o del pensionado fallecido, la convivencia no desaparece cuando los esposos o compañeros permanentes no pueden vivir bajo el mismo techo, por circunstancias particulares originadas en el trabajo, la salud, la fuerza mayor, etc., que no impidan ni signifiquen la pérdida de la comunidad de vida ni la vocación de la vida en común, dado que lo que interesa para que esa convivencia exista es que en realidad se mantengan, el afecto, el auxilio mutuo, el apoyo económico, y el acompañamiento espiritual, característicos de la vida en pareja (sentencias CSJ SL, del 22 jul. 2008, rad. 31.921 y del 19 jul. 2011, rad. 35933).”

En ese orden de ideas, y conforme la jurisprudencia en cita, de manera reiterada ha adoctrinado, que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros permanentes no cohabiten bajo el mismo techo, debido a circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, siempre que subsistan los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, característicos de la vida en pareja (SL, 15 de junio de 2006, radicado 27665, SL, 10 de mayo de 2007, radicado 30141, SL, 22 de julio de 2008, radicado 31921, SL, 4 de noviembre de 2009, radicado 35809, SL, 19 de julio de 2011, radicado 35933, SL6286-2018, SL1399-2018).

Así pues, si bien en algún documento aparece la madre del causante como beneficiaria, lo cierto es que de conformidad con la documental visible a folio 205 del plenario, que la señora Alix Rueda de Serrano, madre del causante, falleció el 8 de septiembre de 2017, por lo que se releva del estudio de su condición de beneficiaria de la prestación.

Aclarado lo anterior, se encuentra acreditado, conforme el material probatorio que obra dentro del plenario que el demandante convivió con el causante por un periodo aproximado de 18 años, esto es, entre octubre de 1997 al año 2005 y posteriormente, desde el año 2008, fecha en que el demandante volvió de la ciudad de Medellín hasta enero de 2016, fecha en la cual, el causante se movilizó a la ciudad de Cúcuta, fecha donde vivía su madre para que lo cuidara en su enfermedad.

Así pues, se acredita que la convivencia entre la pareja tuvo que verse interrumpida dado el quebranto de salud que padeció el causante, en donde se acordó que podía estar mas cómodo en la casa de su madre quien podía velar por el causante.

Así pues, aceptar que el demandante y el causante no eran pareja porque durante los últimos meses antes del fallecimiento, y por razones de fuerza mayor, no cohabitaron en el mismo lugar, sería interpretar erróneamente el requisito de la convivencia exigido por la Ley (sentencia SL6286-2017).

Los medios de prueba anteriores, permiten establecer que se acreditó, la unión marital conformada por Javier de Jesús Vásquez y Benito Martín Serrano , que, por motivos de salud, no cohabitaron en el mismo lugar durante los últimos meses de vida del causante, que la ley y la jurisprudencia no contempla como obstáculo para la idoneidad de la pareja.

En armonía con lo preceptuado, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia y se ordenará a la AFP COLFONDOS SA, a reconocer y pagar a favor del señor JAVIER DE JESUS VÁSQUEZ el 100% de la sustitución pensional establecida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de mayo de 2016, fecha de fallecimiento del señor Benito Martín Serrano Rueda, junto con 14 mesada al año, conforme reconocimiento pensional ordenado por parte de la accionada visible a folio 124.

INTERESES MORATORIOS:

En lo relacionado con el pago de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993², debe indicarse que la condena de intereses moratorios se impone, sin tener en cuenta para ello el comportamiento de la entidad obligada al pago, esto es, si medió o no buena fe en su actuación, o si eventuales circunstancias impidieron el pago oportuno de la prestación. Al respecto se trae a colación la sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 mediante la cual nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

(...)

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, (Sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019).

Aunado a lo anterior, en reciente pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3130 Rad. 66868 del 19 de agosto de 2020 y SL 1681

² «A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago”.

– 2020, entre otras, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, adoctrinó

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión.

Ahora bien, el artículo primero de la Ley 717 de 2001 establece que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deberá efectuarse a más tardar **2 meses contados a partir de la fecha presentación de la solicitud con la documentación que acredite el derecho.**

Así pues, contrario a lo afirmado por el Juzgado de instancia, conforme los medios probatorios allegados al proceso se acredita que el demandante en calidad de beneficiario de la sustitución pensional presentó reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2016 (fl. 125), la cual fue negada mediante comunicación del 12 de abril de 2017 (fls. 13 y 14), teniendo derecho a ella, por lo tanto, se **REVOCARÁ PARCIALEMNTE** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS SA a cancelar a favor de la demandante intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 12 de noviembre de 2016 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

Finalmente, debe advertir la Sala que la excepción de prescripción propuesta por la demandada no tiene vocación de prosperidad como quiera que la pensión de sobrevivientes se causó el 13 de mayo de 2016, fecha en que falleció el causante, que la parte demandante reclamó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la cual fue resuelta el 12 de abril de 2012, y sometió a reparto la presente demanda el día 18 de enero de 2018, conforme acta de reparto visible a folio 83 del plenario, sin que por tanto transcurriera el término trienal, de que trata el artículo 151 del CPT

y de la SS y 488 del CST, por lo que se **DECLARARÁ NO PROBADA** la excepción de prescripción.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

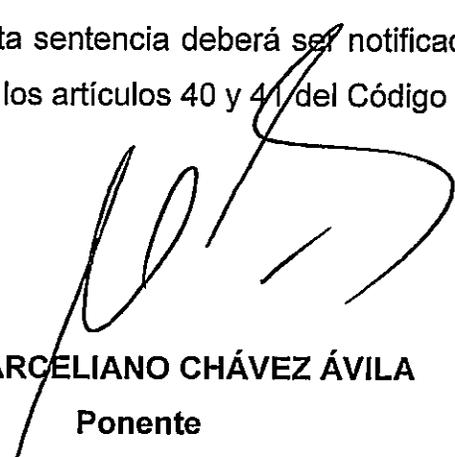
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALEMNTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS SA a cancelar a favor de la demandante intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 12 de noviembre de 2016 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

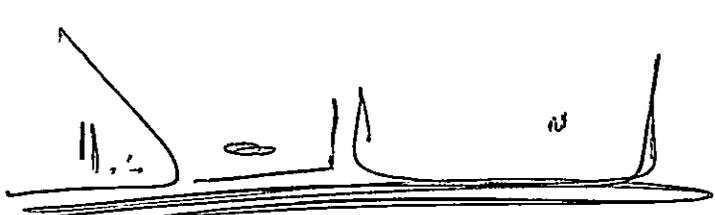
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

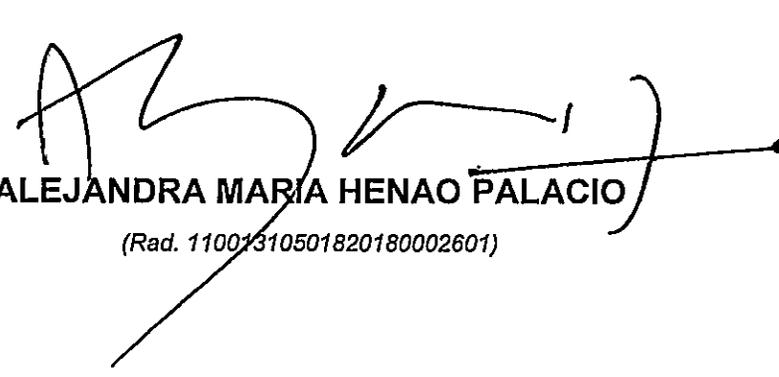
Ponente

(Rad. 11001310501820180002601)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501820180002601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501820180002601)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 14-2016-00538-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MANUEL GREGORIO MAGALLANES
DEMANDADO: CONCRETOS ARGOS SA
ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANDA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de agosto de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada ARGOS SA (fls. 384 y 385) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 14 de octubre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **MANUEL GREGORIO MAGALLANES** instaura demanda ordinaria laboral contra de **CONCREYOS ARGOS SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 95 a 97):

