



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 34-2018-00436-01

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: HECTOR MARIO GUZMAN ACOSTA

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA, Y COLPENSIONES)) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Northey Alejandra Huerfano Huerfano con tarjeta profesional No. 287.274 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl.334)

La parte demandante (fl 337) y la parte demandada Colpensiones (fls.331) y Porvenir (fls.340) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 03 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Héctor Mario Guzman Acosta instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 y a folio 151 en subsanación de demanda, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación efectuada por el señor Hector Mario Guzman Acosta en fecha 01 de junio de 1999 con AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara al RAIS al que pertenece dicha administradora.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la afiliación de dichos traslados, se condene a Colpensiones a recibir y afiliar al señor Hector Mario Guzman Acosta nuevamente en el RPM como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático que representa la nulidad.
3. Se condene a AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del señor Hector Mario Guzman Acosta del RAIS al RPM sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados a la AFP Porvenir S.A.
4. Se condene a las demandadas a que se paguen las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE.
5. Se condene en costas y agencias de derecho a la demandada.
6. Se condene extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda Colpensiones (fl 190), y AFP Porvenir SA (fl 280) de acuerdo al auto del 19 de marzo de 2019. Se opone a las pretensiones del (de la) demandante y propone excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por Héctor Mario Guzman Acosta del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **ORDENÓ** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de AFP Porvenir S.A. y efectuar los ajustes en la historia laboral del actor. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho, a la AFP Porvenir S.A. y a favor del demandante, en la suma de \$1.000.000, **REMITIÓ** copia de la providencia a la Agencia Nacional De Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones elevadas por la parte demandante, y **REMITE** en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Solicita se revoque la sentencia en su totalidad, en especial, en lo referente a ordenar a Colpensiones a recibir el traslado del demandante, en consideración a lo siguiente:

Expresa que al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso, desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado, como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no

se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia por lo que hay lugar a absolver a Colpensiones.

Invita al honorable Tribunal a recordar que es un deber inexorable de cada despacho analizar caso a caso los asuntos de ineficacia de traslado, como quiera que, no todos resultan idénticos en supuestos facticos de cara a dar aplicación a la doctrina probable.

Dice que la ineficacia del traslado no puede predicarse, respecto de todos los casos de manera automática e inconsulta, sino que es necesaria la ocurrencia de un perjuicio claro, cierto y específicamente determinable para el afiliado en el momento en que se produjo el traslado. De igual manera, hace recordar, que el afiliado realizó su traslado de manera voluntaria, y que esto le permite colegir, que hizo, como los requisitos que señala el *artículo 11 del decreto 692 1994*, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos pre-impresos.

También expresa, que no existía ninguna razón alguna para que la AFP negara el traslado, estándole dado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para trasladarse. De igual manera, se permite recordar sobre la prohibición legal que existe y que está contenida en el *artículo 2 de la ley 797 del 2003*, la cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Dice que en igual sentido, no se acreditan vicios del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el *artículo 1740 del código civil*.

Respecto al deber de información, manifiesta que si bien las AFP's deben informar, esto no exonera a los afiliados que concurren de manera informada, aunque sea medianamente al momento de suscribir el formulario del que ya se tiene conocimiento.

Por último, se refiere a la carga de la prueba, dice que se está desconociendo el precedente constitucional al valerse de manera generalizada de la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil y en consecuencia "legos" e inexpertos, desconociendo adicionalmente, que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos, para buscar un aprovechamiento pensional.

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

Interpone el recurso teniendo en cuenta que la declaración de la ineficacia del traslado de Régimen efectuado, se fundamentó por parte del fallador de primera instancia, referente a la jurisprudencia que se ha venido profiriendo en sede de Casación por la Sala Laboral de la C.S.J.

Expresa que, no es del caso contrariar los supuestos ya centrados jurisprudencialmente, pero si es importante tener en cuenta que los criterios a adoptar frente a decisiones judiciales tienen un carácter auxiliar respecto al criterio legal que la misma *Constitución* centra frente al *artículo 230* de dicha normativa, es decir, la prohibición legal consagrada en el *artículo 02 de la ley 797 del 2003*, tiene un carácter principal al criterio jurisprudencial que emana la Corte Suprema de Justicia y es un criterio por jerarquización de la ley que conlleva a valorar criterios de prohibiciones de carácter legal, principal a los criterios auxiliares de las demás fuentes del derecho.

Dice que atendiendo este aspecto, y no solamente limitándonos a criterio legal, también existe el precedente constitucional que conlleva una preferencia frente a las mismas fuentes auxiliares y valorar sentencias como la C 1024 del 2004, debe ser vista desde un aspecto principal porque la Corte Constitucional declara la exequibilidad de esa prohibición legal que consagró el *artículo 02 de esa ley 797 del 2003* y realiza un fundamento extenso referente a la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, el principio de estabilidad económica y financiera dentro del régimen de ahorro individual y dentro de estos presentes casos, se está dejando de lado u omitiendo tal situación importante, si llegará a contrariar claramente la jurisprudencia que se emana por parte de la Sala Laboral, debe darse que dentro del caso en particular, que nos atañe, si bien existen circunstancias de tiempo, modo y lugar que conllevan a cada traslado de régimen, conllevar a que esos supuestos facticos puedan variar.

Declara que no se trata simplemente de presentar un escrito de demanda sin medios probatorios adicionales, endilgarle toda la carga probatoria a las demandadas, desacreditando el formulario de afiliación o restándole credibilidad probatoria frente a lo que la misma ley exigía en ese momento que debía contener el formulario de afiliación y adecuar claramente los supuestos facticos del escrito introductorio porque eso rompe claramente las facultades que son atribuidas al fallador de primera instancia, frente a adecuar los supuestos facticos o las contradicciones que pueden existir como según dice se presentó dentro del escrito introductorio y dentro de lo manifestado en del interrogatorio de parte por el demandante, que conlleva claramente a entender las circunstancias de tiempo,

modo y lugar en que se dio el traslado de régimen, frente a la información que recibió frente a ese traslado de régimen.

