

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE REINALDO QUIROGA GÓMEZ contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSE REINALDO QUIROGA GOMEZ**, se **declare** la ineficacia del traslado al RAIS con la AFP PROTECCIÓN S.A., al no haberse proporcionado por la administradora la información completa y comprensible acerca del traslado, omitiendo la información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas, se **declare** que la AFP PROTECCIÓN S.A. incurrió en omisión del deber de información, con relación a la comunicación de las ventajas y desventajas en los regímenes pensionales, se **declare** que debe estar afiliado al RPMPD, se **condene** a la AFP PROTECCIÓN S.A. como consecuencia de su omisión de información, se **condene** a la AFP PROTECCIÓN S.A., al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES, se **condene** a COLPENSIONES a aceptar los aportes y el registro como afiliado sin solución de continuidad desde el 1 de

julio de 1981 en consecuencia se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho (fl. 4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que se afilió al Sistema General de Pensiones el 1 de julio de 1981, indicó que aportó al Sistema General de Pensiones al RAIS un total de 673 semanas y que se afilió el 28 de julio de 1995 a PROTECCIÓN S.A., señaló que el asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior en el RAIS en comparación con el ISS hoy COLPENSIONES, indicó que suscribió el formulario de vinculación con base en la información suministrada, señaló que para el momento de interponer la demanda contaba con 1834 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, aseveró haber realizado petición a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, solicitando la invalidación de la afiliación; las cuales fueron resueltas desfavorablemente.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.90 a 97), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos el numeral 1, y manifestó no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 98 a 114), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 4,5,12 A 14 y 17, no ser ciertos los numerales 6 a 11 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 6 de marzo de 2020 (CD – fls. 206), **declaró** la ineficacia del traslado del RPMPD

acaecido el 28 de julio de 1995, mediante la afiliación a PROTECCIÓN, **condenó** a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, **condenó** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva la PROTECCIÓN y que reposen en la cuenta de ahorro individual y se efectúen los ajustes en la historia laboral.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, la falta de información por parte de la AFP se debe considerar como una forma de vulnerar los derechos afiliado, indicó que no se suministró al momento de la afiliación la información para que se efectuara el traslado de un régimen a otro y que dicha omisión imposibilitaba al afiliado tomar una real convicción de su decisión, señaló que la AFP debe incluir toda la información inherente de la prestación, así mismo, que las reasesorías no tenían el alcance de demostrar que dicha información haya sido otorgada al momento del traslado inicial, indicó que no se aportó ningún medio de convicción con el cual se determinara que al momento de la afiliación se brindara la información oportuna para el caso en particular, así como no se evidencia que la decisión del traslado se haya realizado de manera informada, toda vez que lo que observó es que la información no se suministró una vez efectuado el traslado e indicó que se debía informar al potencial afiliado las diferencias entre uno y otro régimen, señaló que el formulario de afiliación no demuestra el consentimiento de información y finalmente señaló que el derecho pensional es imprescriptible como quiera que no se ha causado y por tanto someter el derecho a un lapso determinado afectaría los derechos del afiliado

APELACIÓN

La parte demandada PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, indicando que el demandante tiene varias reasesorías en las que se le informó que lo más beneficioso era retornar al RPMPD, indicó que de manera negligente el demandante no realizó su retorno, así mismo, con relación a los gastos de administración, no se deben retornar, ya que estos fueron causados y no se encuentran dentro de la cuenta del demandante, sino que gracias a ello se generaron unos rendimientos, por lo que en razón a devolver las cosas

a su estado anterior, solo se debían retornar los aportes realizados por el demandante.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, señalando que el demandante recibió varias reasesorías para que retornara al RPMPD, sin embargo, el demandante no realizó las gestiones pertinentes para retornar y retardó su decisión, indicó que para la época de la afiliación solo se hacía obligatoria la suscripción del formulario, razón por la que, solicitar otros medios de prueba, para que se demostraran que se brindó la información por parte de los regímenes no es posible ya que no era exigida para la época y finalmente señaló que la inconformidad con la mesada pensional no es causal para que se declare la ineficacia del traslado, porque lo único avalado con respecto a la declaratoria de nulidad es la falta de asesoría o el buen consejo por parte de las administradoras.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el

formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JOSE REINALDO QUIROGA GÓMEZ, el 28 de julio de 1995 (fl. 47), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 01 de agosto de 1995 (fl. 116), efectuando cotizaciones en este régimen desde 1 agosto de 1995 a la fecha (fl.118 a 134). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 01 de septiembre de 1982 al 31 de julio de 1995 (fl. 48).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. obrante en folio 47 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos

recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de haber recibido el demandante diferentes asesorías (fls. 136 a 153), de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, por lo que debe precisarse, lo que se reprocha en estos asuntos, es la falta de asesoría al momento en que se realiza el traslado de régimen, pues es desde el instante de la firma del formulario en que se da el traslado, para el caso en particular, desde julio de 1995, el traslado ya era ineficaz, esto es, no produjo efectos jurídicos pues la AFP, incumplió con el deber de información que debió realizar previo a realizar el traslado (CSJ sentencia SL 1688 de 2019).

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A.

a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que la AFP PROTECCIÓN S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado en esta administradora, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades** y que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

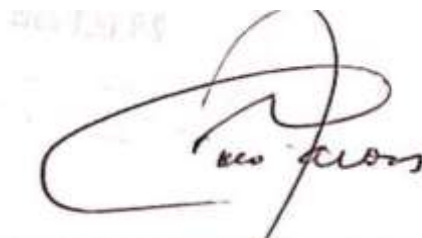
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de marzo de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

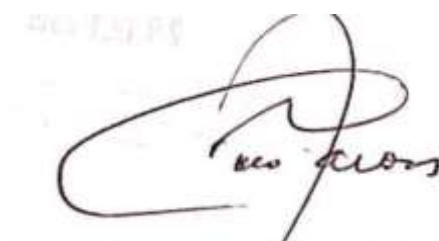
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –LUIS JORGE JAMAICA NAVARRO-CONTRA
-LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **LUIS JORGE JAMAICA NAVARRO**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión desde la fecha que por Ley le corresponde, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación, así como al pago de las costas procesales (fl. 36).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 35 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que mediante Resolución No. 6696 del 16 de enero de 2015 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez con un valor equivalente a \$644.350 y bajo ninguna motivación no le reconoció las mesadas pensionales desde que causó el derecho, presentando los respectivos recursos, los cuales confirmaron la decisión mediante los actos administrativos GNR 195083 del 30 de junio de 2015 y VPB 70147 del 12 de noviembre de 2015, agregó que nació el 25 de octubre de 1938 y que debe reconocerse la prestación desde la fecha en que cumplió la totalidad de los requisitos. Asimismo, debe reconocérsele los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 2, 4 a 7, 9 y 10, ser parcialmente cierto el 3 y no ser cierto el numeral 8. Indicó en síntesis, que al ser el demandante dependiente, este tenía que haber acredita el retiro en el sistema a efectos de haber procedido con el reconocimiento pensional. Propuso como excepciones las denominadas inexistencia de causa para demandar, prescripción Buena Fe, Inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica. (fls. 47 a 53).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de diciembre de 2019, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2011 en cuantía equivalente a SMMLV- \$535.600, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la suma de \$31.346.750 por concepto de mesadas pensionales retroactivas causadas desde el 1 de abril de 2011 hasta el 31 de enero de 2015, **condenó** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios desde el 28 de septiembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2015, **declaró no probadas** las excepciones propuestas por la parte demandada y **condenó** en costas a la demandada (CD fl.73).

Como argumento de su decisión, el *a quo* trajo a colación el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, con relación a la causación y disfrute de la pensión, verificando conforme al reporte de semanas obrante en el infolio, que la última cotización efectuada por el actor correspondió al 31 de marzo de 2011, acotando que la causación se da una vez se reúne los requisitos de edad y tiempo, pero su disfrute a partir de la efectiva desafiliación del sistema, por lo que procedió a indicar que el reconocimiento pensional debió otorgarse a partir del 1 de abril de 2011, esto es, al siguiente día de cuando se efectuó el retiro efectivo del sistema pensional, correspondiente a un SMMLV, asimismo, condenó a pagar el respectivo retroactivo desde el 1 de abril de 2011 hasta 31 de enero de 2015, asimismo, consideró que en el presente asunto no operaba el fenómeno prescriptivo. Finalmente, y con relación a los intereses moratorios condenó al reconocimiento desde el 28 de septiembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2015 momento en el cual COLPENSIONES procedió a reconocer la pensión de vejez del demandante.

APELACIÓN

LA PARTE demandante interpuso recurso de apelación, indicando que no debió limitarse en el tiempo la causación de los intereses moratorios, que corresponde al resarcimiento de los daños ocasionados en el reconocimiento tardío de la prestación, sin que a la actualidad se haya reconocido de manera completa, por lo que en el presente asunto los intereses moratorios deben seguirse causando ya que al día de hoy no se ha cancelado, manifestando adicionalmente, que si los intereses moratorios se causan desde septiembre de 2009, también el retroactivo debe reconocerse desde esa fecha y momento en el cual COLPENSIONES induce a error al demandante para que pese a contar con todos los requisitos mínimo continuó cotizando a pesar y que los intereses moratorios no pueden interrumpirse.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si efectivamente el demandante dejó causado el derecho pensional a partir del 1 de abril de 2011, en consecuencia, si debe reconocerse las mesadas causadas desde dicha data o por el contrario si las mismas se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, en caso afirmativo si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios desde septiembre de 2009.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor LUIS JORGE JAMAICA NAVARRO, tal y como se corrobora con la copia de la Resolución GNR 6696 del 16 de enero de 2015 (fls. 3 a 6 –CD fl. 54), mediante la cual COLPENSIONES refiere que es beneficiario del régimen de transición y reconoce la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía equivalente al SMMLV a partir del 1° de febrero de 2015.

Retroactivo pensional

Solicita la parte actora le sea reconocido el disfrute de la pensión otorgada por COLPENSIONES desde la fecha en que dejó de efectuar los aportes pensionales, esto es desde el 31 de marzo de 2011 conforme se extrae del acápite denominado -CAUSACIÓN DEL DERECHO-(fl. 36), momento en que ya había cumplido los 60 años de edad y acreditaba las semanas requeridas. No obstante en el presente asunto recurre la presente decisión, indicando que si bien la Juez de Instancia reconoció la prestación desde dicha data, también lo es, que al momento de reconocer los intereses moratorios desde septiembre de 2009 y ante la falta de congruencia, solicitó se

estudiara la posibilidad de reconocerse la prestación desde esa data (septiembre de 2009).

Al revisarse el **expediente administrativo**, se observa que se allegó reporte de semanas con fecha de expedición 28 de agosto de 2009 con un **total de semanas a 31 de julio de 2009 de 1001,43**. Asimismo, se allegó reporte de semanas con fecha de expedición 17 de mayo de 2019 registra con **último ciclo cotizado -31 de marzo de 2011-** con un total de **1.105.14 semanas** (fl. 55).

En este punto es importante precisar, que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha precisado, que por regla general, la desafiliación al sistema es la determinación que debe tener en cuenta el *a quo* para el otorgamiento de la pensión y solamente ha acudido a soluciones diferentes como en los casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017).

Siguiendo los parámetros enunciados, en el presente asunto se tiene que el demandante solicitó por primera vez el reconocimiento pensional el **21 de agosto de 2009**, momento para el cual el extinto ISS hoy COLPENSIONES mediante resolución No. 045964 de 2009 reconoció la pensión de vejez con efectos a partir de 1 de octubre de 2009 en cuantía equivalente a \$496.900, **NO obstante la misma fue anulada** y sin que se observe alguna situación en particular para no haber nacido a la vida jurídica, tan solo una solicitud realizada por el ISS al actor con fecha 05 de marzo de 2010, en el que le indica al señor JAMAICA NAVARRO se acerque al fosyga a convalidar los pagos de aportes a salud de los ciclos marzo de 2003 y julio de 2009.

Por otro lado, también se evidencia, que el actor con posterioridad reclamó ante COLPENSIONES el 27 de enero de 2014 mediante derecho de petición, el no haber obtenido información con antelación con relación a la solicitud que radicó en el año 2009 y posterior al acto administrativo de reconocimiento pensional (GNR 6696 de 16 de enero de 2015- fls. 3 a 6), solicitando a la entidad adicionalmente el 20 de marzo de 2015, que el reconocimiento se realizara para mayo de 2011 al haberle allegado constancia de pago de planilla electrónica con fecha abril de 2011 (fls. 7 a 9).

Conforme a los anteriores antecedentes, es claro que en el presente asunto, si bien el recurrente solicita se estudie la posibilidad de otorgar la pensión de vejez desde el 28 de septiembre de 2009 momento en el cual ya reunía la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación solicitada, lo cierto es que no presentó una desafiliación para dicha data, por el contrario si bien el actor radicó solicitud de reconocimiento para el 21 de agosto de 2009, continuó efectuando cotizaciones hasta el 31 de marzo de 2011 sin que la entidad lo haya conminado a esa situación.

Así las cosas, en el presente asunto habrá que confirmarse la decisión impartida por el Juez de Primera Instancia, en cuanto al reconocimiento debe darse con la fecha de desafiliación del sistema, esto es, desde el **1 de abril de 2011**, pues si bien para el año 2009 momento en el cual elevó solicitud inicial de reconocimiento pensional ya reunía los requisitos de edad y tiempo, lo cierto es que después de dicha data continuó realizando cotizaciones y percatándose solo hasta el año 2014 que la solicitud de reconocimiento pensional realizada para esa data (21 de agosto de 2009) no había obtenido respuesta alguna.

Prescripción

Sobre tal aspecto, cabe recordar que la exigibilidad del retroactivo nace desde el momento en que se reconoce la pensión, pues es ahí donde el pensionado conoce a partir de cuándo disfruta de la misma, de manera que si bien, el actor inicialmente solicitó el reconocimiento pensional el 21 de agosto de 2009 la cual fue reconocida con efectos a partir del 1 de octubre de 2009 y la cual no nació a la vida jurídica, solo hasta el 7 de enero de 2014 el actor vuelve a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, reconocimiento que se dio de manera efectiva con la resolución GNR 6696 del 16 de enero de 2014, **por lo que el término prescriptivo debía contabilizarse a partir del momento en que se agotó en su totalidad la vía gubernativa**, lo cual se dio con la expedición de la resolución VPB 70147 del 12 de noviembre de 2015, (fls. 15 a 18 vto) cuando se desató la alzada, notificando personalmente al actor el **18 de noviembre de 2015** (fl. 14) y como quiera que la demanda se interpuso el **8 de octubre de 2018** (fl.32), es evidente que desde dicha data hasta la fecha de presentación de demanda, no transcurrió el termino prescriptivo, confirmándose la decisión de primera instancia frente a este tópico.

Intereses moratorios – (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Así mismo, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante reclamó el derecho pensional el 21 de agosto de 2009 y reiterada el 7 de enero de 2014, no obstante, la desafiliación del sistema se presentó en marzo de 2011, debiéndose reconocerse a partir del 1 de abril de 2011, momento en que acreditó la totalidad de los requisitos legales para ello, por lo que acogiendo los argumentos de disenso del recurrente, resulta incongruente reconocer este emolumento con anterioridad (28 de septiembre de 2009), por lo que los intereses moratorios deben reconocerse es a partir del **1 de abril de 2011**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago, por lo que se procederá a modificar la fecha a partir de la cual empieza a contabilizarse los intereses moratorios reconocidos.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia recurrida proferida el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de diciembre de 2019.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia al haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por el actor.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

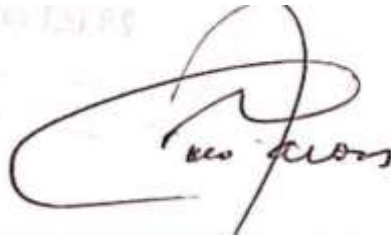
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del **1 de abril de 2011**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas adeudadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -MELQUISEDEC VÉLEZ- CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **MELQUISEDEC VÉLEZ**, se **declare** que desde el 16 de junio de 2010 se cumplió con el requisito de la edad contenidos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y artículo 7 de la ley 71 de 1988 del régimen de transición al contar con 60 años de edad para dicha data, se **declare** que en diciembre de 2011 cumplió con el requisito de semanas incluidas las que se reflejan en la historia laboral como no cotizadas sin que COLPENSIONES adelantara proceso coactivo junto con el tiempo público con Cooperativa de Caficultores, Caja Agraria, por lo que a dicha calenda contaba con las 1000 semanas requeridas, se **declare** que COLPENSIONES debe responder por el no cobro oportuno de las semanas de cotización que adeuda Integral Ltda. Servicios y Suministros, se **declare** que COLPENSIONES debe responder por la no solicitud del bono pensional al directo contribuyente -Caja de Crédito Agrario- y -Cooperativa de Caficultores del Sur Occidente Valle- y se **declare** que el termino prescriptivo se interrumpió el 18 de octubre de 2016. Como consecuencia, se **condene** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con el retroactivo pensional desde el 18 de octubre de 2016 (fls. 84 a 86).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 81 a 84 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 16 de junio de 1950 y que a la fecha de presentación de demanda cuenta con 69 años de edad, que para el 1 de abril

de 1994 contaba con 43 años de edad, que los periodos que laboró en la Cooperativa de Caficultores del Sur Occidente del Valle están entre julio de 1967 hasta noviembre de 1970 y en la Caja Agraria entre el 12 de mayo de 1971 hasta el 01 de agosto de 1994, agregó que desde el 01 de agosto de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999 se vinculó con la entidad privada Integral Ltda Servicios y Suministros sin que le efectuaran en ese interregno las cotizaciones a pensión, por lo que ante esta última, situación por la que radicó ante COLPENSIONES el 22 de febrero de 2016 liquidación definitiva, certificado de cámara y comercio de la referida entidad, fotocopia del documento junto con el reporte de semanas cotizadas así como el periodo dejado de cancelar. Acotó que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 contaba con 55 años y más de 750 semanas incluyendo los tiempos públicos y privados referidos, por lo que presentó ante COLPENSIONES reconocimiento pensional el 18 de octubre de 2016 aportando el formulario de contribuciones pensionales y liquidaciones financieras de Integral Ltda para que realizara el cobro coactivo, así como las certificaciones de los tiempos laborados con la Caja Agraria y la Cooperativa de Caficultores para la redención de los bonos pensionales y en la que han transcurrido mas de 2 años sin obtener una respuesta coherente y satisfactoria en relación a lo solicitado, reiterando la solicitud mediante derecho de petición el 03 de diciembre de 2018 y ante la falta de respuesta de fondo, presentó acción de tutela y en el que finalmente la entidad procedió a negarle la prestación solicitada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo introductor, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 y 12 y no constarle los restantes. **Señaló en síntesis**, que el demandante carecía de soporte jurídico al haber perdido la prerrogativas del régimen de transición, solicitando se tuvieran en cuenta las semanas correctamente reportada y pagadas por los empleadores y que se encontraban contenidas en la historia laboral. **Propuso como excepciones de fondo** inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica. (fls.98 a 107).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de junio de 2020 (CD-folio 64), **condenó** a COLPENSIONES a corregir la historia laboral del demandante e incluir el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1996 y el 30 de septiembre de 1999 con un salario de \$300.000, **declaró probada la excepción** de

inexistencia de causa para demandar respecto de la prestación pensional solicitada y declaró no probadas las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica, **absolvió** a COLPENSIONES de las demás solicitudes incoadas en su contra por el actor y **condenó** en costas a la demandada.

Como argumento de su decisión, trajo a colación lo correspondiente a las semanas que reclama el actor al tiempo laborado en la Caja Agraria, Cafioccidente así como el tiempo laborado entre el año 1996 a 1999, por lo que precisó que la CSJSL había precisado la diferencia entre mora patronal y falta de afiliación, y que atendiendo la primera pretensión del actor en relación a la declaratoria de que COLPENSIONES debe responder por la no solicitud de bono pensional al directo contribuyente, en relación a Cofioccidente y la Caja Agraria, indicó que conforme a certificaciones allegadas al expediente, no existía soporte de afiliación a las entidades y no se le puede endilgar a COLPENSIONES la obligación de cobros coactivos al empleador pero se encuentra legitimado de iniciar las acciones en contra de las referidas entidades, sin que se le pueda requerir a COLPENSIONES los incorpore a la historia laboral. Finalmente y frente a los periodos que reclama laborados ante la entidad privada Integral Ltda, se evidencia que en el expediente administrativo que obra certificación laboral del año 1996 a 1999, así como en el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES, se evidenciaba la afiliación sin que la entidad adelantara las acciones de cobro ante ese empleador pues nada se acreditó, por lo que se condenó a la entidad a incorporar este tiempo en el reporte de semanas.

En relación al régimen de transición indicó que el actor al 1 de abril de 1994 tenía 43 años por lo que inicialmente cumplía con dicha prerrogativa, no obstante indicó que al excluirse los tiempos públicos y al aplicar el Decreto 758 de 1990, no acredita el derecho pensional al acreditar solo 444 semanas de cotización, así como tampoco los requisitos contenidos en la Ley 33 de 1980.

APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, al haberle trasladado el Juzgado una carga que le corresponde a COLPENSIONES, de hacer todos los trámites ante la Caja Agraria para lograr la emisión del bono pensional con el cual cumple a cabalidad con todos los requisitos exigidos por la normatividad a julio de 2005 y a diciembre de 2014, para hacerse acreedor a la pensión, contrariando lo estipulado en la jurisprudencia y por un formato que tenía que diligenciar en que la misma Caja Agraria manifestó que era COLPENSIONES la que tenían que adelantar todos los trámites y que

por eso solo le daba la certificación que le había expedido en su momento, por lo que no estaba de acuerdo con la decisión.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con el recurso de apelación, la Sala debe determinar si el demandante tiene derecho a que el tiempo laborado en la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 12 de mayo de 1971 hasta el 01 de agosto de 1974, se contabilice y con ello establecer si es beneficiario o no del régimen de transición, y en caso positivo, establecer si tiene derecho a no al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988.

Debe precisarse, que la Sala no realizará pronunciamiento alguno en relación al servicio prestado por el demandante y no cotizado por el empleador Cooperativa de Caficultores del Sur Occidente del Valle entre julio de 1997 a 9 de noviembre de 1970 y que no tuvo en cuenta el Juez de primera instancia al momento de realizar el computo de semanas, al no haber sido objeto de apelación por parte del recurrente.

Computo de semanas y Reconocimiento de Semanas

- **Computo de Semanas CAJA AGRARIA**

Indica la parte demandante en su escrito de demanda que laboró ara la entidad **Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación**, en el periodo comprendido entre el **12 de mayo de 1971 hasta el 01 de agosto de 1974**.

Así las cosas y como pruebas relevantes allegadas al infolio, obra certificación expedido por la Caja Agraria en Liquidación en el que deja constancia que el actor laboró en la entidad mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de mayo de 1971 hasta el 1 de agosto de 1974 (fl. 19), asimismo, se allegó al expediente comunicación expedida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minera en liquidación al 07 de febrero de 2008, en el que le comunicó al actor, entre otros, lo siguiente: *“(...) Es decir que el periodo que Usted laboró en la Caja Agraria y en los cuales no se haya cotizado al S.S., Usted tiene derecho al bono pensional que por ley solo se reconoce y se cancela al S.S. o a un Fondo Privado de Pensiones, en el momento en que alguna de estas Entidades lo vaya a pensionar, esto es cuando Usted cumpla los requisitos de Ley para tener derecho a la pensión (...)”*. (fl. 17 a 18).

Por lo anterior, forzoso resulta traer a colación, lo normado en el **artículo 7 de la ley 71 de 1988**, que exige 60 años de edad si es hombre y 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en el ISS **y en el sector público ya sean cotizados o no en entidades de previsión social**, tal como ahora lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia 1981 de 2020 Rad. 84243, en el que precisó:

“(...) En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha avanzado en una línea que aboga por darle efecto a todos los tiempos laborados para cubrir pensiones de la Ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las del régimen de transición. Así ocurrió con la pensión de jubilación de la Ley 71 de 1998 (CSJ SL4457-2014), la orden de giro de títulos pensionales cuando el empleador, debido a su omisión, vacíos legales o falta de cobertura en un territorio, no afilió a sus trabajadores al ISS (CSJ SL14215-2017) o el cómputo en semanas del servicio militar (CSJ SL11188-2016). Todo lo anterior bajo la premisa de que a la luz de la Ley 100 de 1993, «los tiempos laborados deben tener alguna incidencia pensional, no pueden perderse sin más. Y esto no se trata de una dádiva o un acto de compasión, sino de un derecho irrenunciable, ligado a la prestación del servicio», del que se beneficia la sociedad en su conjunto (CSJ SL1140-2020).

Desde este punto de vista, se asevera que a diferencia de los regímenes anteriores, la Ley 100 de 1993 tuvo un efecto homogeneizador que se traduce en la convalidación de todos los tiempos laborados, lo cual se hace extensivo a los beneficiarios del régimen de transición, no solo porque a ellos les aplica en su plenitud las reglas del sistema general de pensiones, salvo en lo que concierne a la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto; también porque estas personas eran las que sufrían las consecuencias de la legislación preexistente, caracterizadas por la dispersión de regímenes y responsabilidades, donde algunas semanas eran desechadas o reputadas como no válidas para pensión.(...)”

Por todo lo anterior y contrario a lo considerado por el *a quo*, en el presente asunto si debía tenerse dentro del cómputo de semanas el periodo laborado por el actor y certificado por la Caja Agraria, aun cuando no se haya efectuado cotizaciones en los términos certificados por la entidad, al no ser dable desconocer los tiempos que un empleado laboró para una entidad pública sin realizar cotizaciones al ISS, por falta de cobertura, en cuanto ya se tiene establecido dentro del ordenamiento jurídico, los mecanismos respectivos para la financiación de los periodos sin cotización, como lo son los bonos pensionales o cuotas partes pensionales.