DECLARACIONES:

- 1) Declarar que entre las partes existe un contrato de trabajo a término fijo desde el 1º de agosto de 2008.
- 2) Que desde el 3 de marzo de 2016, la empresa demandada despidió al actor en forma unilateral.
- 3) Que este despido del actor se efectuó durante un conflicto colectivo de trabajo entre la empresa CONCRETOS ARGOS SA y SINALTRACONCREARGOS.
- 4) Que al momento del despido, el actor estaba afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de Concretos Argos SINALTRACONCREARGOS.
- 5) Que al momento del despido, el demandante estaba cobijado por la protección consagrada en el artículo 25 del D.L. 2351 de 1965 y 36 del Decreto 1469 de 1978, conocida en doctrina como "fuero circunstancial".
- 6) Que la relación laboral entre el demandante y la demandada se tenga como ininterrumpida para todos los efectos legales y extralegales.
- 7) Que la demandada no probó la justa causa invocada al actor.

CONDENATORIAS:

- 1) A reintegrar al señor MANUEL GREGORIO MAGALLANES HERNANDEZ, al cargo que venía desempeñando en la empresa al momento del despido, o a otro de igual o superior categoría y remuneración.
- 2) A pagar al demandante:
 - A título de indemnización, los salarios dejados de percibir desde el momento del despido ilegal (3 de marzo de 2016) hasta que se produzca su reintegro efectivo a razón de \$1.495.000, con los aumentos que se produzcan durante ese interregno.
 - Auxilio de cesantías que debe ser consignado en el Fondo de Cesantías en que se encuentre afiliado el demandante.
 - Intereses a las cesantías.
 - Prima legal de servicios.
 - Vacaciones.
 - Demás prestaciones causadas derivadas del contrato de trabajo.
 - Prestaciones convencionales.

Las prestaciones señaladas se solicitan en su reconocimiento y pago desde el momento del despido ilegal hasta cuando se produzca el reintegro efectivo del actor.

- 3) A pagar a la AFP Protección el 100% de las cotizaciones para los riesgos IVM del actor durante el lapso de tiempo que transcurra entre el despido y su reintegro efectivo.
- 4) A pagar a SALUDTOTAL EPS, el 100% de las cotizaciones para los riesgos de ECM del actor durante el lapso de tiempo que transcurra entre el despido y su reintegro efectivo.
- 5) Costas procesales

SUBSIDIARIAS:

- 1) En el evento en que el señor Juez declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, el resto del acápite de declaraciones y condenas queda incólume ya que el fuero circunstancial, en concordancia con los Convenios 87, 98 y 154 de la OIT y los artículos 39 y 55 de la Constitución Política de Colombia, prima sobre la modalidad contractual.

CONCRETOS ARGOS SA contestó la demanda (fls. 120 a 209), de acuerdo al auto visible a folio 240. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 14° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de agosto de 2020. **DECLARÓ** que la terminación del contrato de trabajo del señor **MANUEL GREGORIO MAGALLANES HERNANDEZ** por parte de **CONCRETOS ARGOS SA**, fue sin justa causa comprobada y por ende ineficaz al encontrarse cobijado por la protección legal, de que trataba el artículo 25 del Decreto 2341 de 1965. **CONDENÓ** a **CONCRETOS ARGOS SA** a reintegrar al señor **MANUEL GREGORIO MAGALLANES HERNANDEZ**, sin solución de continuidad a puesto de trabajo que ocupaba al momento de despido o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejados de percibir desde la fecha de desvinculación y hasta la fecha en que se materialice la reinstalación en el cargo, junto con la cotización de los aportes integral de Seguridad Social con incrementos legales y extralegales a que haya lugar. **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la demandada,

frente a las pretensiones de orden principal que salieron abantes. **COSTAS** a cargo de la demandada por haber sido vencida en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. JUSTA CAUSA PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la sociedad demandada, por cuanto si bien coincide que a la finalización del vínculo laboral existía un conflicto colectivo a la fecha de terminación, sin embargo, lo cierto es que el vínculo laboral con el demandante se dio por terminado con justa causa, bajo el hecho que precisamente el ex trabajador rompió las reglas de conducta de la Compañía, dispuesto en el Código de conducta, como en la política de la empresa, pues utilizó inadecuadamente el programa referido amigos de Argos y el programa de empleados, pues el 19 de febrero de 2016 compró 200 sacos de cemento a nombre del demandante, pero en realidad era con destino a la empresa San Carlos de Cartagena, se realizó el debido proceso con el demandante, y éste ejerció el derecho de defensa, conforme las pruebas arrimadas al proceso, pues el actor fue citado a diligencia de descargos el día 19 de febrero de 2016 y se le pone de presente la circunstancia de comisión de una presunta falta al solicitar a un compañero de trabajo la compra de cemento, para luego entregarla a una ferretería de materiales llamada San Carlos, ubicada en el barrio 'La Providencia' de la ciudad de Cartagena, en donde reside el demandante, incumpliendo con ésta compra los beneficios del programa de 'referidos amigos Argos SA', por lo que al escuchar al demandante en la diligencia de descargos, cumpliendo el derecho de defensa, la empresa haya decidido el 3 de marzo de 2016 darle por terminado el contrato de trabajo con justa causa, pues el demandante manifestó que si conocía al señor Juan Carlos Villa, a lo que contestó que no lo conoce, sino que lo ha visto en la ruta cuando llegaba a la planta, pero que no tenía ningún vínculo con él. por otro lado, señala que los testimonios tomados a éstos señores en la ciudad de

Cartagena, no fueron contundentes, sin que fueron evasivos, porque en el fondo sabían que habían sido ellos los que efectuaron la compra, incluso el demandante manifestó que había realizado en el último año una compra de 260 bolsas de cemento, por motivos de construcción, sin embargo esa compra tiene como dirección de entrega en el almacén de materiales San Carlos, con lo que se acredita que efectivamente que si hubo una adquisición que fue reconocida por el mismo demandante, y el destino de dicha compra no fue personal, o para su casa, sino fue para un sitio de un amigo, para que un posible almacén de materiales, una reventa del material, porque al fin y al cabo se compra a bajo precio y eso deja desde luego, un margen de ganancia, por lo que se encuentra acreditada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. Sí es procedente ordenar el reintegro definitivo del señor Manuel Gregorio Magallanes Hernández al mismo cargo que venía desempeñando al momento de su despido, o a uno de igual o superior jerarquía, por encontrarse amparado por la figura de fuero circunstancial.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante MANUEL GREGORIO MAGALLANES HERNANDEZ suscribió un contrato a término fijo con la CONCRETOS ARGOS SA desde el 1 de agosto de 2008 (fls. 120 a 123), desempeñando como último cargo el de AYUDANTE DE PLANTA, de acuerdo a la certificación laboral que reposa a folio 3 del expediente, siendo el mismo finalizado el 3 de marzo de 2016, conforme carta de renuncia visible a folio 7 a 10 del plenario.