Expresa que en este caso más aun, cuando quien realizó el traslado de régimen no fue AFP Porvenir en ese momento, diferente es que, posteriormente por sesiones por fusiones, se haya adoptado o se haya acogido esa administradora de pensiones pero para valorar la responsabilidad que existe a la administradora de pensiones, si era importante que se valorara la condición de Colpatria al momento de trasladarse de régimen, que era independiente con Porvenir y la condena a declarar claramente la ineficacia y la devolución de lo mencionado en el numeral 2, pues claramente no tiene en cuenta el criterio de independencia que existía al momento de traslado de régimen de estas dos AFP.

Gastos de administración

También solicita a la Sala Laboral, se tenga en cuenta que la condena a AFP Porvenir a gastos de administración, también frente a su indexación por devolución, conlleva claramente a una afectación al patrimonio económico de la misma, más aún, cuando se ha venido impartiendo por buena fe la administración de los aportes del afiliado, cuando generaron rendimientos positivos en la cuenta de ahorro individual, cuando se le pago unas primas de seguros durante el tiempo de afiliación y, cuando AFP Porvenir no es la responsable referente al traslado de régimen inicial que ha conllevado a la Corte condenar a esa ineficacia y a la devolución de gastos de administración, claramente, porque es un tercero frente a ese acto jurídico de traslado.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

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) **Hector Mario Guzman Acosta** el día 30 de abril de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliado 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 Colpatria hoy AFP Porvenir SA el 30 de abril de 1999 (fl.295) con efectividad a partir del 1 de junio de 1999 (fl62) 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 por 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 el 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 el fondo demandado Colpensiones, en la contestación de la demanda, aportó el expediente administrativo del demandante. AFP Porvenir S.A aportó formulario de afiliación del año 1999, constancia publicación artículo diario El Tiempo de 14 enero 2004., copia de respuesta a derecho de petición de la demandante.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de abril de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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 30 de abril de 1999, el(la) demandante tenía 519 semanas (fl 26) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 08 de octubre de 1953 – fl.22), es beneficiario del régimen de transición y al seguir cotizando como en efecto lo hizo (actualmente ha cotizado más de 1.475 semanas - fl 26), se habría podido pensionar en el año 2015 en el régimen de prima media, con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, 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 Colpatría hoy AFP Porvenir SA.

Respecto del argumento expuesto por los apoderados de las demandadas AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir SA.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones sobre la carga probatoria, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le

corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

Por lo anterior, al señalar en la apelación que al no ser un afiliado lego por su nivel educativo, es claro que los fondos tienen el deber de suministrar una información veraz y completa para cualquier nuevo afiliado, pues independientemente de la formación académica de la parte actora, no lo hace experta en materia pensional y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

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 el(la) señor(a) **Hector Mario Guzman Acosta** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la AFP Colpatría hoy AFP Porvenir S.A. el 30 de abril de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA, y Colpensiones habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fijense 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 15 de marzo de 2021 por el juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA y Colpensiones) y a favor de la parte actora. Fijense 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.

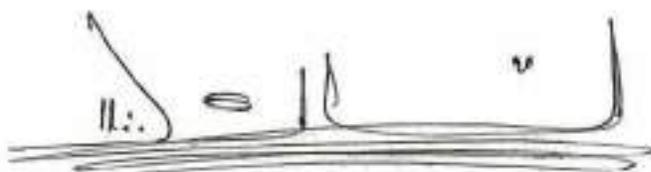
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503320180060001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503320180060001)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503320180060001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2018-00038-01

Bogotá D.C., treinta (30) de Agosto de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JOSE FABIO CARDONA GRANADOS
DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME (Llamado en garantía)
ASUNTO: APELACION PARTE DEMANDADA Y CURADOR DE WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Curador Ad Litem del señor Willinton Néstor Camacho Guatame en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo 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 Porvenir SA (fls. 4 a 7) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, la parte demandante y el llamado en garantía no presentaron alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) JOSE FABIO CARDONA GRANADOS instauró demanda ordinaria laboral contra la AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 84 y 85 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Que el señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS ha sido declarado inválido permanente total por la autoridad competente.
2. Que la AFP PORVENIR SA debe hacer reflejar en la historia laboral del trabajador los pagos efectuados por su último empleador, el señor WILLINTON CAMACHO.
3. Que por haber estado afiliado a la AFP Porvenir SA y haber cotizado más de 50 semanas durante los 3 años anteriores al accidente que causó su invalidez, tiene derecho a la pensión de invalidez de origen común.
4. Que la AFP Porvenir SA es la empresa obligada a reconocer y pagar al inválido la pensión a que tiene derecho siguiente los mandatos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 y 860 de 2003.
5. Que la pensión de invalidez de origen común que debe pagar la AFP Porvenir SA al trabajador a partir del momento en que fue declarado inválido (19 de enero de 2014), corresponde a una suma igual al SMLMV, valor que se debe actualizar cada año.

CONDENATORIAS:

1. Condenar a la AFP Porvenir SA a reconocer y pagar al trabajador la pensión de invalidez de origen común.
2. Condenar a la AFP Porvenir SA a pagar al inválido la pensión a que tiene derecho con un valor igual al SMLMV a partir de la fecha de estructuración de la invalidez (19/01/2014) y a actualizar el valor de cada año.
3. Al pago de intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993.
4. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

PORVENIR SA contestó la demanda (fls. 90 a 102), de acuerdo al auto visible a folio 157 y 158. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 12 de diciembre de 2018, se admitió el llamamiento en garantía realizado por **PORVENIR SA**, a efectos de vincular al señor **WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME** (fl. 157 y 158).