Así las cosas, se tendrá en cuenta dentro del cómputo de semanas a realizar, la suma de **165, 57 semanas**.

- **Reconocimiento de semanas -Integral Ltda-**

Indica el actor dentro del escrito inaugural que laboró con la persona jurídica de derecho privado **Integral Ltda Servicios y Suministros** dentro del periodo comprendido **1 de agosto de 1996 hasta el 30 de septiembre 1999** y en el que radicó ante COLPENSIONES la documental respectiva y sin que se haya iniciado las acciones de cobro coactivo ante esa sociedad.

En ese orden de ideas obra en el expediente administrativo, copia de la liquidación de contrato efectuado por el referido empleador en el periodo comprendido entre el **1 de febrero de 1996 hasta el 30 de septiembre 1999**, y de igual forma se extrae de reporte de semanas expedido por COLPENSIONES con fecha de expedición 31 de diciembre de 2014, en el que registra afiliación para febrero de 1996 y a partir de agosto de 1996 hasta septiembre de 1999, registra observación “*su empleador presente deuda por no pago*” hasta

Por lo anterior y atendiendo las argumentos expuestos por la Juez de primera instancia, no existe dentro del expediente administrativo actuación alguna por parte de COLPENSIONES tendiente a obtener algún tipo de gestión por parte del empleador moroso y contrario a ello, sí existen inconsistencias de las historias laborales de la demandante, y en el que en el reporte de semanas cotizadas en pensiones con fecha de expedición 09 de agosto de 2019 (fl. 113 a 117) fueron suprimidos de la historia laboral, sin que COLPENSIONES haya acreditado de manera clara porque fueron eliminados los periodos que registraban en mora, siendo este su deber legal al tener la custodia de los aportes a efectuados a favor del afiliado, más aún cuando el demandante evidenció las imprecisiones en su historia laboral, debiendo la entidad procurar por desentrañar las inconsistencias señaladas, entonces no es dable aducir que no existió afiliación al sistema, cuando está en realidad existió a, sin que se realizara el correspondiente recobro.

Cabe resaltar que la CSJ Sala de Casación Laboral ha aceptado los argumentos aquí expuestos estableciendo que cuando COLPENSIONES expide un resumen de semanas de cotizaciones, la información allí plasmada se presume cierta y veraz, a la vez que es vinculante. Por ello, no es posible para la entidad emisora proferir posteriormente y sin dar explicaciones razonables, otra historia laboral con información distinta a la inicialmente certificada. Ya que al hacerlo transgrede la confianza depositada por los

miles de afiliados en su gestión, sobre todo en temas tan sensibles para el tejido social como lo son las pensiones, compromiso que exige un tratamiento bastante riguroso de los archivos y bases de datos (SL 5170-2019).

Adicionalmente, debe recordarse que en la sentencia T -343 del 2014 la Corte Constitucional se pronunció sobre el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social Integral, definiendo que, como las entidades administradoras de fondos de pensiones, sin excepción, tienen a su cargo el manejo de las base datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados, tiene el deber de garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a aquellos, a tal punto que puedan entrar a responder por una determinada prestación económica, cuando quiera que no aportan los elementos de juicio suficientes que justifiquen un cambio brusco en dicha información, o que simplemente no justifique su pérdida total, o parcial y, en general, su deterioro. Así las cosas, en concordancia con lo señalado por el juez de instancia, si debían computar dentro de la historia laboral del demandante los ciclos 081996 a 091999, los cuales corresponden a **162,71 semanas** cotizadas.

Régimen de Transición

Sea lo primero señalar que el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; exige cumplir con los requisitos de edad mínimos exigidos tratándose de si es hombre o mujer (40 o 35 años respectivamente), o el de tiempo mínimo de cotización o prestación de servicios, allí contenidos verificables todos ellos al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994).

Así las cosas, de acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía del demandante, visible a folio 09, se tiene que el actor nació el 16 de junio de 1950, es decir, que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, siendo entonces **beneficiario en principio del régimen de transición**.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta diciembre de 2014.

Precisado lo anterior, se tiene entonces que el demandante **no cuenta con 750 semanas** cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es,

al 29 de julio de 2005 y que según la documental de folios 113 a 117, registra **713,73 semanas** de cotización, incluyendo las **168,14 semanas** que laboró en la Caja Agraria, asimismo, los ciclos 081996 hasta 091999 que no fueron contabilizados por encontrarse en mora y que fueron excluidos del reporte de semanas cotizadas en pensiones y que ascienden a **165 semanas**, lo que hace que su beneficio son e extienda hasta el 31 de diciembre de 2014 y como consecuencia no lo hace acreedor al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos solicitados en el libelo introductor.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

SIN COSTAS en esta instancia, al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el actor

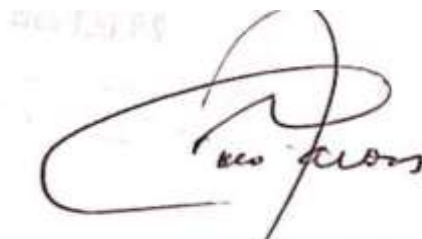
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferido por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio de 2020, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –BARBARA CALDERÓN PINILLA-CONTRA -
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **BARBARA CALDERÓN PINILLA**, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su compañero permanente o cónyuge LUIS ARTURO AYALA MAHECHA a partir del 17 de enero de 2002, ordenando la inclusión de la demandante en la nómina de pensionados y el pago retroactivo de las mesadas dejadas de pagar, asimismo se **condene** al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de las sumas a reconocer, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 2).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 a 3 del plenario, en los cuales en síntesis se señaló; que el causante AYALA MAHECHA nació el 25 de junio de 1934 y que el 14 de febrero de 2000 solicitó indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual se reconoció mediante Resolución No. 024000 de 2000 con un total de 497 semanas en cuantía de \$1.264.874 y que había cotizado hasta el 27 de diciembre de 1984, por lo que contaba con más de 300 semanas a 1 de abril de 1994, que convivió con el causante de manera ininterrumpida desde el 20 de marzo de 1970 hasta el 17 de enero de 2002 compartiendo mesa, lecho y techo y que contrajeron matrimonio el 4 de junio de 2000 y que procrearon 3 hijos ya todos

mayores de edad. Agregó que con ocasión al fallecimiento solicitó reconocimiento de la prestación la cual se negó mediante acto administrativo, indicando que las semanas cotizadas por el causante habían sido tenidas en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, decisión a la que se presentaron los recursos respectivos, no obstante confirmó la negativa de reconocimiento pensional, sin que estudiara el principio de la condición más beneficiosa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 8 a 9 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fls.38 a 44).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de febrero de 2020, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante beneficiaria y cónyuge supérstite del fallecido Carlos Arturo Ayala Mahecha a partir del 17 de febrero de 2014, en cuantía de 1 SMMLV sobre 14 mensualidades pensionales al año, **ordenó** a pagar a COLPENSIONES el retroactivo pensional autorizando el descuento en salud y **absolvió** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra, **declaró no probadas** las excepciones probadas a **excepción de la de prescripción**, al declararla **parcialmente probada** de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de febrero de 2014 y **condenó** en costas a la demandada (CD fl. 57).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó que en las resoluciones COLPENSIONES reconoce la condición matrimonio entre el señor Mahecha y la demandante en el año 2000, y que conforme al testimonio recaudado Alicia Doncel se acreditaba el requisito de convivencia desde el año 1970, por lo que conforme a la redacción original de la ley 100 de 1993 en su artículo 47, acreditó la condición de beneficiaria. Advirtió entonces, que al haberse presentado el deceso en el año 2002 y con relación al requisito de semanas, en virtud de la condición más beneficiosa, trajo a colación la jurisprudencia de la CSJ, en el que en principio debía aplicarse la normatividad al momento de la calenda de la muerte del afiliado o pensionado, no obstante permitía aplicarse una anterior que en este caso sería el establecido en el

acuerdo 049 de 1990, por lo que precisó que la densidad de semanas no se tendrían las cotizadas en cualquier tiempo sino a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y al momento del fallecimiento el afiliado contaba con 497 semanas en su totalidad, por lo que bajo esa condición podía aplicar la condición más beneficiosa al tener una expectativa legítima pensional, si bien el argumento de COLPEBNSIONES en relación a la negativo se fundamentó con la erogación de esas semanas bajo la indemnización sustitutiva que le fue entregada al causante, conforme también a jurisprudencia emanada por la CSJ no se podía negar la prestación por este argumento y que en el caso de la pensión de sobrevivientes pudo haber dejado causado el derecho y por lo que existe una compatibilidad entre esta y la pensión de sobrevivientes, accediendo el Despacho a las pretensiones de la demanda sobre 14 mesadas y sobre 1 SMMLV, reconociendo la prestación a partir del 15 de febrero del año 2014, sin reconocimiento de intereses moratorios.

APELACIÓN

LA PARTE DEMANDADA interpuso recurso de apelación, solicitando se revisara la presente decisión, ya que no se había acreditado la convivencia efectiva en el presente asunto entre la demandante y el causante, esto es lo correspondiente a los 5 años de convivencia antes de la muerte del causante ni tampoco antes, por otro lado, reiteró que las cotizaciones tenidas en cuenta al momento de efectuarse el pago de la indemnización sustitutiva no podían tenerse en cuenta para el pago de la prestación de pensión de sobrevivientes, ya que fueron reintegradas en el año 2000.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si a la demandante le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su cónyuge CARLOS ARTURO AYALA MAHECHA, en virtud del principio de la condición más beneficiosa.

Previo a resolver lo anterior, debe precisar la Sala que no fue objeto de controversia en el presente asunto la fecha de fallecimiento del señor Carlos Arturo Ayala Mahecha, para el 17 de enero de 2002, de conformidad con el registro civil de defunción que milita a folio 14 del expediente.

Pensión de sobrevivientes

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 17 de enero de 2002 (fl. 19) por lo que al ser una pensión de sobrevivientes, ya que se trata de la muerte del afiliado, se debe estudiar si este dejó causada la prestación a los posibles beneficiarios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, en la medida que para esa data no había entrado en vigencia la modificación de la ley 797 de 2003, la cual exige para acceder a la prestación, que el afiliado hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

Al constatar si se acreditan tales requisitos, se tiene que la actora aportó la Resolución 0240000 de 2000 en donde el causante CARLOS ARTURO AYALA MAHECHA el 14 de febrero de 2000, solicitó indemnización por vejez, en el que conforme a certificado de semanas se extraía que el asegurado había cotizado un total de 497 semanas hasta el 27 de diciembre de 1984, por lo que al no haber tenido derecho a la pensión de vejez y al haber declarado la imposibilidad de continuar cotizando, se le concedió la indemnización sustitutiva en cuantía única de \$1.264.874 (fl. 20 y CD fl. 52)

Situación por la que se colige, que no se dan los presupuestos enunciados en la norma en cita para acceder a la pensión deprecada.

No obstante, en lo que tiene que ver con la condición más beneficiosa, la Corte Constitucional en la Sentencia SU 442 de 2016, analizó el caso de una pensión de invalidez en la que dio aplicación a dicho principio, el cual, también es dable en tratándose de pensiones de sobrevivientes como el presente asunto.

Así, dicha Corporación al analizar este principio, señaló:

“La Corte determinó que por haber reunido más de 300 semanas antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, momento para el cual su situación estaba gobernada por el Decreto 758 de 1990, se forjó entonces para el accionante una expectativa legítima de que, en lo pertinente, este requisito le sería respetado. Si bien el legislador podía introducir ajustes o incluso reformas estructurales al sistema pensional, debía hacerlo en un marco de respeto por los derechos adquiridos y las expectativas legítimas”

(...)

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes: (i) La seguridad social, la Constitución garantiza a todos los habitantes “el derecho irrenunciable a la seguridad social” (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia; (ii) La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Cuando la condición más beneficiosa, se aplica a las solicitudes de pensión de invalidez, concurre además un grupo de principios constitucionales que protegen a las personas que –por ejemplo debido a su salud- están en circunstancias de debilidad manifiesta. La Constitución consagra el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva”; (iii) La confianza legítima. Aunque el riesgo que activa el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo; (iv) La condición más beneficiosa. Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución. (subrayado fuera del texto original).

Se puede caracterizar el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas”

Bajo ese entendido, es dable en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, analizar si la demandante, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros de la normatividad anterior, esto es, del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual exige acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al deceso o 300 semanas en cualquier tiempo previo a la muerte del afiliado.

Conforme a ello, analizado la relación de semanas relacionadas consignados en el acto administrativo No. 024000 de 2000 (fl. 30), observa la Sala que el causante cotizó a 1°

de abril de 1994, es decir, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, 497 semanas hasta el 27 de diciembre de 1984; tiempo que le permite acceder a la prestación en los términos del Decreto 758 de 1990, en la medida que acreditó más de 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo previo al fallecimiento.

Ahora, si bien en su momento el ISS le otorgó al causante – CARLOS ARTURO AYALA MAHECHA- la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, ello no le impide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en la medida que ambas prestaciones no resultan incompatibles siempre que se ordene el descuento de lo pagado por dicho concepto, pues la incompatibilidad deviene en caso que ambas se paguen sin efectuar el respectivo descuento, pues se estarían otorgando dos prestaciones por la misma causa, esto es, una indemnización y pensión liquidadas con base en las mismas semanas, las cuales solo pueden utilizarse para financiar una de las dos; de ahí que se procederá adicionar la sentencia apelada, en el sentido de AUTORIZAR a COLPENSIONES para que del retroactivo que se genere, descuente la suma de \$1.264.874 que le fue otorgada al señor CARLOS ARTURO AYALA MAHECHA mediante Resolución 024000 de 2000 (fl. 19), por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Ahora bien, la Sala procede a verificar los medios probatorios arrojados al plenario a fin de **encontrar acreditada la calidad de compañera permanente y la convivencia que alega la demandante**, en los términos del art. 167 del CGP y en atención a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL11647-2014, Rad. N° 51.479, del 02 de julio de 2014, reiterando la providencia SL del 23 feb.2010, Rad. 36.892, señaló que la condición más beneficiosa se aplica para hallar el requisito de las semanas de cotización en el régimen anterior, pero las demás condiciones deben ser conforme a la ley vigente a la fecha de la muerte; por lo tanto, nos dirigimos al contenido del art. 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la ley 797 de 2003 que señala:

“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

En consecuencia, es claro para la Sala, que quien pretende el derecho y manifiesta su calidad de beneficiario como compañero permanente o cónyuge, debe demostrar la convivencia con la causante como requisito *sine qua non* para acceder a la prestación solicitada (CSJSL Rad. N° 40.055 del 29 de noviembre de 2011 y Rad. N° 24.445, del 10 de mayo de 2005).

Así entonces, verificando los medios probatorios arrimados al plenario, se tiene que la deponente Alicia Doncel Lozano, indicó que conocía a la demandante hace 48 años, fue vecina toda su vida hasta hace 1 y medio que se trasladó al municipio de Chochí (deponente), afirmó conocer al causante que antes trabajaba en una empresa y después manejaba una buseta en la que transportaba personas y hacía trasteos, que la pareja de esposos llegaron a vivir al frente de su casa paterna en el año 1970, que adicionalmente tenían dos niños pero que aunque no eran hijos de la demandante los había educado como si fueran propios y que luego tuvieron tres hijas y que todos ellos ya eran mayores de edad. Agregó que las labores de la demandante siempre estuvieron orientadas a tejer en su casa y que posteriormente cuando el señor Carlos Ayala enfermó de cáncer de pulmón más o menos para el año 1995 o 1996, todo el tiempo lo dedicó a su cuidado hasta el momento de su muerte que creía que había ocurrido en el año 2002.

Aunado a lo anterior, también se allegó al infolio Registro civil de matrimonio entre la demandante y el señor Carlos Arturo Ayala Mahecha el 4 de junio de 2000(fl. 18), por lo que la Sala encuentra demostrado que la demandante acreditó la calidad de compañera permanente y cónyuge con el causante y la convivencia durante aproximadamente 30 años, superando el requisito de los 5 años continuos con anterioridad a la muerte del causante, además acreditó la edad de 30 años a la fecha del deceso del causante, según copia de la cedula de ciudadanía de la actora obrante a folio 17 del expediente.

En consecuencia, se concluye que resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante de forma vitalicia, en los términos precisados por el *a quo*.

En cuanto al monto de la prestación, debe precisar la Sala que conforme al material probatorio obrante en el expediente, no se allegó el reporte de semanas tradicional para determinar el ingreso base de cotización del tiempo en que realizó aportes al extinto ISS, por lo que este corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente, esto es en concordancia con lo precisado por el Juez de Instancia.

Prescripción

Al respecto, se tiene que la pensión se causó el 17 de enero de 2002 (fl. 19), la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 15 de febrero de 2017 y fue negada mediante actos administrativos SUB 31133 5 de abril de 2017, SUB 73577 del 23 de mayo de 2017y DIR 8765 del 20 de junio de 2017 (fls. 32 a 50 vto) y la demanda la presentó el 10 de abril de 2018 (fl. 34), sobrepasando el término trienal de que trata el artículo 151 del CPL, de ahí que se encuentren prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 14 de febrero de 2014, en los términos precisados por el *a quo*.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de febrero de 2020, por las razones aquí expuestas.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 365 CGP.

EN MERITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

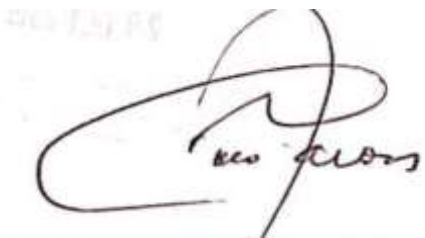
R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para que del retroactivo que se genere, descuenta la suma de \$1.264.874 que le fue otorgada al señor CARLOS ARTURO AYALA MAHECHA mediante Resolución 024000 de 2000, por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

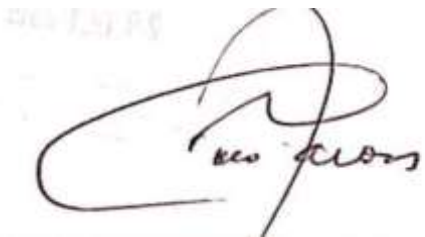


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –MARTHA ELENA DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ-
CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita la señora **MARTHA ELENA DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ**, se **declare** que el ISS recibió reporte de desafiliación de su empleador el 12 de agosto de 1981, que se **declare** que la novedad de retiro reportada con efectos retroactivos a partir del 15 de agosto de 1979 carece de validez, que se **declare** que desde el 15 de agosto de 1979 hasta el 12 de agosto de 1981 recibió aportes el ISS por parte de su empleador, que se **declare** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Como consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES a efectuar el pago de forma retroactiva de las mesadas pensionales a partir del mes de noviembre, junto con el reconocimiento y pago por los intereses moratorios y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 71 a 72).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 72 a 74 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que la afiliación al ISS se dio a partir del 15 de agosto de 1979 hasta el 12 de agosto de 1981 con el numero patronal 1003501940 recibiendo cotizaciones de manera ininterrumpida, por lo que al cumplir con los requisitos de tiempo y edad, solicitó reconocimiento pensional el 3 de noviembre de 2015, negándole la solicitud al acreditar 963 semanas y al no ser

beneficiaria del régimen de transición y por no acreditar más de 750 semanas al 1 de abril de 1994, por lo que procedió a interponer los recursos indicándole a COLPENSIONES que –Tecniaguas- había efectuado cotizaciones entre el 15 de agosto de 1979 hasta el día 12 de agosto de 1981 y que posteriormente mediante acto administrativo confirmó la decisión ya que el mencionado empleador había presentado novedad de retiro con efectos retroactivo para el 25 de agosto de 1979; por lo que aseveró contar con las tarjetas de comprobación de derechos del ISS que acreditan su afiliación a esa administradora de pensiones para el año 1979 y 1980 que no ha tenido en cuenta la entidad pensional, así como tampoco los certificados de pagos y retenciones efectuados por la compañía para el año 1979, 1980 y 1981 que evidencia los descuentos efectuados al ISS.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó el libelo introductor, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 2, 6 a 10, 16 a 17, parcialmente cierto el 5 y no ser ciertos los restantes. **Señaló en síntesis**, que no cumplió con las prerrogativas para ser beneficiaria del régimen de transición y con relación a los periodos reclamados por su empleador -Técnico Purif de Agua Ltda- reportó novedad de retiro con efectos retroactivos para el ciclo 1981110 asentada el 25 de agosto de 1979 y no era posible tener en cuenta los periodos reclamados de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 3063 de 1989. **Propuso como excepciones de fondo** inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, no de indexación o reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (fls.144 a 156).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de mayo de 2020 (CD-folio 172), **declaró no probadas** las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación, propuestas por COLPENSIONES, **declaró** que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez siendo beneficiaria del régimen de transición, en aplicación del acuerdo 049 de 1990 junto con los incrementos de Ley y la mesada adicional a partir del 11 de noviembre de 2014, **condenó** al pago retroactivo de la pensión desde el 14 de noviembre de 2014 al 30 de abril del 2010, junto con la autorización de descuento a salud, **condenó** al pago

de la indemnización moratoria a partir del 16 de marzo de 2016 y **condenó** en costas a la demandada.

Como argumento de su decisión, indicó no ser materia de controversia la calidad de afiliada de la actora en COLPENSIONES, por otro lado y de conformidad con la situación fáctica planteada con su empleador Tecniaguas, en el que solicitó se computara en su historia laboral 3 años del año 79 al 81 y no la novedad de retiro realizada ya que continuó laborando para esa entidad; se remitió a lo normado en el artículo 37 del decreto 3063 de 1989 con relación a las solicitudes de retiro de manera retroactiva en la que se debía allegar el soporte correspondiente, por lo que una vez revisado el expediente administrativo, acotó, no se evidenció ningún medio de prueba que acreditara que la entidad pensional hubiera procedido aplicar la novedad de retiro de manera retroactiva y de conformidad con las pruebas allegados al infolio, que también fueron aportadas a la demandada, no encontró razones por las cuales COLPENSIONES desconociera la documental que acreditaba el vínculo que echaba de menos la demandante y que debió computarlos o haber adelantado los tramites a su cargo, por lo que indicó procedía a tener en cuenta los periodos reclamados del 16 de diciembre de 1979 al 12 de agosto de 1981.

Acto seguido, abordó el estudio del reconocimiento pensional, indicando con relación al régimen de transición, que la actora había sostenido la prerrogativa, cumpliendo la totalidad de requisitos en el año 2014, por lo que condenó a la entidad al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos pretendidos en la demanda y en trece mesadas. En relación al IBL indicó que debía tenerse en cuenta lo cotizados en los últimos 10 años, correspondiéndole una tasa de reemplazo del 75% de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del acuerdo 049 de 1990, por lo que la mesada adicional se calculaba en \$2.377.109 ordenando el pago del retroactivo correspondiente desde el 11 de noviembre de 2014 a la fecha y autorizando el respectivo descuento a salud.

Con relación a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, acotó que la actora cumplió requisitos, también se extraía que había solicitado reconocimiento pensional en noviembre de 2015, por lo que condenó a COLPENSIONES a su pago a partir del 3 de marzo de 2016 cuando transcurrieron los 4 meses que tenía lugar al reconocimiento del derecho, declaró no probadas la excepción de prescripción e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la demandada.

APELACIÓN

LA PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, con relación a la tasa de reemplazo del 75% ya que conforme a las operaciones aritméticas realizadas debió aplicarse el 77.88% conforme a lo establecido en el artículo 20 del acuerdo 049 de 1990, al tener un total de 1048.5 semanas cotizadas.

LA PARTE DEMANDADA interpuso recurso de apelación, indicando que había accedido en su momento la entidad pensional a la solicitud realizada por Tecniaguas de aplicar la novedad de retiro de manera retroactiva, sin que se haya atendido la imposibilidad de arrimar las pruebas con relación a la novedad de retiro que aplicó de manera retroactiva en el año 1981, ya que lo único entregado por el ISS fueron unas planillas microfilmadas de difícil lectura y que imposibilitaba a la entidad verificar lo relacionado con la validez o no de la marcación de retiro.

De igual forma, reprochó el reconocimiento del régimen de transición a la actora ya que no cumplió con la densidad de semanas al 1 de abril de 1994, aun con las 85 semanas que computó el Juzgado de la empresa Tecniaguas, en el que claramente indica que deben acreditarse 15 años de servicio y no 750 semanas, y que debía acreditarse entonces en el presente asunto era 782,14 semanas, y que solo acreditó 775,03 semanas conforme a los cálculos realizados por el Juzgador, por lo que claramente no mantuvo la prerrogativa del régimen de transición y con ello no tendría la obligación para reconocer la pensión de vejez en los términos solicitados en la demanda.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar, si se debe o no tener en cuenta la novedad de retiro retroactiva radicada en el ciclo 198110 por el empleador de la parte actora “Tecniaguas” y con efectos a partir el 25 de agosto de 1979. De igual forma se determinará si reúne con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia, si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión bajo las disposiciones contenidas en el acuerdo 049 de 1990, la tasa de reemplazo que se debe aplicar, si tiene derecho al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Reconocimiento de semanas con el empleador -TECNIAGUAS-

Indica la parte demandante en su escrito de demanda que la afiliación con **Tecniaguas**, se dio a partir del **15 de agosto de 1979 hasta el 12 de agosto de 1981**, que reclamó su derecho pensional el **3 de noviembre de 2015**, la cual fue negada por COLPENSIONES, en el que fundó su negativa, indicando que el empleador -Tecniaguas- había presentado novedad de retiro retroactivo para el ciclo 198110 con efectos a partir del **25 de agosto de 1979**; por lo que aduce contar con los documentos correspondientes en los que acredita que la relación laboral estuvo vigente hasta el año 1981.