DEL FUERO CIRCUNSTANCIAL:

Sobre el tema del denominado fuero circunstancial es preciso traer a memoria lo previsto en el art. 25 del Decreto 2351 de 1965:

“...ARTICULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto¹...”

Del precepto en cita establece una protección especial generada por la coyuntura de la negociación colectiva, que comporta una prohibición para el empleador de despedir **sin justa causa comprobada a los trabajadores involucrados** en un diferendo económico, desde la presentación del pliego de peticiones y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto, cuyo desconocimiento conlleva la ineficacia de su decisión, que supone la continuidad del vínculo contractual con todas sus consecuencias.

En adición a lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia en , sentencia 53378 de 23 de agosto de 2017 ha explicado que en tratándose de trabajadores afiliados al sindicato que presentan un pliego de peticiones, la protección foral tiene como requisito que el empleador conozca la calidad de sindicalizado del trabajador.

En este orden de ideas, el máximo Tribunal ha adoctrinado que el período de garantía inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y culmina cuando el conflicto se soluciona, a través de la firma de la convención o el pacto o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, adicionalmente, la interpretación del precepto en cita - artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 -, no conlleva necesariamente que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos

¹ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-201-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería; Solamente por los cargos analizados en el numeral 5 de la sentencia. Del numeral 5 se extrae '*viola los artículos 2, 13 y 55 de la Constitución, por cuanto excluye a los empleados públicos de la posibilidad de ejercer la negociación colectiva, configurándose además la violación del principio de igualdad entre los empleados públicos, los trabajadores oficiales y privados, pues éstos últimos sí pueden acudir a dicho instrumento*'.

en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de su solución o, cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo².

Bajo esta línea jurisprudencial, si el pliego de peticiones lo presenta una organización sindical, la calidad de trabajador afiliado debe ser conocida por el empleador y, la garantía empieza con la presentación del pliego de peticiones, sin que se pueda entender que la protección foral sea ilimitada.

Pues bien, tampoco hay discusión respecto de la afiliación del señor Manuel Gregorio Magallanes Hernández al Sindicato Nacional de trabajadores de Concretos ARGOS SA "SINALTRACONCREARGOS" desde el 12 de octubre de 2015, conforme la certificación visible a folio 15 del plenario, siéndole notificada a la demandada el 13 de octubre de 2015, conforme comunicación que obra a folio 21 del expediente.

Ahora, sobre el punto de la presentación del pliego de peticiones por parte de la Organización Sindical SINALTRACONCREARGOS, es preciso decir desde ya que no se discutió entre las partes, ya que por el contrario, la sociedad accionada acepto que ello ocurrió el **3 de enero de 2013**, conforme la documental visible a folio 34 del plenario, a lo cual la sociedad demandada, a través de la directora de gestión humana, contestó el día 10 de enero de 2013, en el que se niega a iniciar las conversaciones de arreglo directo (fls. 35 y 36).

Que mediante Resolución No. 000179 del 03 de abril de 2013, el Ministerio de Trabajo sancionó a la empresa demandada por la negativa de negociar pliego de peticiones presentado por la Organización Sindical SINTRACONCREARGOS, con multa de cinco (5) SMLMV, por cada día de mora, a favor del SENA, equivalentes a \$2.947.500 (fl. 45), resolución que fue confirmada por la No. 000532 del 24 de julio de 2013 (fl. 45 a 53).

Que para dar cumplimiento a la anterior decisión, CONCRETOS ARGOS SA citó para dar inicio a la etapa de arreglo directo el día 6 de agosto de 2013 en COMFAMILIAR sede Norte, a partir de las 2 PM, indicando que la etapa de arreglo directo comprendería del 6 de agosto de 2013 al 25 de agosto de 2013 (fl. 54).

² CSJ, Sala Laboral, sentencia 51273 de 02 de junio de 2018.

Así pues, se dio inicio a la etapa de arreglo directo el 6 de agosto de 2013, conforme el acta que obra a folio 59 del plenario, en la que se indica que la organización sindical SINTRACONCREARGOS no aceptó la propuesta de la empresa, por lo que se suscribió acta de finalización de la etapa de arreglo directo el día 23 de agosto de 2013, sin acuerdo entre las partes (fls. 62 y 63).

Así mismo, se presentó ante el Ministerio de Trabajo solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento obligatorio para resolver el conflicto colectivo de trabajo, de lo cual da cuenta la comunicación emitida por el Ministerio del Trabajo del 1 de octubre de 2013 (fl. 64), tal y como se indicó en la contestación de la demanda, se instaló el 2 de octubre de 2014 el Tribunal de Arbitramento obligatorio quien emitió decisión el 30 de octubre del mismo año, decisión que fue objeto del recurso de anulación, el cual fue resuelto por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral el 25 de enero de 2017, negando las pretensiones de la demanda de a anulación y quedando en firme el Laudo Arbitral, que constituye la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre esa organización sindical y la empresa demandada (fl. 265).

En suma, queda acreditado que el señor Magallanes Hernández se afilió al Sindicato SINTRACONCREARGOS el 12 de octubre de 2015, afiliación que le fue notificada al empleador al día siguiente, esto es, con anterioridad a la finalización del vínculo laboral, y por supuesto, a la finalización del conflicto colectivo, como quiera que SINTRACONCREARGOS presentó pliego de peticiones, en aras de suscribir una Convención Colectiva de Trabajo, sin que a la fecha de despido, esto es, 3 de marzo de 2016 se hubiera solucionado tal conflicto, pues el mismo se dio por culminado el 25 de enero de 2017, fecha en que la H. Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de anulación, de lo que se concluye que el señor Manuel Gregorio Magallanes Hernández detenta el fuero circunstancial que invoca.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Aclarado lo anterior, respecto de la justeza del despido del actor, ha de precisar que la garantía de fuero circunstancial no opera para aquellos trabajadores cuyo despido se fundamenta en una causal contenida en la Ley como justa causa para dar por terminado el vínculo laboral.

Así pues, a folios 7 y 8 reposan misiva de terminación de la relación laboral, en la que le comunican al actor su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa a partir de la fecha, por utilizar inadecuadamente el programa Referidos Amigos de Argos y el programa de empleados, en donde señaló:

"De conformidad con sus declaraciones – no satisfactorias – consignadas en la respectiva acta y del análisis de documentación referente al caso se puede concluir su responsabilidad en los hechos.

Cabe señalar que el acta de descargos hace parte integrante de esta comunicación.

Por lo expuesto es claro que usted incurrió en las siguientes faltas:

- 1. Violación grave de las obligaciones y prohibiciones especiales que le incumben como trabajador en el cargo de Ayudante de planta, al no atenerse a los procedimientos y políticas establecidos por la Compañía relativos a la utilización del programa Referidos Amigos de Argos y el programa de empleados.*

Con respecto al Reglamento interno de trabajo, usted incumplió y violó sus obligaciones, con base en los siguientes artículos:

ARTICULO 49. Son obligaciones especiales del trabajador:

Numeral 1. Realizar personalmente la albor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Numeral 3. Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de especial colaboración en el orden moral, y disciplina general de la Empresa.

Numeral 12. Someterse al régimen de disciplina y orden establecidos o que estableciere la Empresa en todas su actividades.

Numeral 8 Capítulo II del Código de Conducta: ... No utilizamos los bienes de la compañía en beneficio propio o de un tercero ...