El señor **WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME** contestó la demanda a través de Curador Ad Litem (fls. 202 a 204), de acuerdo al auto visible a folio 207. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 9 de marzo de 2021, **CONDENÓ** a la demandada AFP Porvenir SA al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor **JOSE FABIO CARDONA GRANADOS** en forma mensual sujeta a los reajustes de Ley, a partir del 19 de enero de 2014. **CONDENÓ** a la demandada AFP Porvenir SA al pago del retroactivo pensional a favor de **JOSE FABIO CARDONA GRANADOS** en cuantía de \$65.638,318, el que comprende las mesadas causadas desde el 19 de junio de 2014 al 28 de febrero de 2021, a partir del 1 de marzo de 2021, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada a la que tiene derecho el actor, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales. **CONDENÓ** a **WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME** al pago del cálculo actuarial por los ciclos enero, abril, mayo, agosto de 2021, junio agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013 y teniendo en cuenta para ello un SMLMV para la época, lo anterior sin perjuicio del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor **JOSE FABIO CARDONA GRANADOS**. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **COSTAS** a cargo de la AFP **PORVENIR SA**, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada (**PORVENIR SA**) apeló el fallo de primera instancia:

1. **PERIODOS EN MORA:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se ABSUELVA a Porvenir SA, teniendo en cuenta que el mismo demandante en su interrogatorio de parte manifestó que la vinculación que tenía con sus contratistas era intermitente, con ingresos y retiros en unas épocas, lo que no acreditaría una relación laboral constante, máxime si se tiene en cuenta que los periodos se cotizaron tardíamente, y que solo se vienen a acomodar 50 semanas, al hacer pagar al fondo, por lo que al validar las semanas efectivamente cotizadas a marzo de 2014, no se contaba con la totalidad requeridas para ese momento.

Ahora, no se acredita las 50 semanas cotizadas por el demandante, al momento de la estructuración de la invalidez, y solo vinieron a ser acomodadas esas semanas de manera tardía en marzo de 2014 por el señor CAMACHO que no se presentó al proceso por obvias razones, porque validó los aportes de 2012 a 2013 sin relación alguna, solo con la finalidad de que se diera ese reconocimiento pensional.

2. **APORTES A SALUD:** En el caso de confirmar la sentencia, el Juzgado no tiene en cuenta que del retroactivo pensional ordenado no descontó ningún concepto por salud, luego esa totalidad de la condena no puede ser a favor del actor, además porque tampoco se expresó cuantas mesadas al año se calcularon en el año.

El llamado en garantía a través del Curador Ad Litem apeló el fallo de primera instancia:

1. **PRESCRIPCIÓN APORTES PENSIONALES:** Señala que de conformidad con la sentencia SL de 2021 se ha adoctrinado que existe prescripción respecto de los aportes que se refiere al cobro que debe realizar el Fondo de Pensiones al empleador, en este caso, tal y como lo manifiesta el Juzgado del 2012 a 2014 que estaba obligado el señor WILLINTON se encuentra prescrita la acción.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si el señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 previo el pago del cálculo actuarial en cabeza del señor WILINTON NESTOR CAMACHO GUATAME. **2.** Descuentos en salud.

DE LA PROCEDENCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ BAJO LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS EN LA LEY 860 DE 2003:

Sea lo primero indicar que no se discute la condición de invalidez del señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS, puesto que SEGUROS DE VIDA ALFA SA mediante dictamen en primera oportunidad del 18 de junio de 2015, determinó que el demandante padecía una pérdida de capacidad laboral del 92,9%, estructurada el 19 de enero de 2014, de origen: accidente común (fls. 27 a 30).

Así pues, en reiteradas oportunidades se ha sostenido que la normatividad aplicable para definir el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, es la norma vigente a la fecha de estructuración; sin perjuicio de las excepciones precisas 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 (Sentencia SL 2008 – 2018 con radicación No 65502).

En virtud de lo expuesto, la norma aplicable de acuerdo con la fecha de estructuración del estado de invalidez (19 de enero de 2014) corresponde al artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y exige que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Ahora, en cuanto al tiempo de cotización requerido para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez, de acuerdo con lo manifestado en los hechos de la demanda, así como en el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA, algunos de los empleadores del actor, en algunos ciclos pagaron parcialmente los aportes del trabajador, pues sólo lo hacían por días y con salarios inferiores al mínimo legal

vigente, sin embargo sostiene que el último empleador, el señor Néstor Camacho realizó pagos al sistema de Seguridad Social en pensiones que administraban porvenir SA pagos que correspondieron a los ciclos de febrero mayo junio septiembre y diciembre del año 2012 y julio septiembre diciembre del año 2013.

Así pues, las cotizaciones efectuadas dentro de éste periodo bajo el empleador WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME fueron cancelados extemporáneamente, imputados a ciclos anteriores, dentro de éste periodo antes mencionado.

Frente al tema, se tiene que efectivamente se reflejan las semanas cotizadas bajo el empleador WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME, sin embargo el pago se realizó de manera extemporánea, situación que en ningún caso puede afectar al afiliado, toda vez que la omisión en el pago de las cotizaciones no pueden ser trasladadas al afiliado.

En ese orden de ideas, Sobre el asunto en controversia la Corte en providencia CSJ SL, 10 feb. 2009, rad. 34256 reiterada, entre otras, en CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 40852, CSJ SL782-2013, CSJ SL5987-2014, CSJ SL4818-2015 y CSJ SL 12718-2016, ha sostenido:

"[...] en el caso del trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de cotizante, independientemente de que se presente mora patronal en el pago de las mismas.

*Lo anterior, permite evidenciar que el juez colegiado, **acertó al incluir en la sumatoria de cotizaciones del causante, aquellas correspondientes a los tiempos en que prestó servicios al señor José Sandoval Hernández durante los meses de noviembre y diciembre de 2010 y enero y febrero de 2011, aunque su pago haya sido extemporáneo, en razón a que no existió discusión alguna ni en las instancias, ni en sede extraordinaria, dada la senda elegida, en torno a que aquellas fueron causadas en vigencia del contrato de trabajo lapso en el que igualmente estuvo vigente su afiliación a la administradora de pensiones demandada.***

Al punto es pertinente señalar que, ante el estado de mora en el pago de aportes a favor de un trabajador, las administradoras de pensiones tienen la obligación de adelantar las gestiones de cobro necesarias con el propósito de obtener el debido recaudo de las cotizaciones, de modo que, de omitirse dicho deber, se da lugar, al reconocimiento y pago de la prestación.