Así las cosas y como pruebas relevantes en el plenario de la relación que alega la demandante se presentó con -Tecniaguas-, obran las siguientes: **(i)** Formulario Oficial No. 1 año gravable 1979 con identificación del retenedor Tecniaguas Ltda. (fl. 82), **(ii)** Formulario Oficial No 2 Año Grable 1980 (fls. 83 a 86) **(iii)** Formulario Oficial No 3 Año Grable 1981 identificación desde quien le hizo los pagos Tecniaguas Ltda. y Supercredit Ltda. (fls. 87 a 88); **(iv)** Tarjetas de Servicios y Tarjetas de Comprobación de derechos de Técnicos Purif de Agua Ltda con numero patronal 01003501940 10 de diciembre de 1979, enero de 1980 a abril de 1980 y junio de 1980 (fls. 25 a 26), **(v)** certificado de pagos y retenciones recibidos durante los años 1979 a 1981 de Tecniaguas Ltda y con anotación de pagos efectuados al ISS (fls. 27 a 29), **(vi)** Contrato Individual de Trabajo a término indefinido fecha de inicio 16 de agosto de 1979 (fl. 30).

Asimismo, se allegaron las respuestas y actos administrativos con los que COLPENSIONES negó la incorporación del tiempo reclamado por la actora con su empleador "Tecniaguas LTDA", indicando lo siguiente: *"(...) Verificadas nuestras bases de datos se logró establecer, que el empleador TECNICOS PURIF DE AGUA LTDA, en el ciclo 198110, reportó una novedad de retiro, con efectos retroactivos, asentada para el día 19790825. Por lo tanto, no es procedente efectuar corrección alguna en la historia laboral, toda vez que se trata de una novedad de retiro con efectos retroactivos realizada en virtud de lo establecido en el Art. 37 del Decreto 3063 de 1989 y en observancia que la historio laboral de cada afiliado está construida con base en las novedades laborales que reportaba cada empleador, para que el ISS, hoy Colpensiones, de manera precisa e inequívoca realice las actuaciones administrativas correspondientes y registre las novedades tal como le fueron y son reportadas (...)"* (fl. 8- CD-157).

Aunado a lo anterior, mediante misiva de fecha 22 de noviembre de 2017, le suministró respuesta a la demandante, en los siguientes términos: “(...) nos permitimos comunicar que conforme a lo solicitado, se realizó una búsqueda exhaustiva tanto en la documentación física como en la microfilmada de nuestras bases de datos (...) No obstante, es importante mencionar que Colpensiones no cuenta con los soportes físicos de dichas planillas de aportes, puesto que el extinto Instituto de los Seguros Sociales –ISS , no hizo entrega de ellas, por tanto el único soporte de los aportes recibidos en tales periodos son las planillas microfilmadas heredadas de la anterior administradora del Régimen de Prima Media, organizadas en microfichas por seccionales y patronales, algunas legible y otros no; Debido a que las microfilmaciones son un insumo físico de uso permanente cuya consulta solo puede hacerse mediante visores que permiten su visualización, resulta tecnológicamente difícil su reproducción, por tanto, dicho documento se envía tal y como se obtiene de la microficha, como se observa a continuación:

[illegible]

Conforme a lo anterior, se extrae de la -microficha microfilmada-(fl. CD-157), aunque poco legible, el nombre del empleador de la actora -TECNICOS PURIF DE AGUA LTDA, su nombre – DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ MARTHA H y se registra fecha -25 08 79-, sin que se logre visualizar ningún registro adicional. De igual forma, obra en el infolio Reporte de Semanas cotizadas SEGURO SOCIAL-VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES-PERIODO 1967-1994 con fecha de expedición 22 de noviembre de 2017, del que se extrae que TECNICOS PURIF DE AGUA LTDA registra fecha de ingreso 1979/08/15 y **fecha de retiro 1979/08/25.**

Finalmente es importante precisar, que el *a quo* como fundamento de su decisión, trajo a colación lo establecido en el artículo 37 del Decreto 3063 de 1989, que establece lo siguiente:

“(…) DESAFILIACION RETROACTIVA. Cuando un patrono no reporte oportunamente al ISS la desvinculación laboral de un trabajador, deberá, para la desafiliación retroactiva correspondiente, demostrar a satisfacción del Instituto, la fecha de la respectiva desvinculación laboral. Se aceptarán como pruebas, entre otras, el escrito de la aceptación de la renuncia, la liquidación final de prestaciones o el recibo de pago definitivo de las mismas, o el título de su consignación (...)”

Conforme a lo anterior, precisa la Sala, que la desafiliación del sistema de pensiones requiere de un acto de declaración de voluntad, bien sea del **empleador** o del afiliado, que, desde luego, **debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema**, así lo tiene adoctrinado de vieja data la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1° de febrero de 2011, radicado No. 38.776 M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza y en las sentencias SL4611-2015, Rad. N° 56171 del 11 de marzo de 2015, SL5603-2016, Rad. N° 47236 del 06 de abril de 2016.

En este aparte jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia también puntualizó, que ese acto de declaración de voluntad para entender la desafiliación del sistema no siempre requiere de la manifestación de voluntad expresa por parte del asegurado, sino que también puede entenderse de manera excepcional cuando se presenta alguna de las circunstancias allí reseñadas; como lo son la terminación del contrato de trabajo, la liquidación de prestaciones sociales o de la falta de cotizaciones, siendo lo importante que el trabajador o empleador ponga en conocimiento la intención del afiliado de desafiliarse del sistema, la cual debe ser de una nitidez que no genere duda para la entidad.

Por lo anterior y conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, **no existe absoluta certeza de que en su momento para el ciclo 198110 el extinto ISS haya contado con los elementos probatorios requeridos en la normatividad en cita para haber procedido aplicar la novedad de retiro con efectos retroactivos**, pues con la – microficha microfilmada- no se logra extraer nada diferente a los datos de la

actora y de su empleador y un registro de fecha 25 de agosto de 1979, sin que sea válido tenerlo como soporte definitivo para llegar a una conclusión diferente y que permita inferir que en efecto la relación laboral culminó para dicha data; ya que contrario a ello y con las documentales allegadas por la actora, esto es las tarjetas de comprobación de derechos del ISS para los meses diciembre de 1979 con el numero patronal 01003501940 de Técnicos Purif de Agua Ltda, junto con los certificados de pagos y retenciones recibidos durante los años 1979 a 1981 que relacionan dineros destinados al ISS, por lo que existen serios indicios que la relación laboral se extendió hasta la fecha referida por la actora – 12 de agosto de 1981- y más aún cuando la novedad de retiro se radicó para octubre de 1981, por lo que acogiendo las consideraciones realizadas por el Juez de instancia, en efecto deben computarse las semanas entre el **26 de agosto de 1979 al 12 de agosto de 1981, no obstante solo se realizará el computo entre el 16 de diciembre de 1979 hasta el 12 de agosto de 1981**, toda vez que los otros ciclos se encuentran cotizados con el empleador Restrepo Arbeláez Agustín-(CD-FL. 157).

En síntesis, en el presente asunto no se presentó prueba que permita deducir que se cumplió con alguna de las causales traídas a colación, para que se efectuara la desafiliación retroactiva, tampoco la documental creada por el ISS y presentada al proceso que refiriera la desafiliación como tal en forma concreta y, contrario a ello, aparece prueba de la afiliación de la demandante, disfrutando de los servicios conforme a las documentales que hacen referencia puntualmente al ISS en parte del periodo que se encuentra en discusión, así como las documentales que refiere pagos anuales también a esa entidad y que demuestra de manera inequívoca que si continuó afiliada, entonces, no se entiende por qué procedió la entidad pensional a realizar una desafiliación retroactiva sin aportar el soporte para ello, teniéndose entonces ese periodo reclamado como afiliada legalmente y que llevan a confirmar la decisión frente a este tópico.

Régimen de transición

Conforme al art. 36 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiario del régimen de transición en el caso de las mujeres debían contar para el 1° de abril de 1994, con 35 o más años de edad, o 15 o más años de servicios cotizados.

Reuniendo los requisitos señalados tendrá derecho a la pensión de vejez o de jubilación cuando cumplan la edad y el tiempo de servicios o el número de semanas establecidas en el régimen que se venía aplicando con anterioridad al 1° de abril de

1994, el cual para el caso concreto es el dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Dto. 758 del mismo año, por contar con semanas cotizadas al ISS hoy Colpensiones.

Dicho lo anterior, y conforme a la copia de la cédula de cédula, que obra dentro del expediente administrativo (CD-fl. 157), se tiene que la actora nació el **11 de noviembre de 1959**, por lo que al 1° de abril de 1994, contaba con 34 años de edad cumplidos, sin reunir el requisito de la edad, por lo que con relación al segundo de los requisitos, esto es, los 15 años de servicio, la actora a la referida acredita un total de **775,03 semanas** de cotización, incluyendo el periodo de 16 de diciembre de 1979 a 12 de agosto de 1981, que no estaba incluido en el reporte de semanas, superando ampliamente las 770 semanas que equivalen a 15 años de servicios, por lo que se establece que la actora es beneficiaria de esta prerrogativa, contrario a lo indicado por COLPENSIONES, quien acotó en sus argumentos de disenso que estas debían ascender a 782 semanas.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas **750 semanas** o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendría el referido régimen **hasta diciembre de 2014**.

Precisado lo anterior y compartiendo los argumentos esbozados por el *a quo*, en efecto el demandante cuenta con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 29 de julio de 2005 y que según la documental de folios 131 a 134, registra **971 semanas** de cotización, incluyendo el periodo -16 de diciembre de 1979 a 12 de agosto de 1981-, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez – Acuerdo 049 de 1990

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de vejez en el caso de las mujeres debía acreditar 55 años de edad y un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1,000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Al respecto, se tiene que la actora cumplió los 55 años de edad el **11 de noviembre de 2014**, al verificarse las semanas cotizadas durante los **20 años anteriores al cumplimiento de la edad**, esto es, del 11 de noviembre de 1994 al 11 de noviembre de 2014, se acreditó en la historia laboral allegada al proceso **243,57 semanas** de cotización y en **toda la vida laboral** reunió un total de **1,048,71 semanas de cotización**, con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, incluyendo tal y como se relacionó en precedencia, el interregno entre el 16 de diciembre de 1979 hasta el 12 de agosto de 1981, que no fueron tenidas en cuenta en su historia laboral, lo cual dio lugar a que sea reconociera la pensión solicitada, la cual se causó el **11 de noviembre de 2014**, momento en que cumplió los 55 años de edad y contaba con las semanas exigidas por la normatividad aplicable a su caso, tal y como lo consideró el *a quo*.

Disfrute de la pensión y monto

Al respecto, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, verificada la historia laboral de la demandante se tiene que el último aporte realizado al sistema corresponde a **30 de noviembre de 2014** (fls. 131 a 134), por lo que en este sentido se modificará la decisión impartida por el *a quo*, en relación a que el reconocimiento pensional debe darse a partir del **1 de diciembre de 2014** y que llevan a modificar el numeral segundo que ordenó su reconocimiento a partir del 11 de noviembre de 2014.

En cuanto el **monto de la mesada**, debe efectuarse el cálculo del IBL con el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por lo que realizados los cálculos aritméticos se evidencia que arrojó un IBL superior a los realizados por el *a quo*, no obstante al no haber sido objeto de reparo, no se modificará la suma de \$3.161.479,64 y al que debe aplicarse una tasa de remplazo del 75% atendiendo el computo de semanas (1.048), es el que le corresponde conforme lo establece al parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, y si bien la actora recurre el presente ítem aduciendo que atendiendo el número de semanas cotizadas le corresponde una tasa de reemplazo del 77.88 %, lo cierto es que dicha situación fáctica no se encuentra contemplada en la normatividad en cita, sino por el contrario el porcentaje solo varía o aumenta por cada 50 semanas de cotización adicional sin que de ninguna manera se contemple cálculos proporcionales, razones suficientes para no acceder a lo solicitado por la parte actora y que llevan a confirmar que la primera mesada pensional corresponde a la suma de \$2.377.109 tal y como lo consideró el Juez de Primera Instancia.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que la misma no alcanzó a operar, tal y como acotó en la decisión de primera instancia, como quiera que la demandante reclamó inicialmente la prestación el día 3 de noviembre de 2015, la cual se negó mediante resolución GNR 46452 de 12 de febrero de 2016, frente a la cual se interpusieron los recursos de ley, confirmando su decisión en reposición mediante acto administrativo GNR 122497 de 27 de abril de 2016, de igual forma en apelación mediante Resolución VPB 26212 del 22 de junio de 2012, notificándose de la decisión el 15 de julio de 2016 y de esta forma agotando la vía administrativa (fls. 102 a 130); acudiendo a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar el 8 de mayo de 2018 (fl. 1), sin que durante dicho interregno superara los 3 años de que trata el artículo 151 del CPTSS.

Intereses moratorios (ponencia compartida)

Sobre el tema, ha sido clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en señalar que los mismos también proceden para las pensiones otorgadas bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, como así lo indicó en la sentencia SL – 2834 de 2018 radicado 63344 de sala de Descongestión N° 1 y en sentencia más reciente SL 1681 del 3 de junio de 2020.

Así mismo, no debe olvidarse, que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y 4° de la ley 700 de 2001, establecen que las entidades que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional tendrán un plazo no mayor de 6 meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de pensión para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes. **No obstante, para la mayoría de los integrantes de la Sala, el término para contabilizar los mismos debe ser de 4 meses, como lo establece la primera de las normas citadas.**

En ese orden de ideas, se tiene que la demandante reclamó **el 3 de noviembre de 2015** (fl.102), de manera que COLPENSIONES tenía hasta el **3 de marzo de 2016**, para resolver positivamente la solicitud y no lo hizo a pesar de reunir el demandante con los requisitos legales para ello, por lo que deben reconocerse los mismos a partir del **4 de marzo de 2016**, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, y hasta que se haga efectivo su pago y que llevan a modificar el numeral quinto en cuanto a la fecha de su causación.

Retroactivo pensional

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que el juez en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia ordenó el pago retroactivo por concepto de mesadas pensionales a partir del 11 de noviembre de 2014, se revocará la decisión, para en su lugar ordenar el reconocimiento de las mesadas pensionales a partir del 1 de diciembre de 2014 y hasta cuando se efectuó su pago, con los respectivos reajustes legales y la mesada de diciembre que se cause.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL NUMERAL SEGUNDO Y QUINTO**, se **REVOCARÁ EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia apelada en la forma antes anotada.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y MARTHA HELENA DOMINGUEZ GUTIERREZ de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a la fecha de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual debe darse a partir del **1 de diciembre de 2014**, confirmándose en lo demás este numeral.

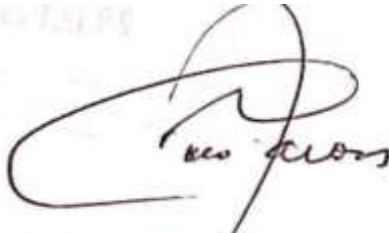
SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR a COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas a partir del **1 de diciembre de 2014** y hasta cuando se efectúe su pago, con los respectivos reajustes legales y la mesada adicional de diciembre que se cause.

TERCERO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a la fecha de causación de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 4 de marzo de 2016, confirmándose en lo demás este numeral.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y MARTHA HELENA DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

(Salva voto parcial por el término para contabilizar los intereses moratorios)

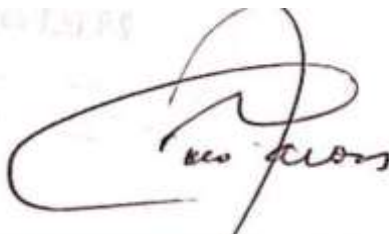


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES la suma de \$900.000 pesos y a cargo de MARTHA HELENA DOMÍNGUEZ GUTIÉRREZ la suma de \$300.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – BORIS AUGUSTO MARTÍNEZ BURITICÁ - contra -DIATECO S.A.S- y -MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA-.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **BORIS AUGUSTO MARTÍNEZ BURITICÁ**, se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo con fecha de iniciación 23 de septiembre de 2013, en el cargo de conductor, devengando como último salario la suma de \$1.641.750, que se **declare** que prestó sus servicios personales a favor de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA y que en su calidad de contratista y beneficiaria del servicio, es solidariamente responsable en el reconocimiento y pago de las acreencias laborales; adicionalmente solicitó, se **declare** que fue despedido el 24 de diciembre de 2015, como consecuencia de las enfermedades padecidas y sin la respectiva autorización de la oficina de trabajo, debiéndose entonces declararse ineficaz ante la debilidad manifiesta y fuero de estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia, se **condene** al reintegro definitivo y sin solución de continuidad a un cargo igual o de mayor jerarquía sin desmejorar las condiciones laborales, que se **condene** a las demandadas al reconocimiento y pago a los salarios dejados de percibir, prestaciones sociales, vacaciones

y aportes a pensión desde el 24 de diciembre de 2015 hasta 03 de mayo de 2016, asimismo, se **condene** a la sanción de 180 días de salario del artículo 26 de la Ley 100 de 1997, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 7 a 9).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 7), señaló en síntesis, que el 23 de septiembre de 2013 celebró contrato individual de trabajo con la demandada DIATECO SAS sin realizarle los respectivos exámenes de ingreso, para el cargo de conductor en la que se le asignó la buseta de placas TSB 079 realizando un recorrido permanente de Puerto Perales a Campo Nare, devengando como último salario la suma de \$1.641.750, agregó que los servicios personales eran prestados a favor de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA en sus instalaciones y que adicionalmente debía realizar el mantenimiento del vehículo en la ciudad de Ibagué y Medellín conforme lo ordenaba esta última entidad, agregó que el 15 de febrero de 2014 cuando se encontraba conduciendo para llevar el vehículo a mantenimiento en la ciudad de Ibagué, sintió un fuerte dolor de espalda, pierna izquierda y el órgano genital izquierdo y que al regresar de su viaje le comunicó a la enfermera de MANSAROVAR ENERGY lo sucedido quien le indicó que no podía reportarse al haber sucedido fuera del campo petrolero, por lo que posteriormente al no sentirse bien de salud asistió a la EPS Saludcoop en donde le practicaron varios exámenes y que para el 20 de febrero de 2014 como resultado de un examen de RX COLUMNA LUMBOSACRA se concluyó que padecía de Discopatía L5-S1, Espondilosis Incipiente, afirmó que como consecuencia de sus dolencias continuó en tratamiento de las patologías y que para el 2 de agosto de 2014 se le entregó examen de resonancia magnética de columna lumbosacra con CAMBIOS OSTEOCONDROTICOS en L4-L5 y L5-S1, CAMBIOS DEGENERATIVOS TIPO MODIC II EN L5 S1 y LA AMPLITUD DE CANAL CENTRAL Y LOS ESPACIOS DE EMERGENCIA RADICULAR, por lo que para el 19 de diciembre de 2014 se establece que padece de Discopatía Lumbar con espondilosis y artrosis severa de columna y le diagnostican DESPLAZAMIENTO DEL DISCO INTERVERTEBRAL ESPECIFICADO.

Agregó que para el 31 de marzo de 2015 DIATECO SAS le terminó de manera unilateral el contrato de trabajo que se había celebrado el 23 de septiembre

de 2013 y que para el 1 de abril de 2015 firmó otro contrato de trabajo por la obra o labor determinada y para la ejecución del contrato M11-313-14B, ejerciendo idénticas labores como conductor y prestando las labores para MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA y que al no encontrar mejoría en su estado de salud fue remitido al Instituto Colombiano del Dolor, en el que se le programaron 10 terapias de las cuales solo pudo asistir a 3, al no haber obtenido el permiso por parte de sus empresa, acotó que para el 28 de diciembre de 2015 tenía programada una cita en la clínica del dolor la cual fue reprogramada para febrero de 2016, no obstante fue despedido para el 24 de diciembre de 2015 por DIATECO encontrándose en tratamiento de sus patologías, adelantándose el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral y sin autorización del Ministerio de Trabajo y como consecuencia de las enfermedades padecidas, sin entregársele la carta de terminación y unas certificaciones y sin realizarle el examen de retiro, por lo que procedió a interponer una acción de tutela, ordenando su reintegro y reubicación en un cargo de iguales o mejores condiciones y de forma transitoria, por lo que para el 3 de mayo de 2016 DIATECO le hace suscribir un acuerdo de voluntades por obra o labor determinada y para la duración del contrato M11-196-15 desconociendo lo ordenado por el juez de tutela que había ordenado su reintegro, agregó que por 10 días estuvo en una oficina realizando labores y que posteriormente llegó un médico ortopedista particular a valorarlo y a indicar que ya podía reintegrarse a realizar sus labores de conducción y se reactivó en el cargo prestando sus labores para MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA, pero que al continuar con sus múltiples dolores se dirigió a CAFESALUD EPS el 17 de mayo de 2016 en el que le realizaron una resonancia magnética de columna lumbosacra en las que arrojó diferentes hallazgos y que para el 20 de junio de 2016 fue valorado por el departamento de medicina laboral y en la que emitió recomendaciones laborales por el término de 6 meses y que DIATECO al conocer las mencionadas lo reubicó en campo moriche de MANSAROVAR como ayudante en el cargo de oficios varios y que para el 18 de julio de 2016 fue nuevamente valorado por los médicos tratantes y que actualmente se encuentra con tratamiento médico y en espera de calificación de origen y pérdida de capacidad laboral junto con la fecha de estructuración.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA- contestó el introductorio (fls. 122 a 144), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, NO aceptó ninguno, no ser ciertos los contenidos en los numerales 6 a 8, 10, 17 a 18, 21, 26 a 29 y 34 y no constarles los restantes. **Indicó en síntesis**, que desde la demanda se había confesado no haber suscrito contrato con esa entidad por lo que no podía ser responsable de ningún tipo de obligación; que contrató con DITECO los servicios de conexionado mecánico y/u obras electromecánicas y en la que la labor desempeñada por el actor de conducción de transporte de personas no guardaba identidad con su objeto de exploración y explotación de hidrocarburos. Con relación a la estabilidad laboral reforzada indicó que el actor también había confesado que no había sido calificado de la pérdida de capacidad laboral por lo que no lo hace acreedor de ningún tipo de protección y no era procedente el reintegro ni del pago de la sanción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. **Propuso como excepciones de fondo** las denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción **y llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A.**

DIATECO SAS- contestó el introductorio (fls. 241 a 275), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 5, 12, 15 a 16, 26 a 29, 32 a 33, 36, 38 y 40, no ser ciertos los numerales 4, 6 a 7, 17 a 18, 21, 23 a 24, 30, 34 a 35 y no constarles los restantes o no corresponder a una situación fáctica. **Indicó en síntesis**, que el actor fue vinculado el 23 de septiembre de 2013, para el cargo de conductor y que su último salario correspondió al de \$1.641.750, que las labores se encontraban orientadas a manejar la micro buseta TSB 079 y que su recorrido si se realizaba entre Puerto Perales a Nare y que ninguno de los trabajadores que realizaban la misma labor, presentaron repercusiones en su salud, aceptó conocer el diagnostico de DISCOPATÍA L5 S1 pero que la misma era producto del envejecimiento natural de las personas y no con ocasión a la labor que desempeñaba, siendo solo un argumento de inicio del dolor y no de haberse presentado ningún tipo de incidente y que a lo largo solo ha manifestado el actor sentir dolor pero en el que no existe prueba alguna con relación a un padecimiento grave de salud y que si bien indica que MANSAROVAR no le concedió permiso para asistir a las terapias, lo

cierto es que su permiso debió solicitárselo a DIATECO como su empleador y que ello denotaba que el no asistir correspondió a una decisión propia, acotó que el 24 de diciembre de 2015 se dio por terminado el contrato debido a una causa objetiva y que el tratamiento de salud que señaló el demandante era desconocido.

Aceptó que conocía lo relacionado a la acción de tutela interpuesta por el señor MARTÍNEZ BURITICÁ y de la cual en segunda instancia se ordenó su reintegro procediendo a suscribir contrato con fecha 3 de mayo de 2016 en cumplimiento a lo allí ordenado, aceptó que inicialmente prestó sus labores en una oficina y que después de contar con el visto bueno por parte de los profesionales en salud ocupacional fue diagnosticado apto para continuar con el desempeño de sus funciones, manifestó que si bien se realizaron recomendaciones por parte del Médico Especialista en Salud Ocupacional, las mismas no fueron acatadas por el actor y que a la fecha no sido calificado de la pérdida de capacidad laboral ni su origen y que en la actualidad no existe una patología real, ya que las manifestaciones de dolor no eran comprobables y eran producto de su edad. **Propuso como excepciones de fondo** las denominadas inexistencia del fuero a la estabilidad laboral reforzada, inexistencia de valor probatorio de fallo de tutela como consecuencia de una vía de hecho por defectos facticos y procedimentales, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido.

Finalmente, el llamado en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, contestó la demanda (fls. 356 a 368), oponiéndose a las pretensiones y frente a los hechos manifestó no constarle ninguno de los contenidos en el libelo introductor. **Propuso como excepciones de fondo** las denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, límite del valor asegurado, prescripción laboral, extensión de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación y genérica.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

DIATECO SAS, el 2 de octubre de 2017 presentó demanda de reconvencción en contra del demandante (fls. 290 a 292) solicitando que se declarara que el reconvenido no tenía la condición de discapacitado o limitado en los

porcentajes para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no tenía que acudir ante el Ministerio de Trabajo y que la terminación del contrato que se efectuó para el 24 de diciembre de 2015 fue legal y el reintegro efectuado vía tutela no tiene fundamento, generándole al actor un enriquecimiento sin causa en detrimento de DIATECO SAS. Como consecuencia se condene al reintegro de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y dotaciones, se condene a las costas al actor.