Capítulo VIII Código de Conducta: Las violaciones al Código de Conducta empresarial implican la aplicación de los procedimientos establecidos en el reglamento interno de trabajo en relación con aplicación de sanciones y pueden implicar incluso la terminación del contrato de trabajo.

Artículo 59° - Constituyen faltas graves:

La violación grave o reiterada por parte del trabajador de las prescripciones de orden, de las obligaciones especiales o prohibiciones legales, reglamentarias o contractuales.

Los hechos descritos constituyen una justa causa de terminación de su contrato de trabajo, de acuerdo con lo preceptuado por el numeral 6° del literal a) del Art. 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 1° del Art. 58 del Código Sustantivo del Trabajo y el numeral 10 del artículo 44; numeral 1, 10 y 12 del Artículo 48 y 59 del Reglamento Interno de Trabajo.”

Conforme lo anterior, cumplió la parte demandante en acreditar el hecho del despido, por lo que se despliega a la parte demandada la carga de acreditar la justeza de dicho despido.

Así pues, se aportó notificación a diligencia de descargos con fecha 18 de febrero de 2016 (fl. 4) y acta de audiencia de descargos realizada el 19 de febrero de 2016, en el que le indican que el motivo de la citación correspondía solicitarle a un compañero de trabajo la compra de cemento, para entregarla a la Ferretería de Materiales San Carlos, ubicada en el barrio 'La Providencia', de propiedad de un cliente del masivo DUMAS SALCEDO CARLOS ATILIO incumpliendo con esta compra, lo definido como beneficio del programa de referidos Amigos de Argos. Se aclara que en descargos realizado al señor Rubén Espitia, indicó que la compra del cemento la había realizado por solicitud del señor Manuel Magallanes. Así mismo, indicó el actor en dicha diligencia que conoce el procedimiento del programa de Amigos de Argos, sin embargo no lo tiene muy claro, que ante la pregunta que el señor Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia indicaron en sus respectivas diligencias que compraron el cemento por solicitud del actor, éste indico que no tiene conocimiento de eso y que no sabe porque fue citado. Que en el último año realizó

pedidos de 260 bolsas de cemento para construcción. Finalmente indicó que no conoce la Ferretería San Carlos, ni alguna persona que trabaje allí (fls. 5 y 6).

Debe precisarse que la sociedad demandada CONCRETOS ARGOS SA tiene establecido un beneficio dirigido a sus trabajadores consistente en el otorgamiento de una serie de descuentos para la compra de cemento y concreto, compra que se encuentra limitada al uso personal o de un familiar hasta el primer grado de consanguinidad del respectivo trabajador, prohibiendo que los productos comprados sean revendidos o que la construcción para cual se usen, tengan fines comerciales, fijando como falta grave el incumplimiento a ésta política por manera que el no acatarla, constituiría una justa causa para poner fin al contrato de trabajo (fls. 210 a 232).

Se recibió interrogatorio de parte mediante despacho comisorio del señor MANUEL GREGORIO MAGALLARES HERNANDEZ, quien indicó que fue citado a descargos en febrero de 2016, que no compró cemento para entregárselo a la Ferretería San Carlos de Cartagena. Que no conoce al propietario de la ferretería San Carlos. Que conoce al señor Juan Carlos Villadiego de verlo únicamente, pero no eran amigos, tan solo lo veía en la ruta que los transportaban. Que no conoce al señor Lucas Salcedo. Que nunca le solicito al señor Juan Carlos Villadiego que comprara 260 sacos de cemento, así como tampoco que el cemento fuera descargado en la ferretería San Carlos. Que conoce al señor Rubén Darío Espitia de la planta, pero que nunca le solicitó que comprara con el cupo del programa de amigos referidos 260 sacos de cemento, así como tampoco que el cemento fuera descargado en la ferretería San Carlos. Que los señores Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia ya no trabajan en Concretos Argos SA. Que compró directamente 260 bolsas de cemento con destino para construcción propia, en su casa de Carmelo, de propiedad de sus padres, sin embargo no conocía muy bien el programa de 'Amigos Argos', pero por ser trabajadores directos de la empresa, tenían otro beneficio diferente para compra de cemento, que no sabía si había un límite de compra de bolsas de cemento, tan solo sabía que tenían un descuento por la compra del cemento, porque el programa era dirigido a terceras personas, fuera de la compañía. Que no conoce donde queda la ferretería.

Así pues, de la contestación de la demanda, así como de la diligencia de descargos del 19 de febrero de 2019, así como tampoco del interrogatorio de parte se demuestra de manera contundente que el demandante hubiese hecho uso del beneficio de la compra de cemento y concreto, sino que por el contrario, fueron los

señores Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia quienes supuestamente a nombre del actor adquirieron unos sacos de cemento, mismos que dispusieron que fueran enviados al establecimiento comercial ferretería San Carlos, conducta que no fue demostrada dentro del plenario que fue el demandante quien ejerció dichas conductas, sino unos terceros.

En ese sentido, el hecho que se le endilga al actor es la indebida utilización del programa de referidos Amigos de Argos y el programa de empleados la cual se expone en la carta de terminación del contrato de trabajo, se basa en la diligencia de descargos en donde se le indaga por las respuesta que hicieron los señores Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia, respecto de la supuesta orden que dio el actor a éstos, respecto de la compra de cemento a su nombre, sin embargo, dicha situación no se encuentra debidamente demostrado dentro del plenario, pues no basta la referencia que se hace en la diligencia de descargos de los citados trabajadores, máxime cuando el demandante negó de manera contundente las afirmaciones efectuadas por los señores Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia, por otro lado, desconoció el lugar donde fue descargado el material vendido por la empresa, y así mismo sucedió en el interrogatorio de parte practicado al actor.

En ese orden de ideas, los elementos probatorios obrantes dentro del plenario por si solos no demuestran la existencia de los hechos y mucho menos de la supuesta falta grave por parte del actor, esto es, no se acreditó que efectivamente el demandante comprara las bolsas de cementos con fines lucrativos personales, y en ese sentido, para que el despido se repute justo, debe el empleador demostrar la falta atribuida por el trabajador, esto es, exhibir todo el acervo probatorio que sustente su falta, de lo contrario, deberá asumir una condena en su contra.

En suma, si bien la carta del 3 de marzo de 2016, se le endilgó al demandante las razones por las cuales fundaba su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual remite a la diligencia de descargos, lo cierto es que dichas conductas y hechos no fueron demostradas o acreditadas dentro del presente asunto, pues brilla por su ausencia dentro del plenario pruebas que efectivamente acrediten que el demandante defraudó el programa o beneficio para empleados en la compra de cemento y concreto con descuento preferencial, pues debe resaltarse que si bien el actor afirmó en la diligencia de descargos que en el último año había comprado 260 bolsas de cemento, no se tiene de manera cierta la fecha de dicha compra y si efectivamente la llevó al lugar que afirma la demandada, esto es, a la ferretería Sana Carlos, con el fin de lucrarse con dicha venta, aunado al hecho que tampoco se

demonstró la supuesta orden que el demandante le dio a los señores Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia para que a su nombre compraran las bolsas de cemento, y en el evento en que la hayan comprado fueran descargadas en la ferretería San Carlos, como lo afirma la demandada.