Con relación a este último tópico, en decisión SL1539 de 2021, reiterada de la sentencia SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, la H. Corte Suprema de Justicia fijó el criterio, que se mantiene inalterable a la fecha, según el cual:

Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado. (Subrayado de la Sala).

Es por lo anterior, y contrario a lo afirmado por la AFP apelante, a la administradora le está vedado desconocer la efectividad de las cotizaciones realizadas a favor del afiliado, aun con posterioridad a la estructuración del riesgo, so pretexto de una mora, en tanto la falta de acción, diligencia y gestión en el recaudo de las cotizaciones impone que sobre ella recaiga la responsabilidad en el reconocimiento de la prestación.

Así lo ha nuestro máximo órgano de cierre en similares términos entre otras, en la sentencia SL1539 de 2021, reiterada de la sentencia decisión SL6035-2015, en la que adoctrino:

"[...] la falta de cotizaciones, o su mora en el pago, en nada afectan la calidad de afiliado del trabajador al sistema de seguridad social, como tampoco es dable confundir el acto jurídico de la afiliación con el de la cotización. Más aún, la falta de pago de cotizaciones al sistema o la mora en su cubrimiento, no son omisiones atribuibles al trabajador, por manera que por el mero hecho de contar con la calidad de afiliado bien puede exigir de aquél las prestaciones a que tenga derecho al cumplir las exigencias propias de cada uno, sin que le sea imputable el incumplimiento de su empleador."

Aclarado lo anterior, se tiene de acuerdo con el reporte de Historia Laboral del señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS visible a folios 114 a 118 del plenario, se acredita que el actor cotizó **65,71** semanas al Sistema General de Pensiones dentro de los 3 años anteriores a la estructuración, esto es, desde el 19 de enero de 2011 al 19 de enero de 2014, fecha para la cual se declaró la fecha de estructuración de la invalidez al demandante.

Debe resaltarse que los ciclos enero, abril, mayo, julio y agosto de 2012, así como junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013 se encuentra debidamente reflejados en el reporte de historia laboral, y los cuales se incluyeron a efectos de contabilizar las semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración del demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es de recibo para ésta Sala de decisión desconocer las semanas efectivamente reportadas en la historia laboral del demandante, pues no cabe asomo de duda conforme lo detallado anteriormente que el señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS mantuvo vigente una relación laboral con el señor WILLINTON NESTOR CAMACHO GUATAME por los periodos antes mencionados y que los mismos fueron cancelados y por tal razón se encuentran reportados en la historia laboral del actor sumando 150 días, en ese sentido, la negligencia no solo de su ex empleador, sino de la administradora expone al demandante en una situación grave al poner en peligro su futuro pensional, sin importarle su condición médica que si bien le permitió seguir cotizando, la enfermedad que padece afecta cada día más su estado de salud, razón por la cual las semanas mencionadas no pueden ser desconocidas, toda vez que el demandante no tiene por qué soportar la carga de la AFP demandada de no reconocer los periodos detallados en la misma historia laboral que ésta expide.

Debe recordarse que la historia laboral opera como elemento de prueba que, a la vez que facilita el acceso del trabajador y de la entidad que administra sus aportes a información clara, actual y completa sobre el estado de cumplimiento de los requisitos en virtud de los cuales el primero podría llegar a adquirir el estatus de pensionado, propicia el oportuno reconocimiento de la prestación económica y la salvaguarda efectiva de los derechos de la seguridad social que se protegen a través del mismo. Los deberes que surgen para las entidades encargadas del reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema pensional en su condición de administradoras de las historias laborales de sus afiliados no se agotan, sin embargo, en función del valor probatorio que ostentan esos documentos. Su responsabilidad en esa materia tiene que ver, también, con la naturaleza de la información que allí se consigna, la cual, en los términos advertidos previamente, incluye datos que facilitan la identificación e individualización del trabajador, permiten conocer el monto de sus ingresos y el tipo de actividad de la que estos se derivan. Se trata, en suma, de datos personales, cuyo tratamiento se sujeta a las pautas contempladas en la Ley 1581 de 2012 respecto del tratamiento de las bases de datos y archivos que incluyen información de esas características. Las obligaciones que la ley y la jurisprudencia les han atribuido a las administradoras de los regímenes pensionales respecto del manejo de la información y de los soportes que acreditan las cotizaciones efectuadas por sus afiliados desarrollan cada una de las perspectivas expuestas: la de la historia laboral como soporte probatorio del esfuerzo económico realizado por el trabajador para acceder a los ingresos que no podrá procurarse por sí mismo en cierta etapa de su vida y la de la historia laboral como documento contentivo de datos personales que requieren de un tratamiento especial, consecuente con la entidad de los bienes jurídicos involucrados en el manejo de la información que consignan.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, serán tenidas en cuenta la totalidad de los días cotizados, incluyendo los correspondiente al periodo de enero, abril, mayo, julio y agosto de 2012, así como junio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2013, pues sin dubitación alguna, se encuentran reflejados en el reporte de historia laboral, conforme se observa a folios 114 y siguientes del plenario.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el reporte de Historia Laboral visible a 114 y siguientes del plenario, se encuentra acreditado que el actor cotizó **65,71** semanas al Sistema General de Pensiones dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, esto es, desde el 19 de enero de 2011 al 19 de enero de 2014, fecha para la cual se declaró la fecha de estructuración de la invalidez al

demandante, acreditando el número mínimo de semanas exigidas por la normatividad antes mencionada, conforme lo indicó el Juez de instancia.

Ahora, teniendo en cuenta que se encuentra plenamente acreditado que el demandante padece el 92,9% de pérdida de capacidad, es procedente **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir SA a reconocer la pensión de invalidez a favor del señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS, bajo los lineamientos establecidos en la Ley 860 de 2003.