Como **situaciones de orden fáctico**, indicó que el contrato de trabajo que habían celebrado las partes había finalizado el 24 de diciembre de 2015 y que su finalización obedeció a una razón objetiva contenida en el hecho primero del acuerdo de voluntades y que a la fecha de finalización del vínculo la empresa no tenía conocimiento ni fue notificada que el reconvenido fuera beneficiario de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 toda vez que no existía ningún tipo de limitación o discapacidad física, por lo que no tenía derecho a que se efectuara su reintegro, no existiendo obligación alguna de asistir al Ministerio de Trabajo.

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

BORIS AUGUSTO MARTÍNEZ BURITICA, dio respuesta a la demanda de reconvencción (fls. 335 a 350) oponiéndose a las pretensiones contenidas en las mismas. Negó la totalidad de los hechos e indicó en síntesis, que el 24 de diciembre de 2015 momento en que la entidad terminó de manera unilateral del contrato de trabajo se encontraba en tratamiento de sus patologías y se encontraba adelantando la calificación por pérdida de capacidad laboral, y que no se solicitó autorización ante el Ministerio de Trabajo y con ocasión a las enfermedades que este padecía y del que si notificó a la empresa su estado de salud, así como las diferentes patologías que lo aquejaban y aunado al hecho a la veces que tuvo que pedir permiso para ir al médico, terapias o cuando se encontraba incapacitado y que tan es así que la demandada lo reubicó conforme a las recomendaciones laborales realizadas por la EPS CAFESALUD y del que no requería ninguna calificación o PCL para acceder a su protección constitucional.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 9 de octubre de 2019 (CD – fl. 622), **declaró** que entre el señor BORIS AUGUSTO MARTÍNEZ y la demandada DIATECO SAS existe una relación laboral bajo tres contratos de trabajo de obra o labor, el primero del 23 de septiembre de 2013 al 31 de marzo de 2015, el segundo 1 de abril de 2015 al 24 de diciembre de 2015 y el tercero del 3 de mayo de 2016 a la fecha, **declaró la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo** efectuada por DIATECO SAS al demandante el 25 de diciembre de 2015 y en consecuencia **ordenó el reintegro de forma definitiva** y sin solución de continuidad a un cargo igual o de superior categoría y a pagarle los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social desde el 25 de diciembre de 2015 hasta el 03 de mayo de 2016, **absolvió** a la demandada DIATECO SAS de las demás pretensiones de la demanda, **absolvió** a la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA y a la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, **absolvió** al demandante de todas y cada una de las pretensiones de la demanda de reconversión interpuestas por DIATECO SAS y **condenó** en costas a DIATECO como demandada y demandante en reconversión.

Fundamentó su decisión, indicando que conforme al acervo probatorio del expediente y con relación a la primera pretensión de que se declare una sola relación laboral desde el 23 de septiembre de 2013, se opuso a su prosperidad, aduciendo que conforme a la documental, el actor había sido contratado desde el 2013 hasta el 31 de marzo de 2015 por obra o labor y desde el 1 de abril de 2015 hasta el 24 de diciembre de 2015 bajo la misma modalidad, en el que acotó que si bien había sido contratado bajo el mismo cargo, se evidenciaba que se trataba de dos contratos totalmente diferentes y que fue reintegrado el 3 de mayo de 2016 en acatamiento de la acción constitucional hasta la fecha y que así lo declararía en la parte resolutive.

Con relación a las demás pretensiones, acotó que conforme a lo normado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el actor se enmarcaba en lo allí dispuesto así como en lo precisado por la el órgano de cierre con relación a

la PCL superior al 15%, pues si bien para el momento del despido -24 de diciembre de 2015- no contaba con dicha calificación, lo cierto es que conforme al dictamen pericial, esto es la calificación efectuada el actor tuvo una PCL superior al referido porcentaje, más exactamente del 45.05% teniendo como fecha de estructuración para el año 2018, pero conforme a historia clínica, el demandante venía siendo tratado por DISCOPATÍA desde el año 2014 y del que admitió uno de los testigos tener conocimiento, por lo que al momento de la terminación del contrato el actor se encontraba en tratamiento y la empresa tenía conocimiento de dicha situación y tenía que pedir permiso ante el Ministerio de Trabajo para la terminación del vínculo; y si bien DIATECO afirma que la relación laboral se dio por terminada debido a la finalización de su cliente MANSAROVAR de la orden de servicio, esto es por una causa objetiva, no lo indicó de esa manera en la contestación de la demanda, así como tampoco consignó de manera específica al momento de la finalización del vínculo dicha situación, concluyendo que la razón por la que se había terminado el contrato se dio con ocasión a la patologías que presentaba el actor, declarando la ineficacia del despido, ordenando su reintegro definitivo y condenando al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones y con relación a la sanción de los 180 días de salarios era su tesis que ante la prosperidad del reintegro no condenaba al pago de dicho rubro al no haber terminación del contrato de trabajo.

Finalmente y con relación a la solidaridad solicitada, indicó que conforme a los contratos macro allegados y los certificados de existencia y representación de las demandadas no tienen identidad de objeto y son totalmente ajenas conforme al cargo desarrollado por el actor en calidad de conductor, no había lugar a declararla, procediendo absolver a MANSAROVAR ENERGY de las pretensiones de la demanda así como al de llamamiento de garantía LIBERTY SEGUROS y con relación a la demanda de reconvención presentada por DIATECO, no accedió las mismas teniendo en cuenta que prosperaron las pretensiones de la demanda, absolvió al demandado en reconvención de las mismas, también se relevó del estudio de las pretensiones propuestas inclusive la de prescripción al no haber transcurrido el termino de tres años entre el despido y la presentación de la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria del numeral tercero de la sentencia, esto es, solicitando se condene al pago de los 180 días de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no excluirse el reintegro con la sanción contemplada en la normatividad en cita, ante la falta de autorización del Ministerio de Trabajo y ante la falta de una causa objetiva de terminación de contrato de trabajo.

La parte demandada DIATECO SAS interpuso recurso de apelación, solicitando no se accede al pago de la sanción de los 180 días del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pero no por las razones esbozadas por el Juez de primera instancia, sino por lo precisado por la CSJ en el año 2019, sin que hubiese sido posible determinar las calificaciones futuras del actor tal y como ocurrió en el presente asunto, ya que al momento de la terminación del contrato poseía una PCL del 15%, asimismo el empleador no conocía la discapacidad y que la terminación de la relación laboral no se dio por ese motivo por lo que cuestionó que no se haya tomado el tiempo para revisar los alegatos con relación a los últimos pronunciamientos de la CSJ que precisaba en que momento el despido debía declararse ineficaz.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si al momento de la culminación del vínculo el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo, establecer si el despido lo fue con ocasión a su condición, analizándose la procedencia del reintegro junto con el pago de los 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existe entre las partes y que es corroborado con la documental que obra en el expediente y que el *a quo* declaró que el vínculo se ha dado bajo tres contratos de trabajo por obra o labor, el primero entre el 23 de septiembre de 2013 al 31 de marzo de 2015,

1 de abril de 2015 al 24 de diciembre de 2015 y 3 de mayo de 2016 a la fecha, sin que la misma haya sido objeto de reparo por las aquí partes.

Reintegro mediante Acción Constitucional

Una una vez finalizado el vínculo contractual laboral el 24 de diciembre de 2015, el accionante promovió acción de tutela en contra de DIATECO SAS y MANSARIVAR ENERGY COLOMBIA SAS, en el que el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Boyacá negó los pedimentos del actor por improcedentes, razón por la que impugnó la decisión y el Juzgado Promiscuo del Circuito Distrito de Manizales mediante proveído de fecha 30 de marzo de 2016 tuteló los derechos fundamentales y procedió a ordenar el reintegro de manera transitoria (fls. 70 a 82); DIATECO procedió a incorporar nuevamente al demandante el 3 de mayo de 2016 (fl. 83 a 89); relación laboral que continúa vigente conforme se extrae de los interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el representante legal de DIATECO SAS.

Estabilidad laboral

La interpretación que la Sala hará en este caso, desde el punto de vista de las nuevas orientaciones que últimamente han sosteniendo tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, en el sentido que las normas legales se deben interpretar a la luz de los principios y valores constitucionales, a partir de la Constitución Política de Colombia desde el año 1991, en cuanto a que estos priman sobre las normas legales que los contrarían, tal como lo establece el artículo 4 constitucional. Igualmente, el artículo 93 *ibidem*, refiere que los derechos establecidos en la carta política y la Ley se interpretaran conforme a los estándares internacionales, por lo tanto, implica darle un repaso a los valores y principios que establece la Constitución y luego, aplicar las normas laborales de carácter legal a la luz de dichos principios y normas constitucionales.

Se establece en la Constitución Política de Colombia del año 1991, que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República, fundada en el respeto de la dignidad humana, y en el trabajo y que son fines esenciales del Estado, entre otros, servir a la comunidad,

promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, se indica que es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y que uno de LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es el trabajo, el cual constituye una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, de ahí que toda persona tenga derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, además de ser libre de escoger profesión u oficio.

En igual sentido, señala la Carta Política que el Congreso expedirá el estatuto del trabajo y la ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, garantía a la seguridad social, capacitación, adiestramiento y el descanso necesario, protección especial a la mujer, maternidad y al trabajador menor de edad.

De otro lado, también es importante destacar, que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna y que ni La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, por ende, es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, al igual que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa, que la creación del Estado Social de Derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser de este, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución, sumado a que es tratado como un derecho fundamental, lo que implica que toda persona tiene derecho al trabajo y así, a su estabilidad en el mismo. Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.

Desde otra óptica, el trabajo es el que ha permitido que el ser humano se haya desarrollado hasta los estadios en los que se encuentra hoy la humanidad, en sus actuales condiciones vida y además le ha servido de sustento por la remuneración que recibe, pues sin el mismo no habría podido subsistir, por ello, resulta vital y tan esencial la conservación de un empleo para todos los seres humanos.

Dentro de las garantías inmersas en el derecho al trabajo, se encuentra la estabilidad en el empleo, pues sin este, pierde su esencia, de ahí que la Constitución establezca como principio mínimo fundamental la estabilidad en el empleo sin ninguna restricción. Estabilidad que significa un derecho positivo del trabajador a permanecer en el empleo y por ende, conlleva una idea negativa al empleador para despedirlo; por ello, se expidió la ley 319 de 1996 la cual en sus artículos 6° y 7°, señala que toda persona tiene derecho al trabajo el cual habrá de gozar en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado, debe garantizar de manera particular, la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias y profesiones, con las causas de justa separación y en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

Lo que significa, que la estabilidad en el empleo es un derecho y que, para conservarlo, deben interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales y para garantizar ese derecho, no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa.

Siendo ello así y en lo que se refiere a la estabilidad laboral reforzada en tratándose de trabajadores en situación de discapacidad, la Corte Constitucional en sentencia SU – 049 de 2017, indicó:

“4.7. Según lo anterior, la Constitución consagra el derecho a una estabilidad ocupacional reforzada para las personas en condiciones de debilidad manifiesta por sus problemas de salud. Ahora bien, como se pudo observar, la jurisprudencia constitucional ha señalado que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no solo quienes han tenido una pérdida ya calificada de capacidad laboral en un grado moderado, severo o profundo –definido conforme a la reglamentación sobre la materia-, sino también quienes experimentan una afectación de salud que les “impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares” (sentencia T-1040 de 2001). La experiencia acumulada por la jurisprudencia muestra que estas personas están también expuestas a perder sus vínculos ocupacionales solo o principalmente por ese motivo y, en consecuencia, a ser discriminados a causa de sus afectaciones de salud.”

(...)

“8.1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. La estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios, aun cuando no envuelvan relaciones laborales (subordinadas) en la realidad. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución, incluso en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios, cuyo contratista sea una persona que no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.”

Así mismo, dicha Corporación proveído SU – 040 de 2018, expresó:

*“3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia. En el caso de las personas con discapacidad, “es el derecho que garantiza la permanencia en el empleo, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral.” Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su **situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares**, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad. En este contexto, **la estabilidad laboral reforzada hace ineficaz el despido o desvinculación cuando la razón del mismo es la condición especial que caracteriza al trabajador.**”*

(...)

“3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.”

Hechas las anteriores precisiones, se traen como **pruebas documentales** relevantes las siguientes:

- Certificado de Aptitud Laboral con fecha **24 de febrero de 2013**, **realizado por** DIATECO SAS con marcación INGRESO del trabajador, con observación: *“aplazado requiere resonancia magnética nuclear por EPS (RMN)”* RX de COLUMNA (fl. 279).
- Formato de DIATECO denominado PRIMEROS AUXILIOS, en la que - Gloria Palacio Gutiérrez-, consigna en OBSERVACIONES PRIMEROS AUXILIOS con fecha **18 de febrero de 2014**: *“(…) trabajador manifiesta que el día anterior presentó dolor en la pierna izquierda cuando viajaba a la ciudad de Ibagué, para mantenimiento del carro por el mismo dolor empezó a “cojia” (SIC) se saca cita médica por EPS de saludcoop x vía telefónica (...)”* (fl. 30).
- Examen RX COLUMNA LUMBOSACRA de fecha **20 de febrero de 2014**, con opinión consignada por el Radiólogo Dr. Néstor Hernández: Discopatía L5-S1 espondilosis incipiente (fl. 41).
- Examen Resonancia Magnética de Columna Lumbosacra Simple de fecha **2 de agosto de 2014** con conclusión: Cambios Osteocondróticos en L4-L5 y L5-S1- Cambios degenerativos Tipo Modic II en L5 y S1 (fls. 41 a 42).
- Examen DX Radiculopatía Lumbar realizada por el Hospital José Cayetano Vásquez el **27 de octubre de 2014** (fls. 596) .
- Constancia de asistencia expedida por el CONSULTORIO DE FISIOTERAPIA con fecha **11 de marzo de 2015**, en el que indica que el demandante con *“diagnóstico lumbago, con orden médica de 10 terapia física de las cuales solo se ha realizado 3 terapia”* (fls. 46)

- Autorización de servicios con fecha **30 de noviembre de 2015** expedida por Saludcoop EPS “PAQUETE BLOQUEOS FACETARIOS DIAGNOSTICOS Y/O TERAPEUTICOS CERVICALES, TORACICOS Y LUMBARES” (fl. 67)
- Orden de procedimiento de fecha **30 de noviembre de 2015** del Instituto Colombiano del Dolor en el que le dan las indicaciones para el bloqueo (fls. 63), no obstante, el bloqueo se realiza el 28 de diciembre de 2015 (fls. 65, 66 y 68)

De igual forma, también se allegó la historia clínica del demandante, conforme se expone a continuación:

HISTORIA CLINICA				
FECHA	IPS /ESPECIALISTA	MOTIVO DE CONSULTA	CONSIGNACIONES REALIZADAS	FOLIOS
12/03/2014	CF IPS PUERTO BOYACÁ	Resultados	Enfermedad Actual: Radiografía de Coloumna lumbsacra que reporta espondilosis discopatia L5-S1 para lo cual es remitido de parte laboral en empresa con dolor lugar ocasional intermitente. Recomendaciones: Bajar de peso, utilizar plantillas, terapias de frio y calor masaje durante 20 minutos, reducción de horas que permanece de pie, cambio de calzado.	598 a 601
2/05/2014	Hospital José Cayetano Vásquez /ORTOPEDIA		“Refiere dolor lumbar desde hace tres meses y remite a resonancia nuclear y control”	602 a 603
26/06/2014	CF IPS PUERTO BOYACÁ	Dolor en la Columna	con cuadro clínico de 4 meses de dolor en la región lumbar que se irradia a miembro inferior izquierdo que limita la marcha por lo que es valorado por ortopedia	593 a 595
19/12/2014	CF IPS PUERTO BOYACÁ	paciente con cuadro de dolor en la zona lumbosacra	paciente con cuadro de dolor en la zona lumbosacra con dolores y limitaciones funcional con imposibilidad para sus funciones (...) lleva desde febrero con el dolor trae resonancia con discoapita lumbar con espondilosis y artrosis severa de columna” diagnostico principal: “otros desplazamientos del disco intervertebral, especificado” Recomendaciones: “paciente con discopatia lumbar con espondilosis y artosis degenerativo en este momento no tiene indicación de cirugía” Ayudas diagnosticas: “Terapia Fisica Integral SOD 10 SESIONES”. Interconsulta: “ortopedia de columna consulta cita en 6 a 9 meses”	43 a 44 y 591 a 592
6/07/2015	Instituto Colombiano del Dolor		enfermedad actual: “desde hace 1 año con dolor lumbar bilateral intermitente- Intensidad variable (...) Terapia Fisica: Alivio Parcial – (...) Diagnósticos: Dolor bajo de espalda con radiculalgia izq. OA FACETARIA + EDD- Cita de dolor: en 2 meses (...) diagnostico LUMBAGO NO ESPECIFICADO ”, se formulan medicamentos	48 a 58 y 588 a 590

De igual forma, se recepcionó el **interrogatorio de parte de la representante legal de la entidad demandada DIATECO SAS**, aceptó que al momento del ingreso del trabajador demandante se le realizó el examen de ingreso el cual salió apto y sin restricciones para trabajar y que si tuvo conocimiento en el año 2014 de los padecimientos que aquejaban al demandante a través del área de recursos humanos en el que se le daba la gestión correspondiente y que al tratarse de una enfermedad común lo tomó la EPS, que al momento en que finalizó definitivamente el vínculo tenía PCL con cero por ciento, con relación a los exámenes de retiro indicó siempre se ordenan pero que desconocía porque el demandante no se los había practicado, manifestó haber acatado la orden constitucional y que desde el reintegro del actor la prestación de sus servicios no se ha dado, ya que se niega a trabajar bajo el argumento que le duele y solo se la pasa con el celular que debido a ello no puede prestar servicios, recibiendo un salario pero no sin recibir un servicio por lo que no lo puso hacer las funciones propias del cargo, ya que acataba tanto las recomendaciones médicas así como lo ordenado por el juez de tutela.

Por su parte, **el demandante manifestó** también bajo la gravedad de juramento, que al momento de su retiro no se le practicaron la orden de exámenes de egreso ya que cuando fue al mes del indicaron que ya no era necesario realizarlos, aceptó que conocía que una vez finalizado el vínculo contaba con 5 días para realizarse los exámenes de egreso pero no se los había practicado porque sabía que lo estaban sacando por enfermo y que no podía firmar nada, aceptó no tener al 24 de diciembre de 2015 ninguna PCL ni en la actualidad, sabe que las patologías son de origen común, aceptó que desde el reintegro le han cancelado salarios y todos los emolumentos, **indicó que llevaba un mes y medio incapacitado hasta la fecha del interrogatorio ya que antes no lo habían incapacitado y que solo había estado trabajando enfermo**, aceptó haber solicitado cirugías pero solo le envían tratamientos, desde el reintegro ha estado pendiente de los extintores, de los baños, recogiendo basuras, orden y aseo eso lo había hecho en Moriche durante el horario de trabajo y en Velásquez no lo pone hacer nada, que sus restricciones se encuentran orientadas a no poder estar ni mucho tiempo de pie ni sentado, no levantar más de 5 kilos y no caminar largos trayectos.

Por último, la **deponente Ana Deysi Martínez** indicó que trabajaba para la demandada DIATECO desde el 1 de agosto de 2011 y que conoció al demandante en las visitas a campo que realizaba entre 3 o 4 veces al año en las oficinas de Puerto Boyacá, que sabía que el demandante tenía unas restricciones para el año 2014 y que correspondían a no levantar cargas superiores a 5 kgs que esa era la que más recordaba y caminar por planos destapados y que asistía a unas terapias que le ordenaron por una enfermedad general que tenía discopatía lumbar. Agregó que a partir del año 2013 el demandante fue contratado por obra o labor el cual se dio por terminado ante la finalización de la obra o labor se había cumplido la orden de servicio que tenían con el cliente MANSAROVAR, **acotó que el cargo del actor siempre fue conductor y que no recuerda si para el momento del reintegro siguió en la misma labor y después del reintegro un tiempo fue conductor** y que atendiendo unas restricciones del médico tratante que les fueron realizando les indicaron que cargos podía realizar como de oficina, archivo y organización de hojas de vida y para el año 2014, no tenía PCL superior al 15% o que nunca la había aportado a la empresa.

Para considerar al demandante como una persona en situación de debilidad manifiesta para el momento de la terminación del vínculo laboral, debe entonces primero precisarse, que mediante formato denominado PRIMEROS AUXILIOS reportó el actor -18 de febrero de 2014- que el día anterior presentó un dolor en la pierna izquierda (fl. 30) y que posterior a ello (12 de marzo de 2014), le fue diagnosticado - ESPONDELOSIS, NO ESPECIFICADA-, que continuó con fuertes dolencias durante su relación laboral, tal y como se extrae de la historia clínica relacionadas en precedencia, así como las observaciones realizadas por médicos tratantes; asistencias a tres de diez terapias de fisioterapia para el año 2015, y que con anterioridad a la finalización del vínculo laboral (24 de diciembre de 2015) su ultimo control por el diagnóstico de Lumbalgia Crónica, data del junio y noviembre de 2015, respectivamente.

Asimismo se extrae, que el actor no tuvo incapacidades por su patología, pues conforme se relacionó en precedencia, se ordenaron exámenes, medicamentos, terapias y controles por la IPS clínica del dolor y ortopedista,

pero en ninguna de ellas generó una incapacidad y así lo ratificó en interrogatorio de parte el demandante cuando manifestó que había trabajado “enfermo” pero que solo había estado incapacitado solo hacía -mes y medio- al momento de su deponencia (6 de junio de 2018-CD fl.. 402).

Por lo anterior, es evidente para la Sala que las patologías presentes en el demandante, para la fecha de terminación del vínculo laboral, **no fueron un obstáculo para prestar su fuerza de trabajo**, ya que así lo ha precisado la Corte Constitucional, en el que debe protegerse **cuando ese estado de salud afecta su capacidad de trabajo**; no obstante en el presente asunto se presentan dos situaciones de orden fáctico que no pueden pasarse por alto, la primera de ellas, es la **carta de terminación del contrato laboral**, que si bien aduce la demandada se fundamentó en una causal objetiva de terminación, lo cierto es que no quedó plenamente demostrado en el plenario que así haya obedecido y la segunda, la **calificación de la PCL** realizada por la Junta Regional de Calificación y que milita a folios 605 a 609 del expediente, conforme a dictamen pericial ordenado por el Juez de primera instancia.

- **Terminación de contrato de trabajo por obra o labor determinada**

Debe precisarse entonces, que el actor tiene vínculo contractual laboral vigente con la demandada y en el segundo contrato por obra o labor suscrito con DIATECO SAS, se pactó lo siguiente:

- Contrato de Trabajo por la Duración de una obra o labor determinada y concreta para la ejecución del contrato M1I-313-14B, -cargo: conductor-, -fecha de iniciación: **01 de abril de 2015-**, DESCRIPCIÓN DE LA LABOR: 80% DEL CONTRATO M11-313-14B, -LUGAR DE PRESTACIÓN DE LA LABOR: CAMPOS MONSOROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA-, **CLAUSULA SEGUNDA: Labor determinada y concreta:** *“La labor contratada se describe en las “ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO” y se tendrá como*

*instrumento de medición, única y exclusivamente el avance del PDT, realizado por el empleador”. **CLAUSULA TERCERA: DURACIÓN:** “se celebra por el periodo comprendido entre la firma del presente contrato y la finalización de la labor descrita en la cláusula SEGUNDA recibida a satisfacción por el EMPLEADOR o el momento en que El TRABAJADOR cumple con la ORDEN DE TRABAJO u ORDENES DE TRABAJO o en el cumplimiento del porcentaje de la ORDEN DE TRABAJO u ORDENES DE TRABAJO señaladas en las “ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO”, recibida a satisfacción por el EMPLEADOR; o porque OCCIDENTAL ANDINA, por cualquier circunstancia, suspenda o termine unilateralmente la o las ordenes de trabajo y/o suspenda y/o termine por cualquier circunstancia el contrato celebrado entre DIATECO SAS Y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA TDA., o cualquiera de sus prorrogas adicionales, en uno u otro caso, la primera circunstancia que ocurra de las tres. PARAGRAF PRIMERO: si existiere PDT aprobado, el contrato se terminará cuando se presente o se supere el porcentaje de avance de obra indicado en “ESPECIFICACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO” debidamente acreditado por el director o programador del contratista y/o la gestoría” (fls. 24 a 28).*

La mencionada contratación, se dio con fundamento al acuerdo de voluntades M11-313-14 B Marco Electromecánico suscrito entre MANSAROVAR ENERGY en calidad de contratante y DIATECO SAS en calidad de contratista, en el que tenía como objeto el montaje electromecánico y atendiendo a la propuesta presentada por DIATECO el 16 de octubre de 2014 y con plazo de ejecución en su cláusula cuarta de **tres meses** contados desde la fecha de suscripción que se dio para el **14 de enero de 2015** y allegándose finalmente, la carta de terminación de contrato de obra o labor con fecha de elaboración **24 de diciembre de 2015**, dirigida al demandante con referencia “**TERMINACIÓN DE CONTRATO**”, motivo: “**TERMINACIÓN LABOR PACTADA**” y cuyo contenido reza: “*Le informamos que de acuerdo a lo establecido en el contrato individual de trabajo y por motivos de la referencia, la empresa ha decidido dar por terminado dicho contrato de trabajo al finalizar la jornada laboral del día 24 de diciembre de 2015(...)*”

Nótese entonces, como se establece de manera inequívoca que no existe prueba alguna que en efecto el **-contrato M11-313-14 B Marco Electromecánico-** haya finalizado para dicha data y que obedeció a las razones por las cuales DIATECO terminó el vínculo laboral con el señor MARTÍNEZ BURITICÁ, ya que no milita un soporte diferente al propio dicho de la demandada y al **testimonio de la señora Ana Deysi Martínez** quien labora para DIATECO desde el 1 de agosto de 2011 y manifestó que la finalización del vínculo con el actor se dio ante el cumplimiento de la orden de servicio con MANSOROVAR, no obstante, su manifestación no resulta suficiente para arribar a esa conclusión, atendiendo que este tipo de finalizaciones contractuales van acompañados de un soporte documental y que en el presente asunto, claramente no se allegó, llevando a presumir el nexo causal entre la condición de salud del trabajador y el despido efectuado por la demandada, tornándose por esta sola situación ineficaz tal y como lo consideró el *a quo*.