En ese sentido, como quiera que no se demostró por ningún medio de prueba allegado al plenario que el demandante participara y tuviera responsabilidad en los hechos endilgados en la diligencia de descargos, así como en la carta de finalización del vínculo laboral, esto es, que hubiere pactado con los señores Juan Carlos Villadiego y Rubén Darío Espitia la adquisición de materiales con descuento, dentro del programa de amigos y referidos para un beneficio económico personal a costa de una destinación diferente a la permitida por la compañía, no resulta comprobada la justa causa endilgada por la compañía demandada en la carta de terminación de la relación laboral, y en consecuencia, contrario a lo afirmado por el recurrente, el despido efectuado al actor se torna ineficaz y en ese sentido se confirmará la decisión de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada a reintegrar al señor MANUEL GREGORIO MAGALLANES HERNANDEZ, sin solución de continuidad al cargo que ocupaba al momento del despido, o a otro igual o de superior jerarquía, en el mismo lugar donde desempeñaba sus funciones.

Igualmente se confirmará la orden impartida a la demandada, en lo que tiene que ver con el pago de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejados de percibir desde la fecha de desvinculación y en adelante, hasta la fecha en que se materialice el reintegro, junto con las cotizaciones de aportes al Sistema de Seguridad Social, con los respectivos incrementos, como quiera que no fue objeto expreso de apelación ésta punto de decisión.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado 14º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501420160053801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501420160053801)



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

(Rad. 11001310501420160053801)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 05-2019-00084-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP PORVENIR SA (vinculada)
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA Y
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 347 a 351), así como la demandada Colpensiones (fls. 345 a 346) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Declárese la nulidad de la afiliación de la señora ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO, a la AFP Colfondos SA, el 1 de mayo de 2015, por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS.
2. Declarar la libertad de la señora ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO, de afiliarse al RPM al declarar la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos SA.

CONDENATORIAS:

1. A Colpensiones a recibir a la señora ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO como afiliado cotizante.
2. A la AFP Colfondos SA a liberar de sus bases de datos a la señora ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
3. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 143 a 151) y COLFONDOS SA (fls. 166 a 233), de acuerdo al auto visible a folio 238. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2019 se ordenó integrar al contradictorio por pasiva, la AFP Porvenir SA (fl. 246).

Contestaron la demanda: PORVENIR SA (fls. 259 a 336), de acuerdo al auto visible a folio 366. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de julio de 2020, **DECLARÓ LA NULIDAD** de traslado de régimen de prima media al de RAIS realizado pro ALBA JULIETA CRIZ ESPEJO, a través de la AFP Porvenir SA. **ORDENÓ** a la AFP Colfondos SA a que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a afiliar a la demandante y a recibir los aportes de está procediendo a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas. Sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que el Juzgado mencionó que la carga de la prueba se invierte, derivada de la aplicación del precedente judicial, sin embargo, se debe mencionar que no se puede pasar por alto, pese a la jurisprudencia el Art. 230 de la CP, razón por la cual las actuaciones procesales y la ritualidad de la carga de la prueba y la aplicación que realizó el Juzgado, por la mención de la jurisprudencia, obviando el artículo en mención, es una decisión a todas luces fuera del marco legal, sino inconstitucional, por cuanto no se atiene a lo establecido a la carga dinámica de la prueba, en consecuencia y conforme a las precisiones procesales, ninguno de los hechos están encaminados hacia Porvenir, en consecuencia no le corresponde a la demandada y por otro lado, la carga dinámica de la prueba se cumplió con su ritualidad, y en ese sentido, teniendo en cuenta la decisión tomada, es claro que hay una inaplicación del artículo 167 del CPT y SS, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, quiere decir que va a llenar los vacíos de la Ley, sin embargo, es clara la norma de la inversión de la carga de la prueba.

Frente a la declaratoria de la ineficacia del traslado, el Juzgado funda su decisión respecto del Decreto 1720 de 1994, en su artículo 12, en una información amplia, suficiente y oportuna, y menciona que no es un simple formato, es así que considera que en ésta parte está de acuerdo con lo afirmado, sin embargo, posteriormente afirma que Porvenir falló en la entrega de la información por

cuanto no le explicó que con este dinero se hacen inversiones, sin embargo del interrogatorio de parte realizar a la demanda, debe recordarse que esta particularidad fue mencionada por la demandante, y no fue a solicitud o por pregunta particular, sino que la misma demandante cuando se le preguntó si revisaba los extractos, ella misma señaló que para ella era importante el monto y dinero que allí aparecían, pues eran invertidos en la bolsa, por lo que queda claro que el Despacho no tuvo en cuenta la respuesta del interrogatorio de parte, pues su decisión la funda en conocer sobre las inversiones que hace la AFP, pues así lo manifestó en el interrogatorio, aunado al análisis que menciona el Juzgador del interrogatorio de parte, de lo que se concluye que la demandante conocía las características del RAIS, por prueba de confesión queda totalmente acreditado que recibió la información y se construye un indicio, se debe verificar con la conducta de la demandante desde la misma presentación de la demanda, es así que el análisis en conjunto de la prueba, no solamente de la confesión, sino que el formulario de la afiliación, las inversiones de bolsa, queda claro la entrega de información, conforme el Decreto 633 de 1993 y que la demandante conocía de manera amplia, suficiente y oportuna de acuerdo al Decreto 720, la entrega de la información y las condiciones del RAIS.

Trae a colación las sentencias de ésta Corporación, en donde realizó un estudio macroeconómico de las demandadas de nulidades de traslado, el 14 de agosto de 2019 Rad. 7-2019-1295-01 en donde negó este tipo de traslado, porque atentan contra la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como sucede en el presente asunto, no se cumplen los requisitos para ordenar la nulidad de traslado.

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

- 1. INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que dentro del proceso no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento que llevara a cabo la declaratoria de nulidad de traslado de régimen, puesto que de las pruebas allegadas y el interrogatorio de parte se entiende que la misma que fue por voluntad propia decidió trasladarse de régimen pensional, cuando suscribió y firmó el formulario de afiliación y éste mismos hecho se ratifica cuando ha permanecido tantos años en el RAIS por más de 15 años, trasladándose a varios fondos pensionales, así mismo, frente a lo indicado por el Juzgado, en

relación a que procede el traslado al RPM, toda vez que estuvo afiliada a una caja de previsión social, y que las prestaciones económicas las debe asumir Colpensiones, se encuentra en desacuerdo, como quiera que lo que busca la nulidad es retrotraer las cosas a su estado anterior, y quien debe aceptar el traslado de dichos aportes debería ser la UGPP, quien fue inicialmente que se le otorgó administrar los recursos de los afiliados a esas cajas.

Dentro del proceso no se evidenció ninguna falta de información, pues la de demandante manifiesta el conocimiento de los fondos privados, en cuanto habla de la rentabilidad del RAIS.