Retroactivo pensional:

Ahora, se observa del resumen de semanas cotizadas por la parte actora, que efectuó cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente, para cada período. Por lo que en atención a la normatividad vigente que la primera mesada pensional en ningún caso podrá ser inferior al SMLMV por así disponerlo las normas legales y constitucionales, se reconocerá una suma equivalente al SMLMV para cada anualidad.

Es del caso precisar, que a folio 93 del expediente reposa relación de incapacidad otorgada al señor JOSE FABIO CARDONA GRANADOS la cual da cuenta de que al demandante se le otorgó incapacidades entre el 19 de enero de 2014 al 8 de agosto 2015, sin embargo únicamente fueron pagadas por parte de la EPS FAMISANAR las incapacidades generadas entre el 20 de marzo 2014 al 18 de junio 2014 así las cosas y en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 917 de 1999 el disfrute de la pensión de invalidez procederá a partir del 19 de junio de 2014 día siguiente al pago de la última incapacidad temporal pagada al actor, junto con **13** mesadas pensionales al año, toda vez que adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme lo establecido en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Así pues, con apoyo al Profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de la presente decisión, se procedió a liquidar el valor del retroactivo pensional, con base un SMLMV desde el 19 de junio de 2014 con corte al 28 de febrero de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, arroja un valor de retroactivo pensional por la suma de \$65.638,331, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia por no afectar al único apelante, en la suma de \$65.638,318.

Por otro lado, se ADICIONARÁ al numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia **AUTORIZAR** a la AFP PORVENIR SA descontar del retroactivo pensional generado en la presente sentencia, el valor de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, por expreso mandato contenido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a que la cotización en salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos; además de los varios pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la CSJ contenidos en las sentencias del 6 de mayo de 2009, Rad. 34601, 3 de mayo de 2011, Rad. 47246, 21 de junio de 2011, Rad. 48003, 6 de marzo de 2012, Radicación No. 47528 y en la más reciente SL2986 de 2021.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Previo a resolver desde que fecha procede el reconocimiento de la prestación, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde el **19 de enero de 2014**, fecha en la cual se estructuró la invalidez al demandante, o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo del reconocimiento de la prestación, precisando que la parte actora solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez el **30 de marzo de 2016**, conforme se puede extraer de la documental visible a folios 81, y radicó la presentó demanda el día **19 de enero de 2018**, conforme el acta de reparto visible a folio 115, sin que dejara transcurrir más de los 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento desde que se causó el derecho, razón por la cual habrá de **DECLARARSE NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, conforme lo indicó el Juez de instancia.

Finalmente, manifiesta el Curador Ad Litem del llamado en garantía que de conformidad con una sentencia SL de 2021, se ha adoctrinado que existe prescripción respecto de los aportes que se refiere al cobro que debe realizar el Fondo de Pensiones al empleador, en este caso, tal y como lo manifiesta el Juzgado del 2012 a 2014 que estaba obligado el señor WILLINTON se encuentra prescrita la acción.

Frente al tema, la reciente sentencia proferida por nuestro máximo órgano de cierre SL 3082 de 2021 adoctrinó que como quiera que el cálculo actuarial va a conformar el capital indispensable para el reconocimiento de la prestación, el mismo puede reclamarse del obligado a su pago en cualquier tiempo, trayendo a colación a su vez la sentencia CSJ SL795-2013, en la que al respecto indicó:

*"[...] teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, **en cualquier tiempo**, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna."*

Teniendo en cuenta lo anterior, no sale avante la inconformidad del recurrente.

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: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia **AUTORIZAR** a la AFP PORVENIR SA descontar del retroactivo pensional generado en la presente sentencia, el valor de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la decisión de 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. 11001310503520180003801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520180003801)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520180003801)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 36-2019-00135-01

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARIA XIMENA SALGADO JARAMILLO

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls. 5-8 expediente físico) y la parte demandada Colpensiones (fls. 10-12 expediente físico) y Porvenir S.A. (fls 12-20 expediente físico) presentaron alegaciones vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 09 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Maria Ximena Salgado Jaramillo instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 34 (del expediente digitalizado 0.1 "expediente hasta marzo 2020"), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que existió vicio en el consentimiento de la señora Maria Ximena Salgado Jaramillo por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación Nro. 001559 a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. por medio de la cual se efectuó el traslado de régimen de pensiones el 14 de junio de 1994.
2. Que se declare la Nulidad del acto, solicitud o formulario Nro. 001559 que vinculó a la señora Maria Ximena Salgado Jaramillo con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por medio de la cual se efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 14 de junio de 1994.
3. Que se declare que para efectos pensionales la señora Maria Ximena Salgado Jaramillo, nunca dejó de estar afiliada y vinculada al RPM hoy administrado por Colpensiones.
4. Que como consecuencia de lo anterior, Condene a la AFP Porvenir SA a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de pensiones de la señora Maria Ximena Salgado Jaramillo, con los rendimientos financieros y valor del bono de pensiones, a Colpensiones, entidad encargada de administrar el RPM con Prestación Definida.
5. Que se condene a Colpensiones a recibir todos los aportes, rendimientos, y valor del bono de pensiones que se encuentren en la cuenta individual de ahorro de pensiones de la señora Maria Ximena Salgado Jaramillo
6. lo que se resulte probado Ultra y Extra Petita.
7. Que se condene en costas a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.196 a 227 expediente digitalizado 0.1) y AFP Porvenir SA (fls.122 a 194 expediente digitalizado 0.1) de acuerdo al auto

del 20 de junio de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36° laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del día 08 de febrero de 2021 **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora **MARÍA XIMENA SALGADO JARAMILLO**, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de julio de 1994 con la **AFP PORVENIR S.A.** **CONDENÓ** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PORVENIR S.A.** y **Ordenó liquidar** con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Interpone recurso de apelación ya que dentro del proceso 2019-135 que es dirigido por María Ximena Salgado Jaramillo, manifiesta que es necesario tener en cuenta que si bien es cierto, la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que fue traída a colación por esta instancia y que ha indicado la oportunidad en la que se debe verificar el deber de información que tienen los diferentes fondos privados de pensiones al acreditar en todos los procesos, sin ahondar circunstancias especiales, manifiesta que ese deber de información ha evolucionado con el tiempo, por lo que para el 14 de junio de 1994 fecha en la que María Ximena Salgado Jaramillo se trasladó del Régimen de Prima Medial al RAIS administrado por Horizonte, en el Sistema General de Pensiones establecido por la ley 100 de 1993, ya se hablaba de que la dirección de Régimen Pensional debía ser el resultado de conocer en debida forma las características de cada régimen pensional.