No obstante lo anterior, debe precisar la Sala que este grupo de trabajadores no es que tengan un derecho a perpetuidad de permanecer en el empleo o que tal y como lo manifestó la representante legal en interrogatorio de parte, se les permita permanecer en una inactividad laboral y desarrollando actividades personales y no exigirles la realización de ningún tipo de actividad bajo el argumento de dolencias o excusas propias, porque para ello, se expiden las recomendaciones médico laborales para orientar la prestación de servicio del trabajador y orientar a las partes en la mejor forma que debe realizarse. No obstante, su derecho si permanecerá vigente hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro. (CSJ SL2548-2019, CSJ SL260- 2019 y CSJ SL1360-2018, CSJ SL 5181-2019).

- **Calificación PCL Junta Regional de Calificación de Invalidez**

Finalmente, la Sala no puede pasar por alto la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitida por la junta regional de calificación de invalidez (fls. 604 a 609) en audiencia médica realizada el 22 de marzo de

2019 (fls. 604 a 609) , en el que se tomaron para su calificación patologías tales como episodio depresivos, Hipoacusia **y otros trastornos de los discos intervertebrales**, arrojando una PCL del 45.50% con fecha de estructuración 25 de octubre de 2018 y que hace al demandante merecedor de la protección a la estabilidad reforzada, cabe reiterar que si bien, el dictamen de pérdida de capacidad data con una fecha posterior al despido, lo cierto es que tal y como quedó acotado en precedencia, ara el máximo tribunal Constitucional, no se requiere para este tipo de asuntos de una calificación para considerar que un trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, sino que es el conjunto probatorio que así lo demuestra, en el caso en particular, más exactamente la misiva de terminación de contrato laboral que no demostró la causal objetiva de finalización, conociendo adicionalmente la demandada su situación de salud desde el año 2014.

Ahora bien, frente a la indemnización equivalente a los 180 días de salario que reclama el actor en su recurso de alzada, ante el despido efectuado por la demandada, sin la autorización del Ministerio del Trabajo.

Debe precisarse, que el inciso 2º del art. 26 de la ley 361 de 1996, señala que aquellas personas que resultaren despedidas o su contrato terminado por razón de su limitación, sin la previa autorización del Ministerio, tendrían derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario, sanción a la que será condenada la demandada, pues, como se expuso a lo largo de la presente providencia, el empleador demandado no contaba con autorización del ente administrativo para proceder al despido de la demandante, lo que conlleva a un despido injustificado.

Así las cosas, se condenará a DIATECO SAS a pagar al demandante, la suma de **\$9.850.500 por concepto de indemnización de conformidad con el artículo 26 de ley 361 de 1997** y al no haber sido objeto de controversia el salario devengado por el actor (\$1.641.750).

En tales condiciones y sin que sean necesarias realizar consideraciones adicionales, se **MODIFICARÁ** la decisión impartida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de DIATECO SAS, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

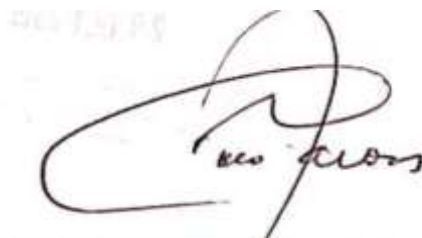
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada DIATECO SAS al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 la cual asciende a \$9.850.500, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de DIATECO SAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

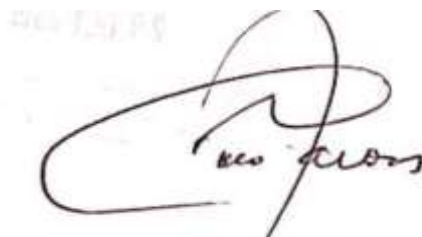


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de DIATECO SAS, en la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - GUSTAVO ZABALA PIÑEROS, JOSÉ NILSON ANDRADE SÁNCHEZ, NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ, SERAFÍN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS - contra AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretenden los señores **GUSTAVO ZABALA PEÑEROS, JOSÉ NILSON ANDRADE SÁNCHEZ, NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ, SERAFÍN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS** (fls. 22 a 32), se **declare** la existencia de un contrato de trabajo con la empresa AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P, que se declare que en la empresa demandada existe la organización sindical SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CHIVOR S.A. ESP –SINTRACHIVOR-, declarar la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo-CCT- vigencia años 2003-2005 entre SINTRACHIVOR y la demandada y que son beneficiarios los demandantes, se declare que la empresa demandada suscribió con sus trabajadores no sindicalizados Pacto Colectivo de Trabajo-PCT- periodos 2006-2010; 2011-2015 y 2016 a 2020 y en la que incluyó

beneficios consagrados en la CCT 2003-2005, se declare que los incrementos de salario y prestaciones establecidos en el PCT periodo 2006-2010, 2011-2015 y 2016-2020 en las cláusulas 12, 15, 18, 19, 25, 27, 28, 33 y 34 resultan más favorables que lo dispuesto en la CCT 2003 – 2005, que se declare que mediante sentencia T149 del 15 de febrero de 2008 ordenó a la demandada otorgar los mismos incrementos salariales y prestaciones a los trabajadores del CCT y los que suscribieron el PCT no sindicalizados. Como consecuencia, se **condene:**

- A favor de GUSTAVO ZABALA PIÑEROS:
 - (i) Reconocer y pagar los incrementos salariales y prestaciones contenidas en el PCT- **Periodos 2006-2010: cláusulas:** 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 18-*Vacaciones*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 28- *Auxilios Especiales*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*. **Periodos 2011-2015: cláusulas:** 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 18-*Vacaciones*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*, **Periodos 2016-2020, cláusulas:** 11- *Salarios Básicos*, 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 16- *Encargo y Reemplazo*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 28- *Auxilios Especiales*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*.
 - (ii) Se reliquide y pague las diferencias en las sumas de dinero dejadas de percibir entre los beneficios económicos reconocidos y pagados en la CCT 2003-2005 y los beneficios e incrementos salariales y prestaciones reconocidos y pagados en los PCT 2006-2010, 2011-2015 y 2016-202 en las siguientes sumas: \$277.973 - póliza de Hospitalización y cirugía -clausula 25- PCT 2006-2015; \$11.969.060 – Vacaciones -cláusula 28- PCT 2006 – 2015 y conforme a la formula allí establecida; \$9.340.800 Auxilio Especial de Educación –cláusula 28 2006-2010; \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020.

- (iii) Se indexen los valores a reconocer junto con los intereses moratorios, asimismo con las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.
- A favor de JOSÉ NILSON ANDRADE SÁNCHEZ:
 - (iv) Reconocer y pagar los incrementos salariales y prestacionales contenidas en el PCT- **Periodos 2006-2010: cláusulas:** 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 18-*Vacaciones*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 28- *Auxilios Especiales*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*. **Periodos 2011-2015: cláusulas:** 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 18-*Vacaciones*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*, **Periodos 2016-2020, cláusulas:** 11- *Salarios Básicos*, 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 16- *Encargo y Reemplazo*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*.
 - (v) Se reliquide y pague las diferencias en las sumas de dinero dejadas de percibir entre los beneficios económicos reconocidos y pagados en la CCT 2003-2005 y los beneficios e incrementos salariales y prestacionales reconocidos y pagados en los PCT 2006-2010, 2011-2015 y 2016-202 en las **siguientes sumas:** \$10.202 - póliza de Hospitalización y cirugía -clausula 25- PCT 2006-2015; \$11.264.349 – Vacaciones -cláusula 28- PCT 2006 – 2015 y conforme a la formula allí establecida; \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020.
 - (vi) Se indexen los valores a reconocer junto con los intereses moratorios, asimismo con las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.
- A favor de NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ:
 - (vii) Reconocer y pagar los incrementos salariales y prestacionales contenidas en el PCT- **Periodos 2006-2010: cláusulas:** 12- *Pago*

de Salarios, 15-Auxilio de Refrigerio, 18-Vacaciones, 19- Primas extralegales, 25-Servicios de Salud, 27-Préstamos para Vivienda, 28- Auxilios Especiales, 33-Bonos No Salariales y 34- Bono por Negociación. Periodos 2011-2015: cláusulas: 12- Pago de Salarios, 15-Auxilio de Refrigerio, 18-Vacaciones, 19- Primas extralegales, 25-Servicios de Salud, 27-Préstamos para Vivienda, 33-Bonos No Salariales y 34- Bono por Negociación, Periodos 2016-2020, cláusulas: 11- Salarios Básicos, 12- Pago de Salarios, 15-Auxilio de Refrigerio, 16- Encargo y Reemplazo, 19- Primas extralegales, 25-Servicios de Salud, 27-Préstamos para Vivienda, 33-Bonos No Salariales y 34- Bono por Negociación.

- (viii) Se reliquide y pague las diferencias en las sumas de dinero dejadas de percibir entre los beneficios económicos reconocidos y pagados en la CCT 2003-2005 y los beneficios e incrementos salariales y prestaciones reconocidos y pagados en los PCT 2006-2010, 2011-2015 y 2016-202 en las **siguientes sumas:** \$10.202 - póliza de Hospitalización y cirugía -clausula 15- PCT 2006-2015; \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020; se reliquiden y paguen las vacaciones conforme a la fórmula que se encuentra en la clausula 18.
- (ix) Se indexen los valores a reconocer junto con los intereses moratorios, asimismo con las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.

- A favor de SERAFÍN TALERO DAZA:

- (x) Reconocer y pagar los incrementos salariales y prestaciones contenidas en el PCT- **Periodos 2006-2010: cláusulas:** 12- Pago de Salarios, 15-Auxilio de Refrigerio, 18-Vacaciones, 19- Primas extralegales, 25-Servicios de Salud, 27-Préstamos para Vivienda, 28- Auxilios Especiales, 33-Bonos No Salariales y 34- Bono por Negociación. **Periodos 2011-2015: cláusulas:** 12- Pago de Salarios, 15-Auxilio de Refrigerio, 18-Vacaciones, 19- Primas extralegales, 25-Servicios de Salud, 27-Préstamos para Vivienda, 33-Bonos No Salariales y 34- Bono por Negociación, **Periodos 2016-2020, cláusulas:** 11- Salarios Básicos, 12- Pago de Salarios,

15-*Auxilio de Refrigerio*, 16- *Encargo y Reemplazo*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*.

- (xi) Se reliquide y pague las diferencias en las sumas de dinero dejadas de percibir entre los beneficios económicos reconocidos y pagados en la CCT 2003-2005 y los beneficios e incrementos salariales y prestacionales reconocidos y pagados en los PCT 2006-2010, 2011-2015 y 2016-202 en las **siguientes sumas**: \$3.187.625 – Auxilio Especial de Educación -cláusula 18- PCT 2006-2010; \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020; se reliquiden y paguen las vacaciones conforme a la fórmula que se encuentra en la cláusula 18.
- (xii) Se indexen los valores a reconocer junto con los intereses moratorios, asimismo con las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.

- A favor de ABRAHAM ELÍAS ARENAS:

- (xiii) Reconocer y pagar los incrementos salariales y prestacionales contenidas en el PCT- **Periodos 2006-2010: cláusulas**: 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 18-*Vacaciones*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 28- *Auxilios Especiales*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*. **Periodos 2011-2015: cláusulas**: 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 18-*Vacaciones*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*, **Periodos 2016-2020, cláusulas**: 11- *Salarios Básicos*, 12- *Pago de Salarios*, 15-*Auxilio de Refrigerio*, 16- *Encargo y Reemplazo*, 19- *Primas extralegales*, 25-*Servicios de Salud*, 27-*Préstamos para Vivienda*, 33-*Bonos No Salariales* y 34- *Bono por Negociación*.
- (xiv) Se reliquide y pague las diferencias en las sumas de dinero dejadas de percibir entre los beneficios económicos reconocidos y pagados en la CCT 2003-2005 y los beneficios e incrementos salariales y prestacionales reconocidos y pagados en los PCT 2006-2010, 2011-2015 y 2016-2020 en las **siguientes sumas**: \$6.053.950 –

Auxilio Especial de Educación -clausula 18- PCT 2006-2010; \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020; se reliquiden y paguen las vacaciones conforme a la fórmula que se encuentra en la cláusula 18.

- (xv) Se indexen los valores a reconocer junto con los intereses moratorios, asimismo con las facultades ultra y extra petita y las costas procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 33 a 38), señalaron en síntesis, que suscribieron contrato de trabajo con la demandada, ocupando en la actualidad los siguientes cargos:

Demandante	Contrato de Trabajo	Cargo
Gustavo Zabala Piñeros	12 de diciembre de 1989	Operador I de Central
José Nilson Andrade Sánchez	2 de febrero de 1980	Operador I de Central
Nestor Claudio Ruiz López	1 de octubre de 1980	Tecnico Mecánico
Serafín Talero Daza	19 de enero de 1981	Tecnico Mecánico
Abraham Elías Arenas	7 de abril de 1989	Técnico I Electricista

Relacionando los salarios básicos percibidos por cada uno de ellos desde el año 2011 hasta el 2017, acotaron que en la empresa demandada existe un sindicato nacional de trabajadores de CHIVOR SA ESP SINTRACHIVOR, inscrito mediante registro sindical No. 000165 del 3 de febrero de 1997 como organización de primer grado y de empresa, y que para el año 2004 suscribieron la CCT periodo 2003-2005 con 48 beneficiarios para dicha data el cual se encuentra vigente, manifestaron que para el 1 de septiembre de 2006 efectuó el deposito del primer PCT con vigencia 2006 a 2010 y que correspondió a una fiel copia de la CCT pero con mejores beneficios extralegales, salariales y prestacionales para los no sindicalizados, por lo que el 12 de julio de 2007 los trabajadores sindicalizados entre ellos los demandantes, interpusieron una acción de tutela en contra de la demandada y que mediante sentencia T149 de 2008 le ordenaron a la entidad que otorgara los mismos incrementos salariales y prestacionales a los trabajadores sindicalizados que a los trabajadores que habían suscrito el PCT, por lo que indicaron ser beneficiarios de la decisión allí

contenida y sin que se haya dado cumplimiento de forma integral a la orden judicial impartida, asimismo aseveraron que la empresa continuaba con sus políticas de discriminación con relación a trabajadores sindicalizados y no sindicalizados y que para el 2010 se efectuó el depósito del segundo PCT con vigencia 2011-2015 y el tercero con vigencia entre el 2016 a 2020, concediendo mejores beneficios a los trabajadores no sindicalizados, por lo que consideraron sentirse menoscabados en sus derechos salariales y prestacionales. Indicaron igualmente que para el año 2006 inició proceso de disolución, liquidación y cancelación del registro sindical SINTRACHIVOR, no obstante, no se accedió a lo solicitado mediante orden judicial, por lo que en la actualidad el sindicato referido tiene un total de 18 afiliados y se encuentra vigente, trayendo adicionalmente las pretensiones en la demanda, dentro de la situación fáctica planteada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

AES CHIVOR & CIA S.C.A. contestó el introductorio (fls. 464 a 495), indicando que las pretensiones eran improcedentes con relación a cada uno de los demandantes. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2, 5, 7, 10 a 12, 16 a 17, 21 a 23, no corresponder a una situación fáctica los contenidos en los numerales 4, 5, 20, 24, 33, 35 y no ser ciertos los restantes.

Indicó como hechos y razones de su defensa, que el PCT provino de una negociación que se adelantó con los trabajadores no sindicalizados por lo que no era una copia del CCT, que siempre ha garantizado los derechos de los trabajadores sindicalizados así como de los no sindicalizados y acotó que la CCT no ha sido denunciada y tampoco se ha presentado pliego de peticiones y que los únicos que han presentado nuevos pliegos de peticiones y negociaciones son los trabajadores no sindicalizados por lo que por ello han surgido nuevos PCT.

Agregó que si bien los demandantes sustentan sus pretensiones en la sentencia T 148 de 2008 adujo que las mismas ya se encontraban

prescritas, aunado al hecho que en el PCT con el que basó su decisión perdió su vigencia, no obstante aclaró haber dado estricto cumplimiento a lo allí ordenado reconociendo de manera retroactiva los incrementos salariales, efectuando adicionalmente las reliquidaciones en prestaciones sociales y en el que la Corte no se había pronunciado con relación a los beneficios extralegales, reclamación que reiteró encontrarse prescrita, por lo que no podían beneficiarse los demandantes de los beneficios extralegales que se encuentran consignados en el PCT, acotó que la sentencia T 149 de 2008 solo le ordenó reconocer los incrementos salariales y prestacionales con relación al pacto colectivo 2006-2010 y sin estar obligada, extendió los beneficios a los trabajadores sindicalizados contenidos en el PCT 2011-2015 y 2016-2020, por lo que acotó que desde el año 2011 los trabajadores sindicalizados gozan de los mismos beneficios de los no sindicalizados, pero acotó que los demandantes al estar sindicalizados el único instrumento que pueden exigir es la aplicación de la CCT y no los PCT.

Finalizó indicando con relación a los 3 beneficios que reclamaba el pago de manera puntual, esto es, la póliza de hospitalización y cirugía ha venido siendo reconocido tanto a trabajadores sindicalizados como no sindicalizados, así como el beneficio de la educación para los hijos y las vacaciones, en lo que claramente pretenden es la modificación de las cláusulas contenidas PCT cuando ni siquiera hacen parte de esa negociación y con relación a los bonos de negociación que pretenden su pago, estos se reconocían solo a los trabajadores que firmaron o se adhirieron al PCT, por lo que este beneficio solo se le reconoce a los trabajadores no sindicalizados siendo procedente su reconocimiento a trabajadores sindicalizados cuando se proceda a negociar la CCT.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 2 de septiembre de 2019 (CD – fl. 1261), **declaró la existencia de los siguientes contratos de trabajo vigentes** con la sociedad AES CHIVOR & CIA S.C.A E.S.P. así:

Demandante	Contrato de Trabajo	Cargo
Gustavo Zabala Piñeros	12 de diciembre de 1989	Operador I de Central
José Nilson Andrade Sánchez	2 de enero de 1980	Operador I de Central
Nestor Claudio Ruiz López	1 de octubre de 1980	Tecnico Mecánico
Serafín Talero Daza	19 de enero de 1981	Tecnico Mecánico
Abraham Elías Arenas	7 de abril de 1989	Técnico I Electricista

Condenó a la sociedad demandada a pagar a cada uno de los demandantes en la suma de \$3.221.750 por concepto de bono de negociación, **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por los demandantes y **condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación el acervo probatorio obrante en el expediente, así como la normatividad y jurisprudencia que rige en torno a las convenciones colectivas de trabajo así como a sus beneficiarios, por lo que en el caso en particular precisó que en efecto la CCT 2003-2005 está vigente, así mismo que los trabajadores-demandantes se encontraban afiliados a la organización sindical y en los que ostentaban la calidad de sindicalizados, trayendo a colación la normatividad que gira en torno al PCT.

Asimismo, procedió a dar lectura a lo pactado en el PCT suscrito entre los trabajadores no sindicalizado y CHIVOR, indicando que con relación al pago de vacaciones no se allegó prueba alguna de donde se fundaba las diferencias salariales y atendiendo puntualmente que los testigos indicaron que a todos tanto trabajadores sindicalizados como no sindicalizados se les pagaba con la misma fórmula y sin una prueba con relación a un pago efectuado con un trabajador sindicalizado con otro no sindicalizado, con relación al pago de la póliza de hospitalización si fue cancelado a los demandantes en los términos contenidos en el PCT, con relación al auxilio de educación que en

principio se pactó como pago anual también se extrae de los testigos que se cancelaban semestralmente, sin que se allegara prueba de pago diferencial entre un trabajador sindicalizado y no sindicalizado ni los soportes de estudios propios o de sus hijos, con relación al bono de negociación consideró el despacho que si debían cancelarse en virtud al derecho a la igualdad y libertad sindical condenando al reconocimiento y pago de este beneficio a la demandada.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que con relación a la formula como se calculan las vacaciones conforme y lo pactado en el PCT por lo que al encontrarse vigente en los pactos 2006 a 2015 en virtud del principio a la igualdad debió liquidárseles toda vez que su reforma solo se dio hasta en el PCT vigente entre el 2016 a 2020 y así lo ordenó la sentencia T 149 de 2008 hasta el 2016, siendo claro que la empresa mejoró muchas situaciones de los trabajadores no sindicalizados y que van en contravía de los sindicalizados, sin que haya lugar entonces a interpretar lo allí pactado así como tampoco había lugar aportar pruebas de lo que se reclamaba ya que tanto a trabajadores sindicalizados como no sindicalizados no se les pagó las vacaciones conforme se encontraba pactado en PCT.

Por otro lado y con relación a la póliza de hospitalización que no se les pagó el 90%, por lo que existen pruebas suficientes del monto de la póliza y que no le fueron pagadas, así como el reconocimiento educativo con relación a los salarios que debieron cancelarse a los sindicalizados con base en lo pactado en la CCT y que se encontraba ampliamente probado lo pagado y lo que quedó pendiente cancelar y que fue confirmado con dictamen aportado por el auxiliar de la justicia, finalmente con relación a los bonos de negociación si bien se realizó un reconocimiento frente a estos, no entendió por qué no se reconocieron los demás pedimentos, solicitando se accediera a lo pretendido debidamente indexado junto con el pago de los intereses moratorios incluyendo el del bono de negociación que fue reconocido.

La parte demandada AES CHIVOR & CIA SCA ESP interpuso recurso de apelación, con relación la condena frente al pago de los bonos de negociación, indicando que la organización sindical se rehusado a adelantar negociación de la CCT, no obstante, pretende obtener beneficios tales como los pretendidos en la demanda, sin ni siquiera surtir un proceso de negociación colectiva, estos adelantar las etapas de arreglo directo, presentar un pliego de peticiones, suscripción de una negociación colectiva o un tribunal de arbitramento, y es por ello que se activó el presente proceso ante la inactividad del sindicato, quedando demostrado que cada seis meses se invita al sindicato a renegociar los términos de la CCT siendo el sindicato el que se ha abstenido de adelantar la negociación colectiva y que con base en ello presentaba su recurso, por lo que acotó que se premiaba a un sindicato inoperante con un bono de negociación, cuando jamás se ha surtido la negociación escudándose en el PCT sin negociar por casi 20 años lo correspondiente a eses emolumento y sin que asistan al llamado realizado por la empresa, por lo que no existe un trato de desiguales y no hay lugar a invocar a un derecho a la igualdad y más cuando el PCT si surte todos las etapas de la negociación, en la que la empresa sin estar obligado hacerlo ha extendido los beneficios del PCT a los trabajadores sindicalizados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si en el presente asunto los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación que reclaman por concepto de vacaciones conforme a las cláusulas contenidas en los pactos colectivos de trabajo-PCT-, así como de la póliza de hospitalización y cirugía junto con el auxilio de educación. Asimismo, habrá que determinarse si la demandada debe condenarse al pago o no de los bonos por negociación contenidos en el PCT.

Relación Laboral

No fue objeto de controversia en el presente asunto, la relación laboral de los demandantes con DIATECO SAS, así como los últimos cargos que desempeñan:

Demandante	Contrato de Trabajo	Cargo
Gustavo Zabala Piñeros	12 de diciembre de 1989	Operador I de Central
José Nilson Andrade Sánchez	2 de enero de 1980	Operador I de Central
Nestor Claudio Ruiz López	1 de octubre de 1980	Tecnico Mecánico
Serafín Talero Daza	19 de enero de 1981	Tecnico Mecánico
Abraham Elías Arenas	7 de abril de 1989	Técnico I Electricista

Beneficiarios CCT y afiliados al sindicato

De igual forma, no es materia de controversia en el presente asunto, que los demandantes se encuentran afiliados al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE CHIVOR S.A. E.S.P. SINTRACHIVOR-conforme se extrae de la documental que milita a folios 56 a 57 asimismo, ser beneficiarios de la CCT años 2003-2005.

De la reliquidación solicitada por los demandantes- sentencia T 149 de 2008-

Ahora bien, se extrae que los aquí demandantes también fueron accionantes dentro de la sentencia proferida por la Corte Constitucional –Sentencia T 149 de 2008- situación que NO es materia de controversia dentro del presente asunto, por lo que **reclaman** la reliquidación y pago de las diferencias en dinero dejadas de percibir entre los beneficios económicos reconocidos y pagados en la CCT 2003-2005 y los beneficios e incrementos salariales y prestacionales reconocidos y pagados en los PCT 2006-2010, 2011-2015 y 2016-2020, así:

GUSTAVO ZABALA PIÑEROS:

- ✓ \$277.973 - póliza de Hospitalización y cirugía -clausula 25 literal b)- PCT 2006-2015

- ✓ \$11.969.060 – Vacaciones -cláusula 18- PCT 2006 – 2015 y conforme a la formula allí establecida
- ✓ \$9.340.800 Auxilio Especial de Educación –cláusula 28 literal f) 2006-2010
- ✓ \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020.