Al devolverse al RAPM se estaría yendo en contravía del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en éste artículo, ya que la misma cuenta con 60 años, esto es, cumplió con la edad requerida para pensionarse, y su retorno sería ilegal. Por otro lado, en cuanto a la estabilidad financiera, no se puede tener en cuenta a la demandante en el RPM por lo que se busca es que Colpensiones le reconozca y pague una pensión de vejez que le sea financiada por las personas que si han aportado al régimen común y que son parte del RPM, contrariando el artículo 48 de la C.P., en concordancia con la sentencia C 1024 de 2004, pues lo que busca ésta sentencia es evitar la descapitalización del fondo común, y al aceptar los aportes de la demandante en el RPM se estaría descapitalizando el fondo común, pues si bien se reciben sus aportes que tenía en su cuenta de ahorro individual, ésta a futuro no resulta ser rentable para pagarle una prestación vitalicia a la demandante.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO el día 29 de noviembre de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP COLFONDOS SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida CAJA DE PREVISION SOCIAL – CAJANAL (fl. 75), solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 3 de noviembre de 1995, posteriormente solicitó trasladarse el 23 de noviembre de 1998 a la AFP COLPATRIA, efectiva a partir del 1 de enero de 1999. Luego, el día 4 de enero de 2000, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, con efectividad a partir del 1 de marzo de 2000. Posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE SA el 15 de abril de 2004, efectiva a partir del 1 de junio de 2004. Así mismo, solicitó el día 1 de enero de 2014 trasladarse a la AFP PORVENIR SA, con efectividad a partir del 1 de enero de 2014. Finalmente, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 31 de marzo de 2015, efectiva a partir del 1 de mayo de 2015 (fl. 187)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292

de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportaron expediente administrativo de la demandante. COLFONDOS SA aportó: certificado de afiliación, formulario de afiliación (2015); PORVENIR SA aportó: formularios de afiliación (1995, 1998, 2000, 2004 y 2005), formulario de instrucciones de diligenciamiento, certificado de ingresos y retenciones año gravable 2004, constancia de entrevista año, documento del perfil del inversionista, certificado de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, relación histórica de movimientos Porvenir SA, semanas cotizadas para pensión, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de noviembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 3 de noviembre de 1995, el demandante tenía 567 semanas (fl. 68) cotizaciones efectuadas bajo el empleador Hospital Fontibón Empresa Social del Estado del 21 de febrero de 1985 al 31 de diciembre de 1995, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 8 de julio de 1960 – fl. 32) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, en el año 2017, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente tiene más de 988 semanas en el RAIS – fl. 988), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría

un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

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

Ahora bien, si bien la demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traer a colación la

sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrino *"Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social."*

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora ALBA JULIETA CRUZ ESPEJO de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 3 de noviembre de 1995.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en

derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 julio de 2020 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá.

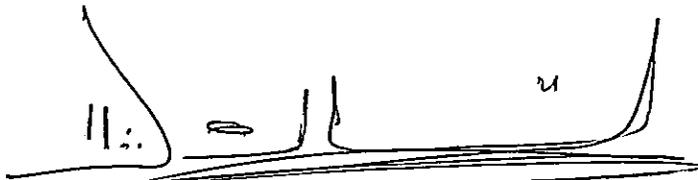
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA y COLPENSIONES) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los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

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500520190008401)


DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500520190008401)

Aclamo Voto!


ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520190008401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 05-2019-00057-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: DORA ELISA PARRA ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA Y
COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 5 a 7), así como la demandada Colpensiones (fls. 9 a 10) y PROTECCIÓN SA (fls. 12 a 20) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) DORA ELISA PARRA ROJAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 2 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. Declarar la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación a la señora DORA ELISA PARRA ROJAS, a cargo del fondo de pensiones INVERTIR hoy AFP PORVENIR SA.
2. Como consecuencia, se declare la nulidad del traslado o invalidez del acta o formulario de la afiliación suscrito por la señora DORA ELISA PARRA ROJAS, mediante el cual se afilió al RAIS.
3. Que para efectos pensionales, continúa afiliada la señora DORA ELISA PARRA ROJAS en el RPM hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
4. Que para efectos pensionales, el RAIS deberá realizar la devolución de los aportes al RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.

CONDENATORIAS PRINCIPALES:

1. A PORVENIR SA se obligue a efectuar nula o inválida el acta o formulario de afiliación suscrito por la señora DORA ELISA PARRA ROJAS, mediante el cual se afilió al RAIS con el fondo privado.
2. En consecuencia, se condene que para efectos pensionales, continúa afiliada la señora DORA ELISA PARRA ROJAS en el RPM administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
3. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 79 a 87) y PORVENIR SA (fls. 118 a 173), de acuerdo al auto visible a folio 91 y 174 respectivamente. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de junio de 2020, **DECLARÓ LA NULIDAD** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora DORA ELISA PARRA ROJAS, a través

de ahorro individual realizado por la señora DORA ELISA PARRA ROJAS, a través de INVERTIR y posteriormente PORVENIR SA. **ORDENÓ** a PORVENIR SA que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de PORVENIR SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**PORVENIR SA**) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que contrario a lo expuesto por el Juzgado, para el caso en concreto, la generación del negocio nulo no es procedente, en la medida en que se solo procedería en el evento en que se presentase un desconocimiento en el negocio jurídico que estaba suscribiendo, para el Despacho el error está en el tipo de negocio que se estaba suscribiendo, y es claro que todo lo opuesto se ha demostrado por parte de la demandante, no hay manifestación alguna que permita concluir que la actora no conocía que negocio jurídico estaba celebrando, por el contrario, admite que firmó el formulario de afiliación, y en lo que corresponde en materia pensional, no desconoce sobre qué tipo de negocio estaba celebrando, por el contrario tenía pleno conocimiento de lo que estaba haciendo, tan es así que posteriormente, se da la suscripción de un formulario para mantenerse vinculada con Porvenir SA, de esta medida se aparta de la consideración del Juzgado. Así mismo, conforme el salvamento de voto de la sentencia SL1452 de 2019, el magistrado dice que no se puede generar una regla uniforme por la cual todos los procesos en los que se ventilan este tipo de conflictos puedan tener la misma regla de solución, es necesario verificar las características específicas de éste negocio, a lo cual se observa el acto de ratificación posterior al hacer la suscripción de ése formulario. En ese sentido, debe tenerse que en la sentencia SL52704 de 2018, de cuál era el motivo principal de mantenerse vinculada al RAIS. Ahora, de conformidad con el interrogatorio de parte rendido por la demandante manifiesta que solo vino a tener consciencia o a manifestar su interés respecto de cuál era su monto pensional en el año 2016, al momento en que estaba realizando aportes en

materia pensional. Así mismo indica que sostener el traslado de uno u otro régimen va a ser desfavorable per se, pues implicaría decir que el RAIS es desventajoso para los afiliados, y no sería aconsejable al traslado de régimen pensional, en el evento de la demandante, no tiene ninguna expectativa pensional que ya estuviese en construcción, a punto de causarse, y al hacer su traslado le causaría un perjuicio por la condición en la que se encuentra, por lo que al no ser beneficiaria de régimen de transición, no había un derecho claro al momento en que la actora se trasladó y por ello, al hacer otro traslado sería decir que si era aconsejable, pues podía consolidar su derecho en cualquiera de los regímenes.

El deber de información ha ido cambiando, pues la doble asesoría al punto de llegar a desmotivar al afiliado para que tome una decisión, se creó de manera posterior a la Ley 100 de 1993, los Decreto 720 como el 692 o 652 de 1994 habla los requisitos de información, para que el negocio sea válido y entre ellos no habla que haya un consentimiento informado, y con qué tipo de información se debe otorgar.

2. **TRASLADO DE SUMAS ENTRE REGÍMENES:** Al descartarse la primera hipótesis, la consecuencia de trasladarse de régimen pensional, trae consigo trasladar las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, en el evento de confirmar la sentencia de la nulidad de traslado, es de manifestar que para Porvenir es importante lo que corresponde a los gastos de administración y a la sumas de seguros previsionales, son sumas que no deben descontarse a Porvenir, en la medida que ya están consumidas, razón por la cual éstas sumas no deben ser trasladadas por Porvenir, razón que ha sido reconocida por la Superintendencia Financiera en el que se pronunció cuáles eran los efectos de la nulidad de traslado de régimen.
3. **COSTAS:** Al descartarse las dos anteriores hipótesis, no habría lugar a condenar en costas en primera instancia.