Manifiesta que la doble asesoría se hizo efectiva mediante la Resolución 016 de 2016 por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que antes de esa data no era imperativo condicionado para afiliarse a un fondo privado realizar un cálculo proyección pensional, además para la fecha en que se afilió la demandante, era incierto establecer el monto de la pensión que recibiría en uno u otro régimen, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever qué condiciones serían sus cotizaciones pensionales en un futuro o si serían continuas, si serían sobre el mismo IBC, si tendrían beneficiarios, etc.

Manifiesta que teniendo en cuenta la Sentencia SL 17595 del 2017 donde también habla de la importancia de distinguir entre los afiliados expertos y los afiliados legos. Manifiesta se debe propender porque se proteja el principio constitucional de la sostenibilidad financiera para el caso de que no es suficiente con que los fondos privados de pensiones trasladen a Colpensiones todos los rendimientos, los recursos y los gastos de administración de las diferentes cuentas individuales de la pensionada, como quiera que Colpensiones es un fondo común de naturaleza pública y en la actualidad se vendría afectando el pasivo pensional que ya existe por parte de Colpensiones.

De igual manera, manifiesta que, la carga de la prueba no debería hacerse de forma automática y de la misma forma para todos los procesos judiciales que persiguen la ineficacia o la nulidad de traslado, como se ha establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al indicar que sin atender las condiciones particulares de cada caso, se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante a aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza, o dolo, al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes y que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, por lo que no es imperativo trasladar dicha carga probatoria de los fondos privados de pensiones, teniendo en cuenta las particularidades del caso, ya que es evidente que se probó la falta de cuidado de los accionantes, en este caso de la demandante como consumidora financiera en los términos del régimen de protección al consumidor financiero.

La parte demandada (Porvenir S.A) interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia

Interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del proceso 2019-135, en donde la demandante es María Ximena Salgado Jaramillo, manifiesta que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro

Individual de manera libre y voluntaria, tal como se expresa en el formulario que se allegó al proceso y así mismo lo manifestó la demandante dentro de su interrogatorio de parte.

Así mismo, consideró que el Juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de Régimen pensional de la demandante reviste de completa validez, en la medida en que se cumple a cabalidad con las obligaciones que para la fecha existían, que valga decir para el año 1994 únicamente se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, en donde se exigía a las administradoras proporcionar una información transparente como lo hizo la representada para la fecha.

Así mismo, manifiesta que no hay que dejar de lado que así como las administradoras tienen obligaciones, también los consumidores y los afiliados tienen ciertas obligaciones, el primero de ellos y el más importante es por lo menos leer el formulario de afiliación, situación que no realizó la demandante dentro del presente proceso y así lo confesó dentro de su interrogatorio de parte.

Manifiesta que no es preciso señalar que Porvenir SA tenía la obligación de desanimar a la demandante para que no se afiliara al Régimen de Ahorro Individual en la medida en que para la fecha no existía obligaciones como el buen consejo o la asesoría, toda vez que hacen relación a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la demandante. Y que tampoco tenían la obligación de informar por escrito sobre beneficios puntuales, ni de realizar como tal una proyección de la mesada pensional que podría recibir la demandante en uno u otro régimen. Como quiera que, no tenía ninguna expectativa legítima la demandante de pensionarse en ninguno de los dos regímenes conforme a la fecha de nacimiento, para tal fecha tenía 30 años de edad, no tenía ni el 50% de las semanas cotizadas para poder acceder a una mesada pensional, por lo que no era posible realizar dicha proyección para saber con certeza la suma que podría recibir en uno u otro régimen, por lo que era la demandante la que tenía que estar verificando de manera continua la consolidación de su derecho pensional.

Sostiene que no comparte que no se hayan tenido en cuenta los distintos traslados horizontales que hizo la demandante dentro del régimen, que conforme a lo establecido en la SL 413 del 2018 deben entenderse como actos de relacionamiento, como actos que implican la voluntad de la demandante de permanecer afiliada al Régimen de Ahorro Individual, por lo que esta tuvo varias oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media si esa era su voluntad y no obstante, no lo hizo e hizo fue varios traslados horizontales.

Por último, en lo que tiene que ver con la devolución de rendimientos, gastos de administración y demás sumas descontadas, no comparte esta decisión del Despacho, en la medida que manifiesta que resulta improcedente como parte de las prestaciones mutuas que correspondan y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por conceptos de primas de seguros o por la debida administración de los recursos de la demandante, por lo que no debería ordenarse devolver en conjunto estas sumas.

Por último y en lo que tiene que ver con las agencias en derecho, sostiene que, si es estimada la ineficacia de traslado, y la devolución de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, consecuencialmente debería desestimarse la condena en costas.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

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) señora **María Ximena Salgado Jaramillo** el día el 14 de junio de 1994, que se hizo efectivo el 1º de julio de 1994. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA el 14 de junio de 1994 y que se hizo efectivo el 1º de julio de 1994, que posteriormente se traslada de Horizonte a Colfondos SA el 20 de septiembre del 2000 y que se hizo efectivo el 01 de noviembre del 2000, que posteriormente se traslada de Colfondos a Old Mutual el 31 de mayo de 2005 y que se hizo efectivo el 01 de julio de 2005, para luego trasladarse de Old mutual a ING el 15 de abril de 2010 y que se hizo efectivo el 01 de junio de 2010, y posteriormente pasar de ING a Protección S.A el 31 de diciembre de 2012 y que se hizo efectivo el mismo día por fusión de las compañías, para finalmente pasar de Protección S.A a Porvenir S.A el 28 de agosto de 2018 con efectividad del 01 de octubre de 2018.