JOSÉ NILSON ANDRADE SÁNCHEZ:

- ✓ \$10.202 - póliza de Hospitalización y cirugía -clausula 25 literal b)- PCT 2006-2015
- ✓ \$11.264.349 – Vacaciones -cláusula 18- PCT 2006 – 2015 y conforme a la formula allí establecida
- ✓ \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020.

NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ:

- ✓ \$10.202 - póliza de Hospitalización y cirugía -clausula 25 literal b)- PCT 2006-2015
- ✓ \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020
- ✓ se reliquiden y paguen las vacaciones conforme a la fórmula que se encuentra en la cláusula 18.

SERAFÍN TALERO DAZA:

- ✓ \$3.187.625 – Auxilio Especial de Educación -clausula 28 literal f)- PCT 2006-2010

- ✓ \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020
- ✓ se reliquiden y paguen las vacaciones conforme a la fórmula que se encuentra en la cláusula 18.

ABRAHAM ELÍAS ARENAS:

- ✓ \$6.053.950 – Auxilio Especial de Educación -clausula 28 literal f)- PCT 2006-2010
- ✓ \$5.796.750 Bonos por Negociación – cláusula 34. PCT 2011-2015 y 2016 – 2020
- ✓ se reliquiden y paguen las vacaciones conforme a la fórmula que se encuentra en la cláusula 18.

Ahora bien, de la **sentencia de tutela T149 de 2008** en comentario, se extraen las siguientes consideraciones:

“(…) Los planteamientos expuestos en las sentencias reseñadas son completamente aplicables al asunto que se analiza en este proceso. En este caso es claro que a los miembros del sindicato se les ha negado el aumento salarial que sí se ha concedido – o se les ha puesto en perspectiva - a los trabajadores que han suscrito el pacto colectivo. Con independencia de una serie de puntos que se plantean dentro del proceso – tales como la decisión del sindicato de no presentar un pliego de peticiones, el nivel de salarios de los trabajadores de AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P., la demanda presentada por la empresa con el fin de que se declare la disolución y liquidación de SINTRACHIVOR, el hecho de que los actores estén afiliados actualmente a SINTRAENERGIA, etc. – lo cierto es que a los actores no se les ha aumentado el salario desde el 31 de marzo de 2005, mientras que en el pacto colectivo se les ofreció a los trabajadores no sindicalizados la posibilidad de que les sea aumentado el salario.

*Por lo tanto, la Sala de Revisión concederá el amparo constitucional impetrado, por **vulneración del derecho a la asociación sindical y al principio de igualdad, y dispondrá que la empresa demandada debe otorgarles a los actores de la tutela los mismos incrementos salariales y prestaciones que fueron reconocidos a los trabajadores que suscribieron el pacto colectivo, desde el momento en que fueron otorgados efectivamente.***

Advierte la Sala que esta decisión se circunscribe a tutelar el derecho a la igualdad de los trabajadores y su libertad de asociación sindical. En ningún caso mediante la presente sentencia se está ordenando que los salarios de los trabajadores privados deben ser indexados. Sin embargo, ante el trato discriminatorio frente a los trabajadores que no suscribieron el pacto colectivo, en aras de proteger la igualdad y de preservar la libertad de asociación sindical, se concede el amparo solicitado (...)

(...)

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, el día 27 de agosto de 2007, mediante la cual se denegó la tutela impetrada por José Leonel Caleño Guevara, Ángel María Garzón Urrea, Óscar José Vega Hurtado, Juan de Dios Páez Pérez, Serafín Talero Daza, Abraham Elías Arenas, Luis Carlos Bejarano Cañón, José Vicente López Acero, Luis Roberto Espitia Moreno, Gustavo Zabala Piñeros, José Nilson Andrade Sánchez, Néstor Claudio Ruiz López y Luis Álvaro Jerez Rodríguez contra la empresa AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P. En su lugar, se concede el amparo de la libertad de asociación sindical y del derecho a la igualdad.

Segundo.- ORDENAR a la empresa AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P. que le otorgue a los actores de la tutela los mismos incrementos salariales y prestaciones que concedió a los trabajadores que suscribieron el pacto colectivo con la empresa, desde el momento en que esos beneficios fueron efectivamente entregados(...)(negrilla fuera de texto)

En este punto es importante precisar, que la acción de tutela fundamento del *petitum* de la presente demanda, protegió los derechos fundamentales a la igualdad y de asociación de los aquí demandantes y contrario a lo manifestado por la demandada desde el momento de la contestación, esas prerrogativas no solo fueron aplicables al pacto colectivo 2006-2010, toda vez que la decisión fue impuesta a AES CHIVOR & SCA E.S.P. a efectos de que procediera con el pago de **incrementos y prestaciones** en favor de todos los trabajadores incluyendo a los sindicalizados, quienes estaban inmersos en una diferenciación atentatoria de los derechos allí protegidos, por lo que independientemente que hayan o no denunciado la convención colectiva de trabajo o presentaran o no un pliego de peticiones, junto

con los argumentos, en relación a su “pasividad” o “inactividad” frente a los beneficios convencionales que pretenden ser cobijados, considera la Sala que dichas afirmaciones resultan ser *absolutamente discriminantes frente a quienes por motivos estrictamente personales deciden no denunciar la convención colectiva de trabajo y continuar como miembros activos de la organización sindical y no hacer parte del pacto colectivo de trabajo*-. Por lo que de ninguna manera se puede considerar que en efecto la orden impartida mediante el mecanismo constitucional, haya obedecido a amparar únicamente las estipulaciones contenidas en el pacto con vigencia 2006-2010 y que por defecto, la nivelación que se realizó con posterioridad –marzo de 2015- obedeció a un acto que por mera liberalidad dispuso la empresa a efectos de tener buenas relaciones con el sindicato, cuando en realidad y de manera preliminar los aquí actores el 22 de diciembre de 2014 (fls. 83 a 85) solicitaron nivelación de –vacaciones- conforme a la mencionada sentencia, al continuar siendo el pacto colectivo de trabajo más favorable que la convención colectiva de trabajo.

En ese orden de ideas, encuentra esta colegiatura totalmente consecuente que se continúen aplicando a los trabajadores sindicalizados las prerrogativas contenidas en los pactos colectivos de trabajo suscritos por la empresa tal y como lo soportan las documentales que obran en el expediente (fls. 502 a 867) así como las afirmaciones realizadas tanto por la representante legal de la sociedad demandada, así como las testigos María Valderrama y Ana Ortiz, que al día de hoy existe un trato igual con relación a los pagos y prebendas contenidas en los PCT tanto en trabajadores sindicalizados como en los no sindicalizados.

Cláusulas que se reclama la reliquidación y pago

Ahora bien, hechas las anteriores precisiones, reclaman los demandantes el pago de las diferencias en relación a **las cláusulas contenidas en el pacto colectivo de trabajo conforme se relacionó en precedencia**, debiéndose estudiar la excepción de *PRESCRIPCIÓN* propuesta por AES CHIVOR & CIA S.C.A. ESP.

Como es sabido, el término de prescripción en materia laboral está regulado por los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normas que establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se hace exigible, y que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, tiene efectos de interrumpir el término de prescripción, únicamente por un lapso igual.

En el presente caso, quedó establecido que la relación laboral se encuentra vigente y que los demandantes solicitaron el reconocimiento y pago del beneficio colectivo en lo referente a las vacaciones contenidas en el PCT -22 de diciembre de 2014- (fls. 893 a 895) y dado que la demanda se presentó el día **8 de septiembre de 2017** (fl. 451), deberá declararse probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta, frente a esta pretensión de carácter extralegal y de lo causado con anterioridad al **22 de diciembre de 2011**, y con relación a las pretensiones del pago de diferencias con relación póliza de hospitalización y cirugía, auxilio especial de educación y bono por negociación de lo causado con anterioridad al **8 de septiembre de 2014**, al no existir reclamación con relación a estos emolumentos.

Así las cosas, pretenden los demandantes GUSTAVO ZABALA PIÑEROS, SERAFIN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS el pago del **auxilio especial de educación contenida en la cláusula 28 literal f) conforme al PCT con vigencia entre el año 2006 a 2010**, por lo que la Sala se relevará de su estudio, habida cuenta que los presuntos derechos a los que hubieran podido tener estos actores con relación a lo allí contenido, se encuentran totalmente prescritos.

Ahora bien, reclaman de igual forma los demandantes lo correspondiente **al pago convencional de las vacaciones** de los PCT vigentes entre el año 2006 a 2015 conforme a la formula allí contenida así:

- GUSTAVO ZABALA PIÑEROS en la suma de \$11.969.060
- JOSE NILSON ANDRADE SÁNCHEZ en la suma \$11.264.349
- NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ, SERAFÍN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS, solicitaron la reliquidación, pero sin determinar una suma en particular y sin mencionar a que pactos colectivos de trabajo hacían referencia.

Conforme a lo anterior se tiene que la cláusula 18 de los PCT vigentes entre el año 2006 a 2015, lo siguiente:

“(...) Clausula decima octava: VACACIONES:

Por cada periodo causado de vacaciones, los trabajadores beneficiarios del Pacto Colectivo de Trabajo tendrán derecho a dos días hábiles de vacaciones adicionales a los establecidos en la ley, siempre y cuando no se acumulen más de dos periodos y en cuyo caso se perderán los dos días correspondientes a los demás periodos acumulados.

PARÁGRAFO 1: para efectos del cómputo de los días hábiles de vacaciones, el día sábado no se contabilizará como tal.

PARÁGRAFO 2: el valor de las vacaciones se calculará teniendo en cuenta la fórmula del anexo 7 y los conceptos que a continuación se transcriben:

-recargo nocturno

-Auxilio de transporte

-Recargos dominicales y festivos” (NO está en la convención colectiva de trabajo 2003-2005)

Por lo anterior, una vez realizada las comparaciones con relación al clausulado contenido tanto en los PCT así como en la CCT del que se reclama el pago, se encuentra que la diferencia radica en las variables contenidas en el PCT ya que esta contempla para sus pago los recargos dominicales y festivo, situación que ratificó la testigo Ana Ortiz en calidad de analista de Nomina de la demandada, cuando indicó haber recibido la orden por parte del líder recursos humanos de igualar la totalidad de las variables sin distinción alguna de trabajador sindicalizado o no, en la que simplemente que todos tenían que quedar igual.

Por lo anterior, si bien el demandante cuestiona lo correspondiente a la formula y la liquidación realizada, indicando particularmente en su recurso de alzada que existió fue un error tanto en las liquidaciones realizadas tanto en la convención colectiva así como como en el pacto colectivo de trabajo, lo cierto es que este no es de recibo las manifestaciones por ellos realizadas, ya que se está modificando las pretensiones de la demanda frente a este rubro y resultaría atentatorio para la contraparte realizar su estudio.

Aunado a lo anterior y con relación a lo pretendido en el escrito inaugural, omitieron precisar donde se reflejaban las inconsistencias anotadas con relación a cálculos aritméticos realizados, esto, con los demandantes ZABALA PIÑEROS y ANDRADE SANCHEZ en cada una de las anualidades reclamadas pues solo se limitó a indicar que se trataba de los pactos 2006-2015, si se trataba a la formula o si se trataba de la variable *-recargo dominical-* que no se encontraba contenida en la convención colectiva de trabajo, limitándose únicamente a relacionar una sumas de dinero sin especificar en donde radicaban las diferencias y más aún con relación a los demandantes restantes - NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ, SERAFÍN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS- en la que ni siquiera indicó suma alguna de dinero, solo se limitaron a solicitar se realizara una reliquidación sin indicar montos ni mucho los pactos colectivos a los que hacían referencia, en los que debe precisarse que de ninguna manera , puede acudirse a los montos estipulados en el dictamen pericial aportado por el perito contador público (fls. 996 a 1014 y 1246 a 1257), ya que del mismo no se logra extraer ni diferenciar los soportes con relación a las nivelaciones realizadas por la demandada para el año 2015 y en el que claramente arroja cifras notablemente superiores a las pretendidas por los demandantes, así como tampoco hubo la suficiente claridad con relación a la audiencia que compareció, en atención a lo dispuesto en el artículo 228 del CGP, indicando que había acudido a las diferencias contenidas tanto en el PCT y CCT, los derechos pagados y no pagados y que así había determinado los correspondientes valores, por lo que al haber encontrado diferencias

realizó el cálculo con la actualización e intereses correspondientes, y que la diferencia radicaba en el pago en las vacaciones conforme a la fórmula de la división del recargo en la doceava, pero sin sustentar la notable diferencia con relación a lo pretendido por los actores.

Al respecto, resulta oportuno traer a colación de la sentencia CSJ SL13706 -2016, que el demandante que busca el pago o reliquidación de salarios o emolumentos, le compete esgrimirle a la contraparte, en la demanda inicial, qué conceptos no le incluyó al momento de liquidarlas o el rubro que considera liquidado de manera errada, para que la pasiva sepa qué debe probar y así brindarle al juzgador la posibilidad de realizar las operaciones aritméticas pertinentes para establecer si en efecto hubo deficiencia o no en el reconocimiento de las prestaciones reclamadas, advirtiendo adicionalmente *“(...) en el planteamiento de la demanda inaugural que en ese momento se estudiaba, se echó de menos, entre otras cosas, las cifras o parangones entre lo pagado por la accionada frente a lo que ha debido ser, destacando el deber procesal de la parte actora de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad, resaltando que las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora (...).”*

Así mismo, en la sentencia SL9318 -2016, se echó de menos, entre otras cosas, las cifras o parangones entre lo pagado por la accionada frente a lo que ha debido ser, destacando el deber procesal de la parte actora de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad, resaltando que las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

A la misma conclusión se llega con relación al pago de las diferencias frente a la **póliza de hospitalización y cirugía** contenida en la cláusula 25 literal f) que en su tenor literal reza:

“Cláusula Vigésima quinta: SERVICIOS DE SALUD

b) póliza de hospitalización y cirugía:

AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P. mantendrá una póliza de hospitalización y cirugía para los trabajadores beneficiarios del presente Pacto Colectivo de Trabajo y para el personal pensionado por jubilación, vejez o invalidez, y reconocerá:

- Para sueldos y pensiones hasta de 4.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes el noventa por ciento (90%) del valor de la prima que el trabajador beneficiario del pacto Colectivo de Trabajo haya seleccionado en la póliza de hospitalización y cirugía.
- Para sueldos y pensiones hasta de 4.6 y hasta 5.7 salarios mínimos legales mensuales vigentes el ochenta por ciento (80%) del valor de la prima que el trabajador beneficiario del pacto Colectivo de Trabajo haya seleccionado en la póliza de hospitalización y cirugía.
- Para sueldos y pensiones superiores a 5.8 salarios mínimos legales mensuales vigentes el setenta por ciento (70%) (...)

Conforme a lo anterior, debe precisarse que la cláusula es exactamente igual a la contenida en la convención colectiva de trabajo en su artículo 32, no obstante la testigo Ana Ortiz indicó que si existía unas diferencias pero que las mismas se habían generado ante el valor de la póliza, toda vez que existían pólizas tradicionales y que posteriormente habían incorporado al mercado una póliza mejorada con relación a la cobertura que tenían y que los trabajadores elegían cuál de las dos querían adquirir, adicionalmente, que los trabajadores que tenían EPS SURA les daban mejores precios pero los que estaban por ejemplo en FAMISANAR también los trabajadores podían elegir la póliza que perteneciera a esta última EPS y en el caso para los que tenían prepagada se les reembolsaba el pago de conforme a factura que presentaba para que no existiera trato diferencial.

Por lo anterior, con lo único que cuenta la Sala con relación a este pedimento es con la versión de la deponente y analista de nómina que en su momento lideró lo correspondiente a las nivelaciones y ajustes realizados y que las diferencias radicaban en el valor de la prima o la póliza que escogieran los trabajadores, ya que los actores única y exclusivamente se limitaron a indicar en sus pretensiones que a GUSTAVO ZABALA PIÑEROS existía una diferencia a su favor por la suma de \$277.973, JOSE NILSON ANDRADE SÁNCHEZ y NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ por \$10.202, sin especificar en donde radicaban las mismas, de igual forma, el perito tampoco logró fundamentar las razones en donde se reflejaron las diferencias anotadas en el dictamen pericial elaborado frente a este rubro, limitándose única y exclusivamente a manifestar que a los trabajadores se les había descontado un mayor valor con relación al póliza de hospitalización sin especificar los valores de la prima del seguro que había tomado como referencia o la póliza que en su momento habían tomado si la “tradicional o la mejorada” y en los que también arrojó valores superiores a los pretendidos en la demanda, sin la debida sustentación.

Finalmente, procede a estudiar la Sala si hay lugar **al reconocimiento y pago por concepto de BONO DE NEGOCIACIÓN**, ya que desde la contestación de la demanda, interrogatorio de parte de la representante legal y las manifestaciones realizadas por las deponentes María Valderrama y Ana Ortiz indicaron al unísono que estos no fueron reconocidos dentro de las nivelaciones realizadas en los años 2008 y 2015, bajo el argumento, que estos reconocimientos solo se entregaban a las personas que hacían parte de las negociaciones realizadas en los pactos colectivos y de los que se adherían a ellos con posterioridad; por lo que el juez de primera instancia condenó a su reconocimiento con fundamento al derecho a la igualdad, situación que reprochó la demandada en sus argumentos de disenso, indicando que en el presente asunto no existía un trato de desiguales, sino por el contrario no se podía premiar la inactividad del sindicato al rehusarse a negociar nuevos términos dentro de la convención colectiva de trabajo vigente entre el año 2003-2005.

Por lo anterior, debe precisarse que en efecto dicho beneficio no se encuentra contenido en la Convención Colectiva de Trabajo 2003-2005, pero si se encuentra estipulada en los pactos colectivos 2011-2015 y 2016-2020 así:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA CUARTA: BONO POR NEGOCIACIÓN DEL PACTO COLECTIVO:

Los trabajadores que firmen o se adhieran al Pacto Colectivo, entro de los cinco días hábiles siguientes posteriores a la fecha en que las comisiones negociadoras lo suscriban, recibirán un bono por negociación directa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se pagará en la segunda catorcena del mes (...)”

En este punto es importante precisar, que contrario a lo considerado por el *a quo*, esta prerrogativa solo le es aplicable a quienes han adelantado negociaciones en el pacto colectivo de trabajo o se adhieran posteriormente a él, en atención a lo normado en el artículo 481 del CST, por lo que en el presente asunto no hay vulneración alguna con relación al derecho a la igualdad y si bien la sentencia de tutela T149 de 2008 si ordenó la aplicación de incrementos y reconocimiento de las prestaciones contenidas en el PCT, este beneficio, no tiene el alcance para imponerle a la entidad accionada lo haga extensivo a los aquí demandantes, cuando claramente no adelantan proceso de negociación alguna dentro del pacto colectivo ni se han adherido a él, procediendo la Sala a revocar este punto de la sentencia.

Frente a este tópico, debe precisarse adicionalmente, que de conformidad con lo previsto en el artículo 475 del Código Sustantivo del Trabajo, los sindicatos no solo tienen derecho a exigir en nombre propio o en el de sus afiliados el cumplimiento de las convenciones colectivas de trabajo que suscriben, sino que adicionalmente los faculta para defender los intereses económicos comunes o generales de sus afiliados; por lo que frente al caso particular, al no tener contenida esa cláusula en la CCT pueden solicitar su inclusión o en su defecto mejorarla, activando los trámites correspondientes a efectos de que sea reconocido el beneficio aquí reclamado pero incluyendo a la totalidad de los beneficiarios de la convención colectiva de trabajo y no solo a un grupo de trabajadores en

los términos que se pretende en el presente asunto, sin que de ninguna manera estas consideraciones que realiza la Sala atenten contra el derecho de asociación, principio de igualdad o se torne discriminatorio, ya que existen ciertos aspectos como el puesto a consideración, que solo pueden ser regulados y acordados por las partes a través de la autocomposición.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se REVOCARÁ el numeral segundo de la sentencia apelada y se CONFIRMARÁ en lo demás la decisión impartida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí anotadas.

C O S T A S

Costas en esta instancia a cargo de GUSTAVO ZABALA PEÑEROS, JOSÉ NILSON ANDRADE SÁNCHEZ, NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ, SERAFÍN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

D E C I S I Ó N

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

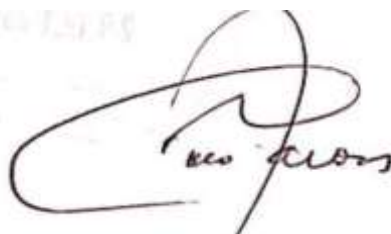
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL SEGUNDO la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente asunto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

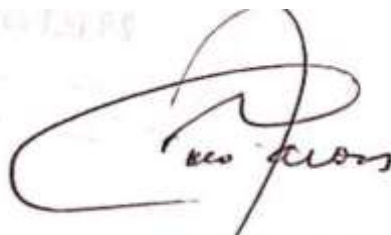


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de GUSTAVO ZABALA PEÑEROS, JOSÉ NILSON ANDRADE SÁNCHEZ, NESTOR CLAUDIO RUIZ LÓPEZ, SERAFÍN TALERO DAZA y ABRAHAM ELÍAS ARENAS, la suma de \$300.000 pesos, por cada uno.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - JAIME ALBERTO CABRERA ANDRADE - contra - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JAIME ALBERTO CABRERA ANDRADE**, se **declare** la nulidad de traslado efectuado en el mes de agosto de 1998 y a PROTECCIÓN en el mes de febrero de 2004 ante la omisión de los fondos del deber de informar de manera eficiente, eficaz y oportuna entre otros. Como consecuencia, se **condene** a PORVENIR y a PROTECCIÓN entregar a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, rendimientos y bono pensional, se **condene** a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado junto con los valores y los contabilice para efectos pensionales, se **condene** en costas y agencias en derecho a la demanda y se **condene** en uso de las facultades ultra y extrapetita. De manera **subsidiaria**, solicitó se declarara la ineficacia de traslado de régimen (fls. 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 7), señaló en síntesis, que estuvo afiliando y cotizando a COLPENSIONES desde 01 de enero de 1986 y que estando afiliada al RPM fue trasladada en el mes de agosto de 1998 a PORVENIR S.A. y posteriormente para febrero de 2002 fue trasladada a PROTECCIÓN, en el año 2003 regresó a PORVENIR y en el año 2004 retornó nuevamente a PROTECCIÓN, acotó que en el momento de los traslados las entidades no le informaron ni lo asesoraron en relación a sus derechos pensionales, así como los riesgos de traslado al RAIS, ni sobre las diferencias entre regímenes, ni de las ventajas, desventajas, inconvenientes, sin que la asesoraran posteriormente sobre cuál era el capital que necesitaba para pensionarse, su realidad económica, que aportes se iban como cotización y que otros se iban a pago de primas o costos de administración, si tenía derecho al bono y que monto, no le realizó proyecciones futuras, tasa de reemplazo, no le informó las condiciones para poder pensionarse de manera anticipada, tasa de rentabilidad y aseveró que los demandados tenía la responsabilidad de carácter profesional con el deber de asesorarla eficiente y eficazmente en relación al traslado de régimen profesional y que solicitó ante VOLPENSIONES el traslado el cual fue negado y finalizó indicando que actualmente se encuentra afiliada a PROTECCIÓN.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN S.A. dio respuesta al libelo demandatario (fls. 117 A 124 vto.), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó el numeral 3,17 y 20, no constarles los numerales del 1 a 2 y 18 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP PRTECCIÓN, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y excepción genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 162 a 185), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1, 18 y 17, no ser cierto el numeral 2 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 200 a 216 vto), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 10 y 11, señaló no ser cierto el numeral 4 y no constarle los demás numerales, propuso como excepciones de fondo descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de junio de 2020 (CD – fl. 258) **declaró** la ineficacia de traslado del demandante del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 29 de julio de 1998 y con efectividad 01 de septiembre de 1998, **condenó** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual concediéndole el término de 1 mes, **condenó** a PORVENIR S.A. a trasladar lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor lo descontado por concepto de gastos de administración y de traslado concediéndole el término de un mes, ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, **declaró no probadas** las excepciones propuestas por las entidades demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Como **fundamentó de su decisión**, el *aquo* trajo a colación las pruebas arrimadas al plenario, así como la jurisprudencia de la CSJSL en relación al deber de información, en el que deben poner en conocimiento tanto lo favorable como lo desfavorable y las implicaciones del traslado deber de informar está en el Ley 100 de 1993 y con particularidades específicas para el momento del traslado, así mismo indicó que las negaciones indefinidas no requerían pruebas por lo que en este caso debían las demandadas que cumplieron con ese deber, pero en el presente asunto no logro probar PORVENIR que cumplió con el deber de informar, en el que si bien en el interrogatorio de parte el actor refiere diferentes particularidades del régimen también se extrae que la charla no fue individualizada sino general, por lo que se extrae que no estaba completamente informado ni mucho menos que tuviera una información pensional de forma concreta, con relación al derecho de retracto que se consignan en los formularios no los tuvo en cuenta al tratarse ya de los traslados horizontales, por lo que concluyó que no se cumplió con el deber de información, sin que tampoco se tuvieran en cuenta las leyendas que contienen los formularios de afiliación, por lo que procedió a declarar la ineficacia y no la nulidad que pretendió de manera principal el actor, en relación a los gastos de administración indicó que debían devolverse con recursos propios, no declaró probada la excepción de prescripción así como las restantes propuestas por las demandadas.