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

1. **INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta que dentro del proceso no se evidenció algún vicio del consentimiento, ya sea por error, fuerza o dolo, ya que dentro

del proceso la demandante manifestó haber firmado de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS, así mismo el retornar al RPM no se puede tener en cuenta toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la actora presentó su solicitud cuando contaba con 54 años de edad, así pues para la época para cuando realizó el traslado al RAIS la demandante no se encontraba inmersa en ninguna prohibición legal y aceptó las condiciones, conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al permanecer en el RAIS por más de 20 años, la demandante ratifica su decisión de permanecer en el RAIS y manifiesta conocer las características del RAIS.

2. **FALTA DE INFORMACIÓN:** No se probó en el proceso por parte de la demandante, pues la carga dinámica está en cabeza de la misma, conforme lo establece el artículo 167 del CGP. Dentro del presente asunto, no existe vicio del consentimiento, esto es, error, y si nos encontramos frente a un error, el mismo es de derecho, se hace conforme al principio del derecho romano, que habla que la ignorancia no sirve de excusa, conforme se dispone en el artículo 9 del CC y sentencia C 995 de 2006. Finalmente, señala que no es admisible aceptar a la demandante en el RPM, pues duro más de 20 años en el RAIS, y el negocio jurídico fue celebrado entre la AFP INVERTIR y Colpensiones no tiene injerencia alguna en el contrato, por tanto no se le puede endilgar responsabilidades contrariando el artículo 48 de la CP, pues al recibir a la demandante en Colpensiones, se estaría descapitalizar el sistema, por cuanto se estaría beneficiando de las cotizaciones que siempre han permanecido en éste régimen, dejándolos en desventaja a los mismos.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP INVERTIR SA efectuado por el (la) señor (a) DORA ELISA PARRA ROJAS el día 3 de mayo de 1994; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho

a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP INVERTIR SA el 3 de mayo de 1994 (fl. 140), posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Horizonte el 1 de octubre de 1996, efectivo a partir del 1 de diciembre de 1996. Finalmente, solicitó trasladarse el 22 de mayo de 1997, con efectividad a partir del 1 de julio de 1997 (fl. 143).

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

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

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

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

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

pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportaron expediente administrativo de la demandante. PORVENIR SA aportó: formulario de afiliación (1994 y 1997), historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, relación histórica de movimientos Porvenir SA, certificación de bono pensional, semanas cotizadas para pensión.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 3 de mayo de 1994, el demandante tenía 624 semanas (fl. 168), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 27 de julio de 1963 – fl. 32) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, en el año 2020, podría pensionarse en el RPM, (Actualmente tiene más de 1,598 semanas – fl. 168), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco, o en el evento para poder obtener una pensión, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la de Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora DORA ELISA PARRA ROJAS de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP INVERTIR SA el 3 de mayo de 1994.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

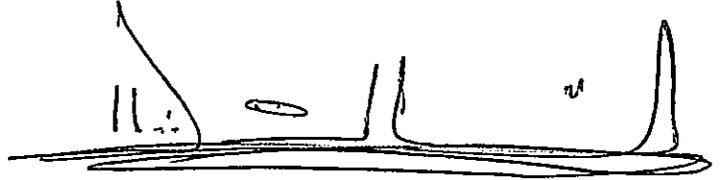
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

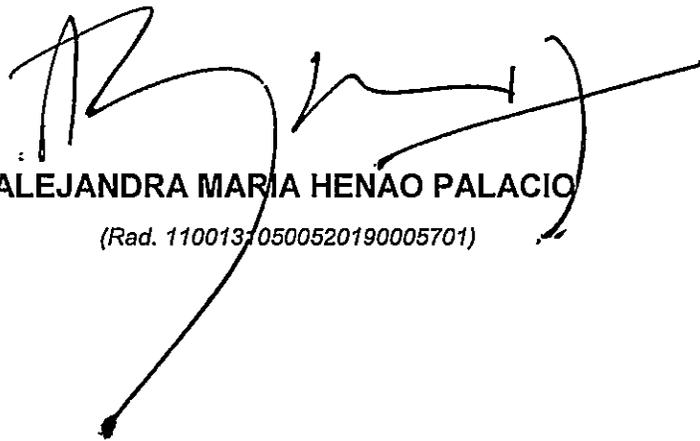
Ponente

(Rad. 11001310500520190005701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500520190005701)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520190005701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 05-2019-00015-01

Bogotá D.C., mayo veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES y
PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de junio de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Porvenir SA (fls. 5 a 10 y 28 a 35), así como de Colpensiones (f. 23 a 26) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 18 y 19 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar probado que la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, NACIÓ EL 11 DE JULIO DE 1960.
2. Declarar probado, que la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, en su condición de trabajadora dependiente, se afilió al ISS hoy Colpensiones.
3. Declarar probado, que la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, se afilió al Régimen de Prima Media al ISS hoy Colpensiones desde el 3 de marzo de 1988 hasta el 30 de octubre de 1995.
4. Declarar probado, que la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, se trasladó de régimen pensional a la AFP Colfondos SA, según certificado expedido por Colpensiones.
5. Declarar probado que el formulario de afiliación y/o traslado de régimen pensional de MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, fue diligenciado por funcionario de la AFP COLFONDOS SA.
6. Declarar probado que la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO en julio de 2002 efectuó el traslado a Porvenir donde actualmente se encuentra afiliada y cotizando como trabajadora dependiente.
7. Declarar que al traslado de fondo y de régimen inicialmente, MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, NO se encontraba cobijada bajo al régimen de transición consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 modificado por el Decreto 758 del mismo año.
8. Declarar que se realizaron las respectivas solicitudes de nulidad del cambio de fondo ante los fondos de pensiones Colpensiones, AFP Colfondos SA y AFP Porvenir SA.
9. Declarar probado que Colpensiones, mediante oficio adiado el 15 de agosto de 2018 dio respuesta a la solicitud de nulidad de cambio de fondo.
10. Declarar probado, que AFP Porvenir SA mediante oficio adiado el 28 de agosto de 2018, dio respuesta a la solicitud de nulidad de cambio de fondo.