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 por 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 historia laboral (4 folios dentro de expediente digitalizado 01) y el expediente administrativo de la demandante (fls.229 a 233). AFP Porvenir SA aportó: formulario de vinculación, resumen de historia laboral emitida por el ministerio de Hacienda y Crédito Público – oficina de bonos pensionales, SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro individual con detalle de los rendimientos, certificado de información de historial laboral, concepto emitido por la Superfinanciera, políticas para vincular personas a la AFP, comunicado de prensa del año en gracia (fls. 139 a 195 expediente digitalizado 01)

Es decir que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada al día el 14 de junio de 1994 que se hizo efectivo el 1º de julio de 1994 cuando se efectuó el 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 brindó toda la información necesaria y no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, y 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 el 14 de junio de 1994, que se hizo efectivo el 1° de julio de 1994; la demandante tenía 225,86 semanas (fl230 expediente digitalizado 0.1) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 25 de agosto de 1964 – fl.35 expediente digitalizado 0.1) al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría eventualmente pensionarse en el régimen de prima media una vez complete las 1300 semanas (actualmente ha cotizado más de 1.229 semanas, fl 37 expediente digitalizado 0.1), con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, 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 una 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 S.A.

Ahora bien, conforme el punto de apelación de Colpensiones sobre la carga probatoria, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

"(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)"

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: "Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir SA.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia el 08 de febrero de 2021, en el sentido de **DECLARAR LA**

NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señora **Maria Ximena Salgado Jaramillo** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA el día el 14 de junio de 1994 y que se hizo efectivo el 1º de julio de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP 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 por el juzgado 36º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir SA y Colpensiones, a favor de la parte actora. Fijense 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. 11001310503620190013501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620190013501)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620190013501)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No 38-2018-00187-01

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: SANTIAGO ALFONSO CONTRERAS GÓMEZ
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ - ETB
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de agosto de 2019, 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. 3 a 7) presento 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 **SANTIAGO ALFONSO CONTRERAS GÓMEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra del **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB SA ESP**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que el despido del demandante constituye un acto ilegal e ilícito, por lo que no produce efecto alguno, al hacer retirado del servicio cuando se encontraba en incapacidad médica y protegido por ende con fuero de salud.
2. Así como por haberse efectuado aprovechado la condición de inferioridad del demandante por su estado psicológico, conociendo la inminente denuncia de la Convención Colectiva de Trabajo que se haría por parte de SINTRATELEFONOS.
3. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reintegrarlo a un cargo igual o superior al que tenía al momento del despido sin solución de continuidad.
4. Al pago de los salarios, primas legales, convencionales, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones desde el 24 de junio de 2016 y hasta que se haga efectivo su reintegro, con sus respectivos aumentos y debidamente indexados.
5. A lo que resulte probado ultra y extra petita.
6. A las costas del proceso.

La demandada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB SA ESP**, contestó la demanda (fls 34-), de acuerdo con el auto visible a folio 235. Se opone a las pretensiones de la demandante y formuló en su defensa las excepciones de inexistencia de causa para demandada, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos fácticos y probatorios que soporten la demanda e inexistencia de la violación a las normas convencionales y la genérica.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de agosto de 2019. **ABSOLVIÓ** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **SANTIAGO ALFONSO**

CONTRERAS GÓMEZ. **CONDENÓ** en costas a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. **PROCEDENCIA DEL REINTEGRO DEL TRABAJADOR:** De lo manifestado expresamente en el recurso infiere la sala que la alzada se orienta a establecer la procedencia del reintegro del demandante, bajo alguno de los dos supuestos.
 - A. Por fuero de salud: por acreditarse que fue despedido en momentos en que se encontraba con incapacidad médica debidamente expedida.
 - B. Por fuero circunstancia: Al lograrse establecer que la demandada tenía conocimiento que el 20 de julio de 2019 se realizaría una asamblea ordinaria por parte de SINTRATELEFONOS, organización sindical a la que se encontraba afiliado el demandante, en la se buscaba que el 23 de junio se aprobara el nuevo pliego de peticiones, situación que fue aprovechada por la empresa para despedir el demandante, procediendo por ende el reintegro del trabajador.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

Debe precisarse que no fue objeto de discusión entre las partes la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes vigente entre el 10 de noviembre de 1998 al 23 de junio de 2016, desempeñando el demandante como último cargo el de PROFESIONAL III, vínculo que se dio por terminado por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador con el consecuente pago de una indemnización por valor de \$104.901.948, pues esto fue aceptado por la demandada al contestar el libelo y además de ello da cuenta la carta de terminación del contrato de trabajo, la certificación laboral expedida por la demandada, la liquidación final de prestaciones y la historia laboral del actor.

El **problema jurídico** se centra en determinar: Si el despido del demandante resulta ineficaz y procede su reintegro, por haber sido retirado cuando se encontraba: 1. amparado por fuero de salud por incapacidad, y 2. Si el demandante era beneficiario de la garantía del fuero circunstancial.

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEL TRABAJADOR

A. Por fuero de Salud:

En relación con este aspecto, resulta pertinente señalar que el sustento jurídico de lo pretendido corresponde a lo previsto en el artículo 26¹ de la ley 361 de 1997, disposición legal que prevé que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación, a menos que medie una autorización del inspector de trabajo. Así mismo, que quien fuera despedido sin el cumplimiento del requisito anterior, tendría derecho a una indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones previstas en el CST y demás normas concordantes y complementarias.

De lo anterior se puede deducir, que si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una

¹ **ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** En ningún caso la limitación <discapacidad>¹ de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad>¹ sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad>¹ podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>¹, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>¹, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En ese orden de ideas, en cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL635-2020 del 26 de febrero de 2020, SL5168-2017 del 15 de enero de 2017, reiterando lo expuesto en sentencia del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36.115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, señaló que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b)** "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social".