APELACIÓN

Por su parte PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señaló que el afiliado refirió conocer varias características del RAIS por lo que solicitarle a las administradores informaciones adicionales es exigirles algo imposible cuando la normatividad de la época así no lo exigía, aunado al hecho que el demandante realizó múltiples horizontales entre administradoras, y en el que se consignó en los formularios conocer que conocía lo correspondiente a los bonos, rendimientos, con relación a la escogencia, en el que conoció la incidencia de su decisión pensional, cuando la Superintendencia solo indicaba tener como soporte de información lo contenido en el formulario de afiliación, con relación a la inversión de la carga de la prueba, si bien el

demandante no recuerda lo informado con exactitud, tampoco lo haría el asesor que en su momento prestó la asesoría, por lo que aseveró que la jurisprudencia ha dejado sin defensa a las administradoras pensionales, por lo que solicitó la absolución y si se confirma la decisión, se revise la naturaleza lo correspondiente a los gastos de administración junto con los rendimientos, en el que la CSJ no ha tenido en cuenta que estos no se generan en el RPM.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, en relación a los gastos de administración, al considerarla improcedente, omitiendo la gestión profesional al realizada por la AFP, por lo que el actor de haber estado en el RPM también se le hubiesen realizado los cobros por concepto de administración y de confirmarse se estaría auspicando un enriquecimiento injustificado.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que en el que se adhiere a los argumentos de PORVENIR en lo referente a lo informado al momento del traslado, en el que la jurisprudencia soporte los demandantes tenían una expectativa legítima para pensionarse, en el que si se impacta la estabilidad financiera del sistema pensional y solicitó que en caso de confirmarse la sentencia se ordene la indexación de los valores.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual actualmente con PROTECCIÓN S.A.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen (pretensión principal) por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al

RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo; situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) *En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)*” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la “*prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*” tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el

formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, en los términos que precisó el recurrente COLPENSIONES.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JAIME ALBERTO CABRERA ANDRADE, el 29 de julio de 1998, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. (fl.186), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de septiembre de 1998 (fl. 146), posteriormente se trasladó a ING el 09 de noviembre de 2001, a PORVENIR el 26 de febrero de 2003 y finalmente se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN el 12 de diciembre de 2003 encontrándose afiliado en la actualidad en esta última entidad (fl. 146), efectuando cotizaciones en éste régimen desde agosto de 1998 a la fecha (fls. 129 a 145). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1986 hasta el 30 de julio de 1998.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación PORVENIR S.A. obrante a folio 186 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprocha la demandada COLPENSIONES en sus argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional,

los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada tal y como lo reprocha el recurrente PORVENIR, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante bajo las circunstancias alegada por la recurrente (CSJ SL 4426-2019) o mucho menos escudarse en que el asesor comercial de la época tampoco hubiese informado nada adicional a lo manifestado por el actor en su interrogatorio de parte n relación a lo informado, sin ni siquiera haber arrimado el medio probatorio y que fuera el Juez Laboral quien realizara las valoraciones probatorias correspondientes; de ahí entonces que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso PROTECCIÓN, no

estaba obligada a subsanar la información que en su momento no le brindó PORVENIR, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, en los términos acotados por COLPENSIONES pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció

afiliado en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que COLPENSIONES reclama en sus motivos de disenso que las sumas y/o emolumentos que se ordenó fueran retornados al RPM fueran debidamente indexados, debe precisarse que en reciente jurisprudencia de la CSJSDL sentencia 4988 de 2021 Rad. 84611, precisó lo siguiente:

“(...) esta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a los recursos propios, por el tiempo en que estuvo en cada administradora.

Para efectos de la actualización monetaria se tendrá en cuenta la siguiente formula:

$$VA = Vh * \underline{IPC \text{ Final}}$$

IPC inicial

De donde:

VA = corresponde al valor de la suma a actualizar.

VH = Valor histórico a indexar

IPC Final = IPC del mes anterior en que se efectúen los pagos a Colpensiones

IPC Inicial = IPC del mes en que se realizaron las apropiaciones.

También se ordenará, que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021 y CSJ SL3719-2021). (...)"

Teniendo en cuenta lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia, condenando tanto a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, que los conceptos que se ordenaron retornar al régimen de prima media sean debidamente indexados y adicionalmente se relacionen de manera pormenorizadas de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que tengan que justificar.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia apelada, en la que se ADICIONARÁ lo correspondiente a las sumas que

deberán indexarse junto con el detalle pormenorizado en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP y SIN COSTAS a cargo de COLPENSIONES al haber prosperado de manera parcial el recurso de apelación interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

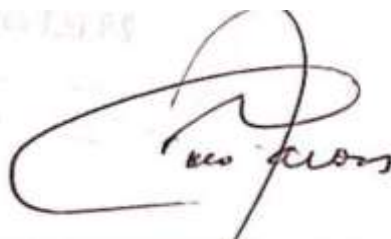
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S. A. y PROTECCIÓN S. A.**, devolver la totalidad de los valores recibidos de en la cuenta de ahorro individual del actor, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a esos fondos, incluyendo el valor por cuotas de administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, los tres últimos debidamente indexados, con cargo a sus recursos propios y por el tiempo en que el accionante estuvo en cada una de estas administradoras. **ORDENÁNDOLES** adicionalmente, que esos conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que deba justificarse.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 24 de junio de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR y **SIN COSTAS** en esta instancia a COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

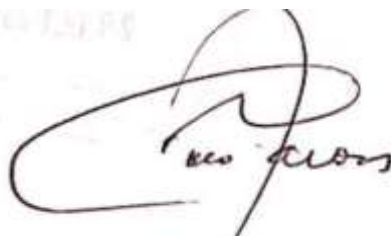
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE - LEONARDO ALBORNOZ
RODRÍGUEZ - contra - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **LEONARDO ALBORNOZ RODRÍGUEZ**, se **declare** que la terminación de contrato se produjo sin justa causa por parte de la demandada, asimismo, se **declare** que el último salario devengado asciende a la suma de \$12.628.595,76 y que las prestaciones sociales no fueron canceladas en su totalidad por no haber incluido en su liquidación, las comisiones generadas hasta la fecha de su desvinculación y con obligación de ser pagadas a 30, 60, y 90 días. Como consecuencia, se **condene** a la entidad al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de las comisiones con base en la tabla de valores y porcentajes pactados y con obligación de ser pagadas, se **condene** a la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta las comisiones no pagadas y generadas hasta la fecha del despido y con obligación de ser pagadas a 30, 60 o 90 días según el caso, se **condene** a la entidad al pago por concepto de

indemnización moratoria, que se **condene** al pago debidamente indexado y se **condene** a la entidad al pago de las costas del proceso (fl. 7 a 8).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 6), señaló en síntesis, que trabajó a servicio de la entidad demandada bajo un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de septiembre de 2010 hasta el 8 de junio de 2017, que el último cargo que desempeñó fue el de Asesor Comercial, que el último salario devengado correspondió a un básico \$883.000 más un apoyo de mantenimiento de portafolio \$354.650 y un promedio en comisiones mensuales de \$11.390.945,76 para un total de \$12.628.595,76 suma en la que se efectuó la liquidación final de prestaciones, adujo que el 8 de junio de 2017 fue citado por la demandada aduciendo una inconsistencia con relación a un IBC relacionado en unos formularios de afiliación y un IBC certificado por un empleador y el valor efectivamente recaudado y que conforme a un manual de inconsistencias de afiliaciones, la liquidación de comisiones se realiza con el recaudo acreditado en la cuenta individual de cada afiliado y consignado por el empleador, por lo que manifestó que COLFONDOS contaba con los mecanismos correspondientes a efectos de detectar la mala práctica comercial y no haber puesto en marcha los correctivos necesarios y que solo un año después haya detectado la falencia y para la misma fecha lo citaran a descargos y a un par de horas lo despidieran, sin entregarle el acta de descargos y sin que la terminación se presentara con una relación causa-efecto, ya que las supuestas faltas tienen como fecha el 15 de junio de 2016 y el despido se produce el 8 de junio de 2017 y más aún, cuando existían varios filtros sin que así se detectara para el año 2016.

En relación a las **comisiones**, adujo que existía una tabla para liquidarlas y que contaba con una tabla con unos valores y porcentajes que fueron entregados al trabajador y que adicionalmente se entregó un anexo denominado ANEXO DE REMUNERACIÓN AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE ASESOR ENTRE COLFONDOS S.A Y LEONARDO ALBORNOZ, el día 17 de agosto de 2017, no obstante desde el mes de noviembre de 2015 dejó de aplicar la tabla y empezó a pagar las comisiones sobre unos porcentajes diferentes, que no fueron socializados ni modificados mediante otrosí al contrato de trabajo, asimismo, acotó que para el pago de las

comisiones no fueron tenidos en cuenta la totalidad de las vinculaciones realizadas hasta el mes de junio de 2017 las cuales fueron radicadas en debida forma, que el pago de las mismas se realizaban en tres momentos y que solo le pagaron las comisiones hasta mayo de 2017 conforme a liquidación efectuada el 21 de julio de 2017 y que el 25 de julio de la misma anualidad, la entidad efectuó una reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta las comisiones desde 4 de febrero de 2016 hasta el 8 de junio de 2017 reconociendo la suma de \$4.019.228, por lo que afirmó que había afiliaciones realizadas hasta el 8 de julio de 2017 y que generaron un recaudo posterior a su desvinculación conforme al *-esquema de comisiones asesores multiproducto-* no obstante acotó que la tabla que debía aplicarse era la de ANEXO DE REMUNERACIÓN ya que la otra no fue incorporada al contrato individual de contrato de trabajo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. contestó el introductorio (fls. 166 a 198), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 2, 8, 15, 24 y no ser ciertos los restantes.

En los hechos, fundamentos y razones de defensa, indicó en síntesis, que en efecto se había suscrito un contrato de trabajo el 01 de septiembre de 2010 y que en su cláusula cuarta se pactó que los porcentajes de comisión podían modificarse de común acuerdo o mediante memorandos, circulares con carácter general o particular entre el asesor y COLFONDOS, por lo que al 1 de abril de 2012 el actor suscribió que los porcentajes podían modificarse. Acotó que pagó en su totalidad las comisiones generadas por el actor hasta la fecha de su retiro.

Agregó que el demandante siempre se desempeñó como asesor comercial y que conocía el RIT, así como la política de comisiones, el código de conducta así como el procedimiento de gestión de ventas y que el salario al momento de la terminación ascendía a la suma de \$7.212.725 y que para el 25 de mayo de 2017 COLFONDOS evidenció que el demandante realizó en

indebida forma unas afiliaciones y que causó comisiones sobre ellas, contrariando los procedimientos de gestión de ventas, por lo que el 8 de junio de 2017 fue citado a diligencia de descargos para verificar los hallazgos detectados procediendo a dar por terminado el contrato de trabajo, cancelando de forma oportuna y completa las comisiones causadas a favor del actor hasta la fecha de terminación y que fueron tenidas en cuenta para el pago de prestaciones sociales, junto con los aportes al sistema de seguridad social integral y la liquidación final de contrato de trabajo y que para el 25 de julio de 2017 canceló las diferencias que se dieron por conceptos de comisiones conforme a la política establecida, por lo que afirmó no adeudar suma alguna al demandante.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo del demandante, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe del demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin causa, prescripción y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de septiembre de 2019 (CD – fl. 489), **absolvió** a la sociedad COLFONDOS SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor LEONARDO ALBORNOZ RODRÍGUEZ, y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, precisando que no existía controversia respecto de la relación laboral conforme a contrato individual de trabajo, comprobantes de nómina, certificaciones, carta de terminación, liquidación y reliquidación obrantes en el infolio, desempeñando a la terminación del contrato el cargo de consultor comercial senior y devengando como ultima asignación básica la suma de \$1.183.000 más comisiones.

Frente a la indemnización de despido sin justa causa pretendida, trajo a colación la jurisprudencia de la CSJ que gira en torno al tema y que le

correspondía al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa, indicando que en el presente asunto se evidenciaba que la demandada fue la que finiquitó el vínculo, tal como dio cuenta la carta de terminación del contrato de trabajo del 8 de junio de 2017 donde se adujo como motivo de desvinculación el incumplimiento grave a sus funciones por el mal diligenciamiento de los formatos de vinculación de clientes de COLFONDOS y por el incumplimiento de los procedimientos que la compañía contempla para el ejercicio de sus funciones y en especial el punto 5 del procedimiento de gestión de ventas, en donde refiere que la información contenida en los formatos de vinculación sea veraz, completa, comprobable y comprensible.

Acotó que la demandada había dado apertura al proceso disciplinario del actor, citándolo al proceso de descargos debido a diligenciamiento de afiliaciones que tenían diferencias entre el IBC reportado y el certificado por el empleador del afiliado y el valor del IBC recaudado, también aparecían solicitudes de traslado de la empresa contact center por formatos diligenciados por el actor el 15 de junio de 2016 y distinguidos por los números 12248990 12248984 12248980 junto con el manual de inconsistencias de formularios, relacionados a los controles que debían saberse sobre el pago de comisiones por NIT e IBC alterado, para el caso de IBC alterado estipulaba que la liquidación de comisiones no se hacía con el registro sino con el recaudo acreditado en la cuenta individual de cada afiliado consignado por el empleador y los controles de veracidad de información que está contenida en la libreta de notas, también lo consignado en el manual de información privilegiada, acta de descargos, correos electrónicos cruzados entre la empresa y COLFONDOS en donde se relacionan los salarios de los trabajadores de la empresa Emtelco, informe de investigación de mayo de 2017 donde se le detectan al demandante 11 inconsistencias por diferencias en el IBC relacionado en la afiliación frente al IBC confirmado por el empleador y allí precisa que aunque el asesor no se beneficia económicamente si se obtiene un beneficio en la calificación de libreta de notas y su posición en el ranking para la convención anual de ventas, acotando el director comercial si se beneficia con el IBC relacionado por su grupo comercial entre otros, en el que se le puso de presente al demandante los hechos y perjuicios que ocasionó con el mal diligenciamiento de los formatos de la empresa Emtelco, de igual forma trajo

a colación el interrogatorio de parte del actor y el testimonios de la señora Mónica Pineda en la que indicaron que en ese cargo de asesor comercial consignaban los datos conforme a la información suministrada por los clientes y que con relación al IBC allí consignaban lo que los clientes les informaban más no su salario, junto con el testimonio de Liliana Calderón Forero que también trabajaba en el área de comisiones y conocía al demandante, que la comisión se genera sobre el IBC recaudado y no por lo reportado en el formulario, pero que lo reportado servía para medir la libreta de notas que era un indicador que impactaba en el ranking de la convención de premisos y que director comercial se le pagaba sobre el reporte del blog de notas del IBC y no sobre el recaudado y estaba en la política de comisiones, así como los testimonios de Adriana Olarte y Sergio Urrea.

Agregó el *a quo*, que se pudo evidenciar el cargo desarrollado por el actor y lo contenido en la cláusula 5 del contrato de trabajo estaban estipuladas las faltas graves para poder terminado el contrato de trabajo, junto con lo estipulado en el *procedimiento de gestión de ventas*, por lo que acotó que no podía avalar la manifestado por el actor en interrogatorio de parte con relación a la información que suministraban los afiliados y que partía de la buena fe de los mismos y que no estaba obligado a consignar información exacta en el formulario, ya que si estaba obligado hacerlo, aunado a lo manifestado en la diligencia de descargos en el que conocía el RIT al igual que el procedimiento de gestión de ventas, así como haber recibido capacitaciones para hacer las afiliaciones y más aunado al hecho de la experiencia con la que ya contaba para desarrollar el cargo y en la que debía confirmar la información en los formatos de afiliación la cual debía ser exacta, completa, comprobable y comprensible y que correspondiera a la realidad, sin que así haya procedido, sin que la empresa haya omitido lo relacionado con el requisito de la inmediatez, pues fue dentro de una investigación que la empresa detecto la irregularidad y actuó una vez tuvo conocimiento de la falta con la investigación, absolviendo de esta pretensión a la demandada.

Frente al pago de comisiones, indicó no ser materia de controversia lo correspondiente a su pacto y pago a lo largo de la relación laboral y en el que debían cumplirse algunos requisitos como el recaudo de efectivo, en el

que se probó adicionalmente que la demandada efectuó reliquidación de prestaciones finales atendiendo una nuevas comisiones por recaudo y en el que señaló el demandante solo le pagó las comisiones de lo recaudado hasta el 8 de junio de 2017, por lo que precisó que conforme a lo establecido en el artículo 127 CST se causaba hasta después de finalizado el vínculo contractual laboral, pero en que indicó que de la reliquidación no se puede establecer que la demandada solo le haya cancelado las comisiones hasta el día en que el demandante había sido retirado de la compañía, pues si bien había solicitado un pago para febrero de 2018, lo cierto es que no estaba acreditado que el actor efectivamente realizara la labor que daba lugar al pago de las comisiones allí relacionadas y reclamadas y que estas fueran producto de su gestión, sin que allegara los formularios que así lo acreditaran o probaran que era el asesor, por lo que procedió absolver de esta pretensión y por sustracción de materia de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que con relación a la indemnización por despido injustificado pretendido, no existía ningún elemento probatorio que demostrará el hilo conductor entre la ocurrencia de la presunta falta, esto es, la suscripción de los formularios de afiliación y la supuesta apertura del proceso de investigación que concluyó con la terminación del contrato de trabajo, limitándose el Juzgado a tener como cierta la aseveración de que un año atrás de ocurrida la falta en un comité interno realizado un año después cuando COLFONDOS verificó la inconsistencia que podía existir en formularios diligenciados, por lo que de aceptar esa tesis, se le otorgarían facultades al empleador para constituir justas causas cuando lo considere y al haber transcurrido 1 año completo y tratándose de una entidad del sistema bancario que tiene todos los controles que protegen los derechos de los afiliados como de los usuarios del sistema bancario, terminando el contrato de trabajo del mejor asesor en su momento, por lo que aseveró no cumplirse con el principio de inmediatez entre la falta cometida y la terminación del contrato.

De igual forma, acotó no haberse valorado lo correspondiente a la posibilidad de que el demandante pudiera corroborar que la información que suministra el afiliado fuera exactamente la correcta o inexacta en lo consignado en la afiliación, la obligación de garantizar esto debe entenderse es que el trabajador deliberadamente no modifique esos IBC en miras de obtener un ingreso o en el reconocimiento de su libreta de notas u otro beneficio que podría existir, caso en el cual, si podría ser el hecho punible, por lo que se tiene que probar era la voluntad de sacar el provecho sin que así se haya probado en el plenario. Indicando adicionalmente que la CSJ ha precisado que cuando se inicia un proceso disciplinario, se deben cumplir con los requisitos de forma del procedimiento, sin que así lo realizara la demandada.

Finalmente y con relación a las comisiones reclamadas, indicó que le impuso al trabajador un carga imposible de soportar con relación a los formularios que debió aportar para reclamar el pago de las comisiones, pues corresponden a reclamaciones antiguas y en las que no podían conservar las copias de los formularios, aunado al hecho que la demandada no se opuso a las reclamaciones, en el sentido de indicar que no correspondieran a su trabajo, por lo que existía una aceptación tácita de lo reclamado y las comisiones pudieron estar a su favor, por lo que la controversia solo versaba en la interpretación de la cláusula interna del contrato de trabajo por las fechas de vigencia del mismo y no estaba en discusión la causación de las comisiones así como tampoco existía controversia que no correspondieran al trabajo efectivamente por el realizado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar en el presente asunto, si al demandante COLFONDOS S.A adeuda concepto alguno con relación al pago por comisiones de ventas o recaudos efectuados, asimismo, deberá determinar si se garantizó el debido proceso al demandante al momento del despido y si las conductas endilgadas son justas causas para dar por terminado el contrato laboral y si se cumplió o no con el principio de inmediatez.

Relación Laboral

No fue objeto de controversia en el presente asunto, la relación laboral del demandante con COLFONDOS S.A. entre el 1 de septiembre de 2010 al 08 de junio de 2017 bajo un contrato de trabajo a término indefinido, devengando como salario básico la suma de \$883.000 más un apoyo de mantenimiento de portafolio por la suma de \$354.650 y que adicionalmente pactaron el pago por concepto de comisiones. De igual forma, tampoco fue objeto de controversia que el último cargo que ostenta el actor es el de Asesor Comercial.

Pago de Comisiones a la fecha del despido y reliquidación de prestaciones sociales

En este punto es importante precisar, que no es objeto de controversia dentro del presente asunto el pago de comisiones conforme a lo pactado desde el inicio de la relación laboral contractual que estuvo vigente entre el demandante y COLFONDOS S.A. y que se corrobora conforme a las documentales que fueron allegadas al plenario, conforme se relacionan a continuación:

- Reliquidación de contrato de trabajo realizada el 25 de julio de 2017 en el que se incorporó concepto de comisiones y se procedió a reliquidar prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral (fl. 39 y 358).
- Esquema de comisiones Asesor Multipropósito COLFONDOS S.A. (fls. 67 a 82)
- Anexo de remuneración al contrato individual de trabajo de asesor suscrito entre COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y el actor el 18 de agosto de 2011 con relación a remuneración de salario variable (fls. 83 a 86) y con un anexo de la tabla No. 1 denominada REMUNERACIÓN VARIABLE SOBRE IBS BASE DE RECAUDO INDIVIDUALES EFECTIVAMENTE ACREDITADOS POR CONCEPTO DE AFILIACIONES EN PENSIONES OBLIGATORIAS (fl. 87 y 214)
- Contrato de trabajo de asesor celebrado entre COLFONDOS S.S. y el demandante, en el que se pactó en la cláusula cuarta REMUNERACIÓN

un anexo sobre REMUNERACIÓN SALARIAL y del que contempla una remuneración básica salarial así como variable, en el que retribuye esta última lo correspondiente al recaudo de afiliaciones a pensiones obligatorias o voluntarias, afiliación a fondo de cesantías entre otros (fls. 199 a 208).

- OTROSÍ al anexo No. 1 año 2011 sobre remuneración salarial al contrato individual de trabajo de asesor entre COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y el actor suscrito entre las partes el 18 de enero de 2011 (fls. 211 a 213)
- TABLAS DE CALCULO DE PORCENTAJE DE COMISION POR CESANTÍAS RETROACTIVAS ENTRE COLFONDOS y el actor del año 2012 (fls. 221 a 232)
- Certificación laboral expedida por COLFONDOS S.A. en el que especifica el pago de comisiones con fecha de expedición 19 de marzo de 2019 (fls. 234 a 235)
- Comprobantes de pago por nomina desde septiembre de 2014 hasta julio 2017, en el que claramente se extrae el pago por concepto de comisiones (fls. 236 a 270)
- Liquidación de contrato de trabajo efectuada el 21 de junio de 2017, en el que se reconocen pagos pr concepto de comisiones (fls. 357)
- Política de comisiones MER-GIN-POL 001 V7 COLFONDOS S.A (fls. 385 a 400)

Precisado lo anterior, pasa la Sala a verificar si el actor probó lo correspondiente al pago de comisiones que reclama, habida cuenta que en el presente asunto el actor reconoce que COLFONDOS procedió a realizar el pago por concepto de reliquidación de comisiones entre el 4 de febrero de 2016 hasta el 8 de junio de 2017 (fl. 39 y 358) y del que afirmó desde el libelo introductor así como en el interrogatorio de parte, que hubo afiliaciones que realizó con recaudo posterior a la desvinculación y del que afirmó tener pleno derecho a su pago, ya que si bien se había suscrito un documento con fecha 17 de agosto de 2011 con relación a la remuneración de las comisiones, que estas solo se pagaban hasta las causadas al momento de la terminación del contrato, lo cierto era que se había visto obligado a suscribirlo para poder continuar con sus labores en la compañía.

Así, la deponente **Mónica Pineda Hurtado**, indicó que las comisiones eran pagadas al trabajador de lo recaudado al momento de la terminación del contrato y en la que acotó la testigo **Edith Liliana Calderón Moreno**, que el tiempo que podía tardar una afiliación hecha por el demandante para causar una comisión, era de casi 4 meses y que se pagaban en 3 fracciones 30 primeros, siguientes 30 y últimos 30, no obstante aclaró que el reconocimiento de las comisiones de lo recaudado solo se otorgaba hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, por estar así pactado en el acuerdo de voluntades primigenio.