11. Declarar probado, que AFP Colfondos SA mediante oficio adiado el 12 de septiembre de 2018, dio respuesta a la solicitud de nulidad de cambio de fondo.
12. Declarar probado que se agotó el trámite administrativa ante la entidad demandadas realizando la respectiva solicitud de nulidad y se cumplió el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción laboral.
13. Declarar probado que la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO requiere retornar al régimen de prima media con prestación definida sin perder los beneficios del régimen de prima media que maneja Colpensiones por el hecho de haberse efectuado el cambio de fondo, el cual se realizó vulnerando derechos fundamentales por ello se acude a la jurisdicción.
14. Declarar probado que como corolario de lo argumentado, declarar la nulidad e ineficacia del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida que manejaba el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA.
15. Declarar probado, que como consecuencia de la anterior declaratoria se condene a Colpensiones al retorno inmediato de la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, conservando el régimen de prima media con prestación definida en Colpensiones, manteniendo los beneficios de dicho régimen.
16. Que se condene a Colpensiones a recibir todos y cada uno de los valores que hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados.
17. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad se condene a la demandada AFP Porvenir SA a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la señora MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 121 a 130), PORVENIR SA (fls. 184 a 235) y COLFONDOS SA (fls. 144 a 162), de acuerdo al auto visible a folio 236 y 245. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 5º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de junio de 2020, **DECLARÓ** la nulidad de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO** a través de **COLFONDOS SA**. **ORDENÓ** a **PORVENIR SA** a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar la historia laboral. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **COSTAS** a cargo de **COLFONDOS SA**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Porvenir SA, teniendo en cuenta que en el presente asunto, se ha demostrado con el interrogatorio de parte que la demandante conocía las condiciones y características del RAIS, pues así lo indicó y en este sentido se puede inferir que la actora tenía conocimiento de las condiciones y características del RAIS, a su vez respecto de la premisa expuesta por el A Quo, no se puede dar un silogismo en el cual se perdona la negligencia por parte del afiliado, y en este sentido, el argumento del Juez está orientado que la afiliada no tenía información y por tal razón la persona es negligente, empero pero corresponde a una apreciación correcta el decir que si una persona se preocupa por sus expectativas pensionales, al momento de leer el formulario y constatar lo que dice, así como de la capacitación por parte de los fondos, y ésta persona encuentra que no es así, lo primero que saltaría a la vista es que una persona diligente se niega a firmar el formulario de afiliación porque desconoce las condiciones y características que están indicando en el formulario, sin embargo, la demandante además de leer el formulario, lo firmó de manera libre y voluntaria, en este sentido solamente se puede indicar que la persona de forma negligente no acudió a sus derechos y expectativas pensionales, sino que creyó que era un simple trámite que después de 20 años estamos en la presente Litis. A su vez, pone de presente que la demandante pone de presente y aduce que una de las razones por las cuales impetra esta demanda en contra de las administradoras de fondos de pensiones y Colpensiones, es porque se le informó que el ISS se iba a acabar, sin embargo dicho argumento se cae por su propio peso por cuanto, si conoce las condiciones y características del RAIS y además como la misma demandante afirma, conocía que tenía la oportunidad de

realizar el traslado al RPM. En este sentido, la gravedad del asunto jurídico reposa en la negligencia del afiliado, pues en este sentido no debe concederse la nulidad de traslado, pues con los argumentos expuestos no fue diligente, sino que por el contrario fue negligente. Finalmente, se concluye que la actora no es un afiliado lego, sino que por el contrario realizó múltiple traslado horizontal, y en este sentido, se puede indicar que Porvenir cumplió a cabalidad con su deber de información.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, con el objetivo de que sea revocada y en su lugar se absuelva a Colpensiones, teniendo en cuenta en primer lugar no se debe declarar la nulidad de traslado de régimen pensional, toda vez que de las pruebas allegadas y del interrogatorio de parte practicado a la demandante, se evidencia que no existe ningún vicio del consentimiento, que indique que la demandante se trasladó por error, fuerza o dolo, ya que la misma firmó el formulario de afiliación aceptando las condiciones mismas de dicho régimen. Así mismo, se debe indicar que el error de derecho no vicia el consentimiento, toda vez que la demandante no fue diligente, teniendo en cuenta que la normatividad que rige el sistema de seguridad social, esto es, el RAIS y el RPM se encuentra en la Ley 10 de 1993 y la misma pudo haber consultado, así mismo, la actora nunca corroboró la información respecto del ISS, por tanto ella no se preocupó en su momento de la afiliación que estaba haciendo, simplemente firmó sin verificar la información o tampoco verificó el documento que estaba firmando. Igualmente, resalta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues la misma solicitó su traslado cuando estaba próxima a cumplir la edad requerida, y por lo tanto no puede retornar al RPM. De igual forma, se debe indicar que si existe algún vicio de consentimiento, o el superior lo considera así, la demandante ratificó su decisión y confirmó que conocía de dichas características del RAIS y respecto de la información que aduce la demandante, no le fue informada, pues debió ser informada pues la carga de la prueba está en cabeza de la parte demandante, tal y como lo establece el artículo 267 del CGP, en concordancia con la sentencia C 086 de 2016, por lo tanto, la demandante debió demostrar que existió algún vicio, y dentro de las pruebas allegadas no se evidencia ningún vicio en el consentimiento.

Finalmente, solicita se absuelva a Colpensiones, toda vez que lo que busca la demandante es descapitalizar el fondo común, tal y como lo establece el artículo 48 de la CP, ya que la misma lo que busca es que se le reconozca y pague una mesada pensional superior, respecto de la del RAIS, y con las cotizaciones que si han

permanecido dentro de éste régimen y en ese sentido, la demandante va a resultar favorecida con las cotizaciones de los demás afiliados.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) MARTHA EDILIA PEÑARANDA TORRADO el día 13 de octubre de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 13 de octubre de 1995, efectiva a partir del 1 de noviembre de 1995, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 30 de junio de 2002, con efectividad a partir del 1 de agosto de 2002 (fl. 190 Vto.).

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

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

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

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

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del

precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre

otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente el fondo demandado en la contestación de la demanda Colpensiones no aportó ninguna prueba documental. COLFONDOS SA aportó: historia de vinculaciones del SIAFP, formulario de afiliación (1995), certificado de afiliación. Porvenir SA aportó: formulario de afiliación (2002), historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación, historia laboral, relación histórica de movimientos, relación de aportes, historia laboral, certificado de bonos pensionales, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de octubre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia

total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 13 de octubre de 1995, el demandante tenía 290 semanas (fl. 223), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 11 de julio de 1960, fl. 24) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, cumpliría 57 años de edad, en el año 2017 podría pensionarse en el RPM (Actualmente tiene 1.477 semanas – fl. 223), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor Martha Edilia Peñaranda Torrado del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 13 de octubre de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

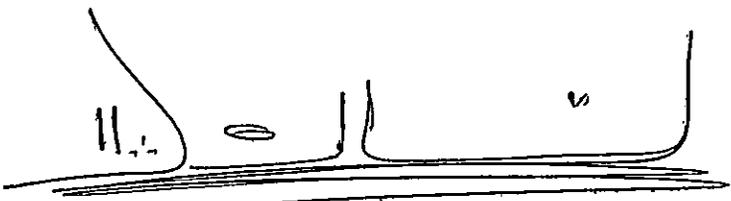
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2020 por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

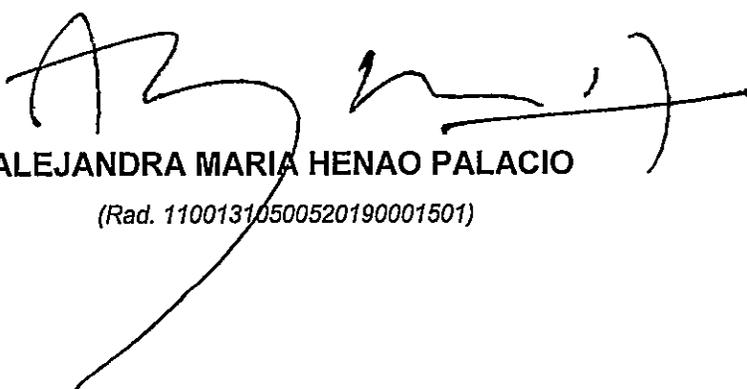
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500520190001501)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310500520190001501)
Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500520190001501)