Dichos parámetros fueron reiterados en Sentencia SL11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la Corte Constitucional y aplicada por el juez de instancia como fundamento jurídico, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n.º 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

Ahora bien, analizada la prueba allegada al plenario pertinente para resolver visible de folios 16 a 21 del expediente, se encuentra copia de la incapacidad médica expedida por Medicina General del Centro Policlínico del Sur al demandante por el término de 72 horas el 23 de junio de 2016 por trastorno de ansiedad y depresión, los medicamentos formulados en la misma data y copia del informe rendido el 7 de octubre de 2014 por una Psicóloga Clínica y de Familia de la Fundación Centro de Psicología Clínica y de Familia "Anita", dirigido a la Trabajadora Social de la Comisaria 11 de Familia en relación al caso de separación del demandante respecto de la señora MAGDA CÁRDENAS CARDONA, la solicitud de intervención

terapéutica en el hogar del demandante requerida por el ICBF el 24 de febrero de 2016

Se recibió además la declaración del señor DIEGO APONTE DE LEÓN, Coordinador de Servicios de Salud de la demandada, quien manifestó que en su historia médica y ocupacional no obraba reporte alguno, en el que el demandante notificara que padeciera alguna enfermedad o estuviera siendo tratado por depresión u otros padecimientos, ni de la incapacidad que le fuera expedida el 23 de junio de 2016 data del despido.

Analizado el material probatorio allegado, considera la Sala que si bien al señor SANTIAGO ALFONSO CONTRERAS le fue expedida una incapacidad al 23 de junio de 2016 data del despido, le asiste razón al juez de instancia al indicar que no se logra acreditar nexo de causalidad alguno entre el despido y la enfermedad del trabajador que diera lugar a establecer que el contrato de trabajo terminara en razón a una limitación física, ni que la incapacidad otorgada fuera expedida de forma previa a la entrega de la carta de despido con recibido del actor de las 02:30 pm y que de esta o de otro enfermedad se hubiera puesto en conocimiento al empleador, o que permitiera concluir que se encontraba en una condición de discapacidad en un grado de los requeridos por la norma para extender la protección.

En consecuencia, el demandante no es beneficiario de la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, razón por la cual habrá de CONFIRMARSE la decisión de primera instancia.

b. Del Fuero Circunstancial:

Sobre el particular el art. 25 del Decreto 2351 de 1965, prevé

“...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 conflicto²...”

² 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*

La norma 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.

Por su parte, 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 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 concluirlo³.

Bajo esta línea jurisprudencial, para que la garantía se tome eficaz, si el pliego de peticiones lo presenta una organización sindical, la calidad de trabajador afiliado debe ser conocida por el empleador y en caso de los trabajadores no sindicalizados el empleador debe conocer la integración de la lista de aquellos radicaron el pliego de peticiones y, la garantía empieza con la presentación de éste sin que se pueda entender que la protección foral sea ilimitada

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.

³ CSJ, Sala Laboral, sentencia 51273 de 02 de junio de 2018.

Para el caso particular, conforme se evidencia en las certificaciones visibles a folios 24 a 25 del informativo, el demandante SANTIAGO ALFONSO CONTRERAS se encontraba afiliado al SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ, SINTRATELEFONOS desde el 10 de febrero de 2005. Que mediante comunicación radicada ante la entidad el 20 de junio de 2016, la organización sindical solicitó permiso remunerado a los trabajadores afiliados para que participaran en la Asamblea General a realizarse el 23 de junio del mismo año.

En cuanto a la presentación del pliego de peticiones, obra la certificación emitida por el presidente de SINTRATALEFONOS, en la que se indica que la Junta Directiva y Comisión de Reclamos de la organización sindical, presentó pliego de petición el 24 de junio de 2016 ante el Ministerio de Trabajo y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, de acuerdo con la aprobación realizada en la Asamblea General del 23 de junio de dicho año.

Lo anterior permite evidenciar, que si bien el demandante se encontraba afiliado SINTRATELEFONOS, circunstancia que era conocida por su empleador, a la data de su despido (23 de junio de 2016), no existía o no se encontraba en trámite un conflicto colectivo que diera lugar a la garantía del fuero circunstancial, pues la organización sindical presentó el pliego de peticiones con posterioridad a su retiro, el 24 de junio de 2016, sin que sea posible extender su protección en el tiempo con antelación a la existencia del conflicto colectivo, ni mucho menos presumir que su retiro tuviera la finalidad de debilitar el movimiento sindical y su capacidad de negociación, pues por el contrario la garantía a partir de la radicación del pliego de peticiones, se tiene prevista precisamente para mantener el equilibrio entre el empleador y los trabajadores comprometidos o interesados en la presentación de un pliego de peticiones.

En tal sentido se ha pronunciado nuestro órgano de cierre, en sentencia . SL3273-2021:

"En ese contexto, según los artículos 10° y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, son titulares de esa protección, los trabajadores afiliados a un sindicato y los no sindicalizados que hayan radicado el pliego que da lugar al conflicto colectivo de trabajo, desde ese momento, hasta que este se solucione mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.

También tiene adoctrinado la Sala, que la interpretación de las normas antes referidas no puede ser literal o exegética, so pena de que desconozca su teleología, que no es otra que mantener el equilibrio entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto y el empleador, a fin de que el último, amparado en su poder subordinante, no pueda debilitar la capacidad de negociación de aquéllos.

En ese escenario, en las sentencias CSJ SL13275-2015, que rememora las reglas de las sentencias CSJ SL 10 jul. 2012, rad. 39453 y CSJ SL, 28 feb. 2007, rad. 29081, se ha expuesto que la garantía de fuero circunstancial se extiende,

[...] a aquellos [trabajadores] que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical."

Todo lo anterior,, permite concluir que el señor SANTIAGO ALFONSO CONTRERAS, no detentaba al momento de su despido la garantía del fuero circunstancial que invoca.

COSTAS Sin costas en la instancia, las de primera instancia estarán 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: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de agosto de 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **COSTAS** Sin costas en la instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503820180018701)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503820180018701)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503820180018701)