De igual forma, del documento denominado ESQUEMA DE COMISIONES ASESORES MULTIPROPOSITO-noviembre 2015- (fls. 67 a 82), y en la que se encuentra una tabla No. 1 de comisiones en los que se establecen diferentes porcentajes, así como la relación de varios ítems para proceder al pago de las mencionadas, establece lo siguiente:

- *La comisión se paga al mes siguiente del recaudo, siempre y cuando dicho recaudo se encuentre debidamente acreditado en la cuenta individual del afiliado al momento de ejecutar el proceso de comisiones”*
- *La fecha que marca el inicio del plazo e seguimiento de una cuenta de afiliado, para el pago de comisiones es la fecha de efectividad.*
- *El plazo máximo durante el cual se hace seguimiento de recaudo a una cuenta de afiliado para el pago de comisiones es i) Empresa sector privado: 6 meses; ii) Empresa sector público: 9 meses; iii) Traslado de AFP y VI: 6 meses; iv) Traslado de régimen: 9 meses.*
- *El pago de la comisión para las VI se da por los primeros 60 días de recaudo, este pago se divide en dos fracciones y para los traslados se da por los primeros 90 días de recaudo, este pago se divide en tres fracciones (...)*
- *La comisión se genera una vez se acumulen los 30, 60 o 90 días de cotización, en caso que la cotización se realice por un número de días menor, estos se acumulan hasta completar los días correspondientes con el siguiente recaudo.*

- *El porcentaje de la comisión se genera de acuerdo a la procedencia de la afiliación y al salario base de cotización del recaudo efectuado el cual se expresa a razón de SMMLV.*

De igual forma, también se allegó el ANEXO DE REMUNERACIÓN AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO DE ASESOR ENTRE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LEONARDO ALBORNOZ RODRIGUEZ, suscrito el **18 de agosto de 2011** (fls. 83 a 86) y en la cláusula tercera denominada CAUSACIÓN DE REMUNERACIÓN VARIABLE y en la que se pactó “(...) 1. la remuneración variable por concepto de recaudo acordada en este anexo se causará cuando se cumplan las condiciones establecidas para cada producto y en consecuencia el ASESOR se obliga a realizar todas las actividades encaminadas al incremento, mantenimiento, post-venta y recaudo oportuno y efectivo de los aportes de los correspondientes afiliados cotizantes a COLFONDOS S.A., verificando que los pagos se realicen dentro de los términos legales y en la debida oportunidad. Así mismo, las partes acuerdan que COLFONDOS S.A. solo reconocerá remuneración variable sobre los recaudos efectivamente ingresados a la tesorería dentro de los periodos determinados para cada producto siempre que el ingreso se realice en vigencia del contrato de trabajo o hasta la fecha inclusive en que el asesor prestó sus servicios. Los recaudos ingresados con posterioridad a dicha fecha no causaran remuneración variable alguna por así acordarlo las partes. (...) 2. El ASESOR solo causará remuneración variable por los productos de pensiones obligatorias y cesantías, en ningún caso el ASESOR causará remuneración variable o comisión por ofrecer portafolios de pensiones voluntarias (...)”. De igual forma se anexó al mencionado documento Tabla No. 1 en los que se relacionaron las comisiones atendiendo su origen, IBC base de recaudo y porcentajes de comisión general a los 30, 60 y 90 días cumplidos (fl. 87).

Por otro lado, también se allegó el derecho de petición que fue radicado por el actor ante COLFONDOS (fls. 95 a 99) y que reprochó en sus argumentos de disenso, no haber sido objeto de desconocimiento por parte del extremo pasivo dentro del presente asunto y que de alguna manera correspondía a la aceptación tácita del pago allí reclamado y de que se extrae lo siguiente “(...) todas las afiliaciones que radiqué en BACK OFFICE COMERCIAL como

Asesor Comercial de COLFONDOS hasta el 8 de junio de 2017, generan a mi favor las comisiones por recaudo de dichas afiliaciones (...) en efecto, de acuerdo a la liquidación de fecha 31 de julio de 2017 que me entregó COLFONDOS aparecen los valores de algunas vinculaciones con su respectivo recaudo y fecha de liquidación (de la comisión) de afiliaciones de los de febrero a diciembre de 2016 y de enero y febrero de 2017 debidamente canceladas (...) es claro entonces, que existen afiliaciones que lleve a cabo hasta el 8 de julio de 2017, que generaron el recaudo posteriormente a mi desvinculación y que la comisión que se deriva de tales afiliaciones es u pago al que tengo pleno derecho (...)” y del que aportó como anexo “cuadro de afiliaciones reportadas y aprobadas para el proceso de vinculación a Colfondos, comisiones sin pagar” (fls. 88 a 93)

Precisado lo anterior, considera la Sala traer a colación la sentencia CSJ SL con radicado 37192 del año 2012, que precisó:

“Al contrario, en la referida providencia sobre la cual ésta pretendió edificar las razones para sustraerse al aludido pago lo que se dijo por la Corte fue que una cosa totalmente distinta, esto es, que una cosa eran las ‘comisiones por ventas’ y otra las ‘comisiones por recaudo’, por manera que, cuando el trabajador recibía ‘comisiones por recaudo’ y éstos “no se efectúan personalmente por éste como consecuencia de la terminación, justa o injusta del contrato de trabajo bien sea por decisión patronal o del trabajador no hay lugar a comisión alguna porque, se repite, éstas como elemento integrante del salario constituyen retribución del servicio personal” (Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de junio de 1989, radicación 2962), pero, “muy distinto es el caso de las ventas que, realizadas en vigencia del contrato, su pago sólo lo obtiene el patrono después de que éste ha terminado porque en ese caso, como claramente lo tiene definido la Sala, el trabajador debe recibir la comisión correspondiente”.

Así las cosas, en el presente asunto resulta inequívoco concluir que el demandante obtenía el emolumento de las comisiones por recaudo y no por

venta, restringiendo su pago a la vigencia del acuerdo de voluntades o hasta la fecha en que el asesor prestara los servicios, y dejando expresa constancia que los recaudos efectuados con posterioridad dicha fecha no causaría remuneración alguna – 18 de agosto de 2011-(fls. 83 a 87).

No obstante lo anterior, si se generan contradicciones con relación al documento ESQUEMA DE COMISIONES DE ASESORES MULTIPROPOSITOS -noviembre de 2015- (fls. 67 a 82) con relación al recaudo que se podía tardar hasta 9 meses en hacerse efectivo dependiendo de sector – público o privado- y los traslados realizados en pensiones o cesantías, tal y como quedó anotado en precedencia y que hubiesen permitido hacer un análisis diferente en el asunto puesto a consideración; no obstante, el actor omitió desde el derecho de petición presentado ante la entidad así como en el libelo introductor, relacionar de manera detallada las empresas en las que había realizado la venta o la afiliación de las que reclamaba su pago, las personas a las que les había realizado la afiliación, el producto vendido -si se trataba de una afiliación a pensión obligatoria-, traslado de régimen, traslado entre AFP o de una vinculación inicial o de una afiliación a cesantías o cesantías retroactivas, los porcentajes de comisión en relación a cada producto conforme a las tablas que se encontraban anexas en cada una de las estipulaciones realizadas entre las partes con relación a ese salario variable con relación al IBC recaudado, así como haber relacionado el mes en que presuntamente se iba a ver reflejado ese recaudo.

Contrario a ello, solo allegó como soporte un cuadro o una relación y que acompañó al derecho de petición radicado ante la demandada en febrero de 2018, en la que se encuentran consignados unos números, nombres de personas o afiliados y fechas, valores en los que no existe distinción si corresponde a las comisiones que reclama o a los IBC de cada una de las personas relacionadas y en las que registra adicionalmente una observación de “APROBADO”, pero en los que nada acredita con relación a lo aquí reclamado, por lo que debe precisarse, que dicha falencia no se hubiese sido superada con las copias de las afiliaciones realizadas por el aquí actor en los términos precisados por el *a quo*, ya que para efectos establecer lo correspondiente al pago de las comisiones, se requería que de manera

inequívoca relacionara con exactitud y de forma diáfana y cristalina las situaciones de orden factico aquí solicitadas, pues si bien el Juez Laboral tiene amplias facultades para formarse el libre convencimiento a través de la sana crítica, no lo es menos que tales atribuciones no llegan hasta el punto que de manera arbitraria, de por demostrados hechos y circunstancias que requieren una comprobación fehaciente, ni mucho menos suplir la carga de la prueba en aspectos tan determinantes como relacionar el valor inequívoco de lo reclamado junto con el porcentaje y la tabla que aplicaba así como el producto de la venta del que se reclama el pago de la comisión y que llevan a confirmar la decisión frente a este tópico, pero por las razones aquí expuestas.

Debido proceso al momento del despido

Debe resaltarse que la jurisprudencia citada por el *a quo*, en efecto ha sido criterio de vieja data por parte de la alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, como bien lo arguyó en su decisión, sin embargo, esta Sala de decisión ha considerado que las garantías al momento del despido deben estar basadas en principios constitucionales, pues la Carta Política establece que Colombia es **un Estado** social de derecho, organizado en forma de República, **fundada** en el respeto de la dignidad humana, y **en el trabajo** y que son **finés esenciales del Estado**: entre otros, servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica y la vigencia de un orden justo.** Que es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. **El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar** y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Lo anterior significa que la creación del Estado social de derecho se fundó teniendo como esencia el trabajo, es decir, una de las razones de ser del Estado, es el trabajo, tal como lo dice el preámbulo de la Constitución. Igualmente, el trabajo es tratado como un derecho y además como

fundamental, esto implica que toda persona tiene derecho al trabajo y por ende a su estabilidad en el mismo. **Este principio es absoluto y solo se puede pregonar como relativo cuando en verdad existe una justa causa, para su terminación.**

Por ello se aprobó la ley 319 de 1996, que en su artículo 7°, señala que toda persona goce del trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias y que el Estado debe garantizar, de manera particular, a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. Y que, en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Lo anterior, significa que la estabilidad en el empleo es un derecho y que para conservar el empleo se debe interpretar las normas legales de conformidad con los principios y valores constitucionales, significando que dado la naturaleza de la relación laboral entre el trabajador con empleador y para garantizar este derecho, ello no se logra con facultar el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, si no existe una justa causa, siendo coherente con las normas y principios constitucionales.

De tal modo, que debe prevalecer el principio de estabilidad en el empleo, pues el empleador con la facultad unilateral de terminar el vínculo laboral, en forma simple, contrasta en parte con este derecho, al tenor de lo dispuesto en las normas legales laborales, referentes a la terminación del vínculo laboral en forma unilateral dándole una facultad omnímoda del empleador al darlo por terminado, pues además se viola el derecho y principio al debido proceso y derecho de defensa cuando éste simplemente le imputa una justa causa, al trabajador sin que el trabajador en este caso, no pueda tener conocimiento previamente del hecho imputado, ni permitírsele el derecho de defensa, pues tal como aparecen las normas de tipo legal, solo le permiten efectuar unos descargos, en forma muy precaria, sin que en la práctica se le permita tener conocimiento, previo, del hecho imputado y cuando es llevado improvisadamente, a que rinda descargos, es decir, que no se le permite tener oportunidad de conseguir pruebas y se le otorgue un término para que efectúe su defensa, sino que mecánicamente se le convoca a rendir descargos en

efecto, se viola el principio de estabilidad en el empleo y al debido proceso y el derecho de defensa directamente, cuando se aplican las normas de tipo legal (CST).

Lo anterior, atenta contra el principio de que toda persona tiene derecho a intervenir en los actos que los afectan, es decir, se le debe facilitar la participación de todo trabajador en las decisiones que los afectan en su vida económica, pues la constitución política lo establece y además consagra la vigencia de un orden justo, es decir, no puede existir un orden injusto, se proscribire la injusticia y con más razones en las relaciones de trabajo, dada las condiciones de inferioridad que existen en dichas relaciones, en una de las partes, contrastando con la protección especial que se establece en las diferentes normas constitucionales respecto al derecho al trabajo y su protección en todas sus formas.

De acuerdo con lo anterior, implica y se concluye que si no se ha pactado un procedimiento previo para ejercer el debido proceso y el derecho de defensa, cuando se le imputa una justa causa al trabajador, es consustancial establecerlo en forma elemental, por ello, es necesario que se otorgue al trabajador, el conocimiento previo de la justa causa y se le otorgue un término razonable para preparar su defensa y se le oiga las razones de su actuación, ello en forma previa, antes de que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, pues de no ser así no se garantiza el derecho al trabajo, ni la estabilidad en el empleo, pues la oportunidad de la defensa y del debido proceso posterior, en un proceso judicial, no garantiza su estabilidad como debiera ser, porque lo importante es, que el trabajador pueda defenderse previamente, antes de que sea despedido, para que en caso de que logre igualmente justificar su actuación, pueda conservar su empleo.

Es que simplemente el concepto de descargos de que habla la norma no se puede interpretar en forma simplista sin ninguna connotación sustancial del debido proceso y en específico del derecho a la defensa, pues implica el poder refutar con medios probatorios la acusación de la comisión de los hechos constitutivos de la justa causa y obvio que implica el conocimiento previo y

poder tener la oportunidad de tener todas las condiciones para poder refutar o descargar las acusaciones y ser oído previamente.

Si bien, el despido no es un hecho disciplinario, ni una sanción, es un hecho mucho más grave, que el mismo hecho disciplinario, pues trae como consecuencia fatal, la pérdida del empleo de su estabilidad, de su ingreso y de su opción de vida, es decir, tiene consecuencias nefastas para la vida y la de la familia del trabajador y de todas maneras implica la imputación de un hecho generador, del cual es tan natural que el trabajador tenga la oportunidad de defenderse adecuadamente y previamente, para que pueda tener la oportunidad de conservar el empleo en caso de que exista una justificación y no de lanzarlo al desempleo y que viva las consecuencias de que tenga que soportar un proceso judicial, sin la seguridad de obtener nuevamente un trabajo, dadas las condiciones del país.

Por ello resulta una obligación tanto del empleador como de las autoridades públicas tal como lo señala la Constitución Política que es deber de los nacionales (y entre ellos los empleadores) y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y por ende si ello es así, entre sus normas la protección al trabajo y su estabilidad y genera la consecuencia de adaptar necesariamente las normas legales a los principios y valores constitucionales, por lo que resulta razonable la aplicación práctica del principio del debido proceso y derecho a la defensa, previamente a favor del trabajador, por lo menos para que lo ejerza y si el empleador no encuentra razonable los argumentos y justificaciones que haga el trabajador, pueda efectuar el despido, obviamente, con la posterior verificación por la justicia ordinaria, en forma objetiva de la tipicidad de la justa causa invocada, si el trabajador así lo decide.

Se considera entonces, que necesariamente se debe establecer previamente un procedimiento para que se pueda ejercer el debido proceso y el derecho de defensa en un caso de despido con justa causa, ya que este es un principio y un derecho aplicable directamente y en forma razonable se puede aplicar por el empleador dándole la oportunidad al trabajador de que efectúe sus

descargos, en forma adecuada a las circunstancias particulares del caso imputado. Este derecho se pregona, en el artículo 29 de la C. P., como aplicable a todas las actuaciones, tanto judiciales, como administrativas y si bien no se precisa que también se deba aplicar en las actuaciones entre particulares, lo cierto, es que la misma constitución política en otra norma si lo establece al señalar que se debe facilitar la participación de todos los trabajadores en las decisiones que los afectan en su vida económica, desprendiéndose este derecho del artículo 2° de la C.P, igualmente del artículo constitucional de que todos los ciudadanos nacionales deben cumplir la Constitución y de la misma carta política que establece el deber de los particulares y del Estado de cumplir con los deberes sociales y de la concertación al establecerlo como principio mínimo fundamental del trabajo, en el sentido de que es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.

En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia **C 299 de 1998**, que se refirió al debido proceso y el derecho de defensa, en una de las justas causas de terminación del contrato de trabajo y extendiendo ese mismo derecho en la sentencia **T 546 de 2000** a las demás causales de terminación del contrato de trabajo, y aunque aparentemente se haya interpretado consecuencialmente de otra manera, en la sentencia **SL 2351 de 2020**, de la Sala laboral de la Corte suprema de justicia, en el fondo se trae a cuento en ella la esencia de dicha protección.

Si bien, la norma laboral no consagra como tal la citación a descargos, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la sentencia C-299 de 1998, se reconoció la posibilidad al trabajador para ejercer su derecho de defensa frente al empleador, con anterioridad a la ejecución de la decisión de terminar o no el contrato de trabajo; en este sentido, el empleador tiene la obligación de darle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, más aún cuando lo pretendido es dar por terminada la relación laboral, nótese que dentro de la legislación laboral existe un procedimiento para las sanciones disciplinarias contenido en el artículo 115 del CST, el cual obliga al empleador a darle la oportunidad a los trabajadores de ser oídos sobre las causas imputadas y en caso de no

hacerlo la sanción impuesta no genera efecto alguno, entonces si es así para una sanción disciplinaria, por qué no permitirle al trabajador bajo dichos postulados ser escuchado previamente a su despido, cuando la consecuencia es aún más gravosa, por tales consideraciones se vulneran los derechos constitucionales del trabajador cuando previamente al despido no se le permite ejercer su derecho de defensa.

Criterio que se encuentra unificado por la Corte Constitucional en sentencia SU 449 de 2020, en la cual se indica:

“(...) Se debe garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada”.

*“En todo caso, el derecho a ser oído opera como una garantía del derecho de defensa del trabajador y no como un escenario de agotamiento del debido proceso (...). Esto implica que, si bien el trabajador tiene el derecho a cuestionar y de exponer los motivos que permitan enervar la causal, y tal alternativa debe ser garantizada por los empleadores, **ello no significa que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin (salvo que las partes así lo acuerden), con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.**”*

Como bien se precisa en la sentencia en cita, se garantiza el debido proceso del trabajador cuando se le permite ser oído y poder dar una versión de los hechos, sin que ello signifique que tenga que establecerse un proceso reglado para tal fin con etapas de contradicción, pruebas y definición respecto de la validez de la causal alegada.

Al ser revisado el material probatorio, obra a folio 271 a 271 vto del expediente citación por apertura formal de proceso disciplinario- Citación a Diligencia de

descargos, notificado al actor para esa misma fecha, y en la que se extrae que la misma establece textualmente: *“(...) nos permitimos informarle que la Compañía ha hecho apertura formal de proceso disciplinario fundamentado en el conocimiento sobre posibles incumplimientos a sus obligaciones laborales, específicamente por los hechos conocidos por Gestión Humana mediante informe remitido el 30 de mayo de 2017 por el área de riesgo operacional, mediante el cual se pone de presente que Usted posiblemente diligenció unas afiliaciones que presentan diferencias entre el IBC reportado en la afiliación, el IBC certificado por el empleador del afiliado y el valor del IBC efectivamente recaudado, situación que contraviene el procedimiento de gestión de ventas (VEN-GCO-PRO-007), el cual es de público conocimiento para toda la fuerza comercial y se encuentra publicado en gestión de procesos y que presuntamente le generó un beneficio personal en la calificación en su libreta de notas. De manera que os permitimos poner de presente a continuación las afiliaciones que son materia de investigación en esta proceso disciplinario y que constituyen el resultado de su caso particular expresado en el informe de investigación remitido el día 30 de mayo de 2017 (...) En caso de que estos hechos fueran comprobados se podrían configurar faltas graves previstas en el Código Sustantivo de Trabajo, Reglamento Interno de Trabajo y su contrato de trabajo (...) En esta diligencia Usted podrá controvertir las pruebas que se tienen (PRUEBAS- Solicitudes de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias -4 personas naturales- y Certificaciones del empleador de los afiliados) y podrá aportar las que considere necesarias”.*

Conforme a lo anterior, es evidente que el empleador puso en conocimiento previamente al actor sobre los motivos por los cuales se procedía a adelantar un proceso disciplinario en su contra, consistente en que se encontraron diferencias con relación a unos IBC diligenciados por él en unos formularios de afiliación, con los certificados laborales de los afiliados y el IBC efectivamente recaudado y los cuales fueron allegados a la citación como pruebas, por lo cual se considera que fue razonable el tiempo que se le otorgó al actor para preparar su defensa conforme a la situación fáctica planteada.

Asimismo, obra a folios 272 a 275, copia del acta de descargos y proceso disciplinario llevado a cabo el día 8 de junio de 2017, en donde le pusieron en

conocimiento nuevamente los hechos expuestos en la citación a diligencia a descargos de igual forma las pruebas, en la que aceptó conocer el RIT, así como el procedimiento de gestión de ventas (VEN-GCO-PRO-007) y que el mismo era parte integral de su contrato de trabajo y que conforme a lo allí establecido debía garantizar que la información contenida en los formularios de vinculación en cualquier producto debía ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable, comprensible de igual forma aceptó haber recibido capacitaciones sobre el procedimiento de afiliaciones y describió el proceso de afiliación así: *“(...) el procesos inicia con el contrato inicial a través de mercado natural o a través de mercado en frío, dentro de las jornadas se realizan ofertas de servicio, tomas empresariales a través de las cuales generamos nuestra oferta de valor, dándoles a conocer valores agregados , rentabilidad y servicio. En las tomas empresariales diligenciamos la solicitud de vinculación y se solicita la información al cliente con respecto de su fecha de ingreso a la empresa, su salario y sus datos personales. Cuando no es toma, después de hacer contacto con el cliente se agenda una cita y se expresa la oferta de servicio (...) Después de la vinculación se hace seguimiento a nuestros clientes generando usuario y contraseña para que puedan ingresar al portal y generar la información de los traslados que corresponde a información de COLPENSIONES si es de lugar, validar semanas y validar si hay inconsistencias (...)”*. Aceptó adicionalmente, que en los formatos o formularios de vinculación a cualquier producto debía reportar el salario efectivamente devengado por el afiliado, pero aclaró que *“(...) partiendo del principio de la buena fe del afiliado en el momento que nos genera la información, existen casos que los afiliados cuentan con salarios variables, lo que hace que el valor pueda ser diferente al reportado (...)”*

Por otro lado y con relación a las pruebas aportadas de los formularios de vinculación de la empresa Emtelco S.A. que presentaban inconsistencias, indicó que este correspondió a una toma y que los afiliados eran operadores de contact center, que el tiempo era reducido y que el tiempo de la asesoría es muy corto y que el cliente suministra la información de manera rápida y fincó su defensa manifestando que las inconsistencias que se había generado era por exceso de confianza en los afiliados y la falta de tiempo, así como la

similitud en los cargos de los afiliados y que con los temas de recaudo poco seguimiento realizaba.

De manera que, no encuentra la Sala que se hubiere trasgredido el derecho de defensa y contradicción del actor en los términos esbozados por el recurrente, pues quedó en evidencia que contó con un proceso disciplinario acorde conforme a la jurisprudencia traída a colación, en el que se le puso en conocimiento los hechos, las pruebas y en donde de manera clara expuso la situación generada en cada uno de las afiliaciones donde la empresa había encontrado las inconsistencias con relación a los IBC por él relacionados, independientemente que tanto la citación, diligencia y finalización del vínculo contractual laboral, se hayan presentado para el mismo día.

Terminación del contrato sin justa causa

En la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa emitida por COLFONDOS S.A., se lee que la decisión se tomó invocando los numerales 2° y 6 ° contenidos en el CST, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 *ibidem*, el Reglamento Interno de Trabajo y el punto 5 del Proceso de Gestión de Ventas VEN-GCO-PRO007 y con fundamento en los hechos graves, que fueron puesto en conocimiento el 30 de mayo de 2017 mediante informe de Investigación de área de Riesgo Ocupacional, en el que se evidenció incumplimiento en la obligaciones laborales al momento de diligenciar unas afiliaciones y las diferencias que se presentan entre el IBC reportado en la afiliación, el IBC certificado por el empleador y el valor del IBC efectivamente recaudado lo que el generó una mejora en la libreta de notas y su posición de Ranking para la convención anual de ventas, por lo que trajo a colación los formularios objeto de citación a diligencia a descargos, y en la que aceptó conocer el RIT, el procedimiento de gestión de ventas de obligatorio cumplimiento, capacitaciones de afiliación, por lo que concluyó la demandada conocer ampliamente las funciones propias de su cargo y que su actuación fuera de lo instituido en los documentos mencionados, denotaban negligencia, irresponsabilidad y descuido.

De igual forma, trajo a colación en el referido documento, que el actor había aceptado su participación comercial con la empresa Emtelco S.A. y los 4 formularios en los que se presentaron inconsistencias y el IBC que había relacionado, soportando su excusa en un exceso de confianza depositada en los afiliados, junto con la similitud de cargos en la DIAN asumiendo que el salario era igual para todos ellos, junto con la excusa de falta de tiempo en la asesoría comercial, por lo que acotó la compañía, rechazar las argumentaciones dadas por el actor, toda vez que este, tenía conocimiento de la información veraz que debía consignarse en los formatos de vinculación y que debía corresponder a la realidad que debía estar contenida en los formatos de vinculación y que denotaba incumplimiento en el RIT así como lo establecido en el procedimiento de ventas de gestión de ventas.

Por otra lado también se indicó en la referida misiva, que el demandante había aceptado haber recibido el pago de comisión de los 4 formularios que presentaron inconsistencias y que fueron incluidas en el reporte de metas, pero que no había aceptado el hecho de haberlo realizado con la intención de mejorar la libreta de notas y la posición de ranking para la comisión anual de ventas y que su error había obedecido a un exceso de confianza de la información suministrada por el afiliado, no obstante, la sociedad demandada concluyó que con su respuesta dejaba entrever que si había obtenido un beneficio del cual no tenía derecho, acotando adicionalmente, que con su actuar había ocasionado un daño a la buena imagen de la compañía al poder validar directamente la información con los empleadores de los trabajadores afiliados, así como el perjuicio económico y el perjuicio operacional, independientemente que no lo hubiese reconocido en la diligencia de descargos esas situaciones.

En este punto es importante precisar que la demandada desde el informe de investigación hizo énfasis que cuando se relacionan los IBC en los formularios de vinculación, si bien no se obtienen el pago de las comisiones ya que estos se dan conforme al IBC recaudado, los asesores comerciales si obtienen unos beneficios y en el caso particular el actor, relacionados con la calificación en su blog o libreta de notas, así como la posición de ranking en la comisión anual de ventas. Indicando, la **testigo Mónica Pineda** en relación a las

mencionadas prebendas, que al haber sido compañera de trabajo del actor en la que desempeñó sus funciones como asesora también en la empresa demandada, el blog o libreta de notas servía para las ventas y se registraba la marca también y en el que también aparecían las comisiones y se daba un punto y un porcentaje por cada libreta.

Por su parte, la **testigo Edith Liliana Calderón** quien se encuentra vinculada a la compañía desde hace 8 años y estuvo en el área de afiliaciones, manifestó que hasta donde sabía, el IBC relacionado en el formulario de afiliación se utilizaba para medir la libreta de notas y que correspondían a los indicadores para cada cargo comercial y que impactaba en el ranking de la comisión por ventas y para el director comercial la suma de los IBC relacionados en los formularios aplicaba un comisión para el director comercial, por lo que acotó que para esto no se tenía en cuenta la recaudado sino lo consignado en el formulario de afiliación y que desconocía si el actor hubiese asistido a más de una convención de lo contenido en su libreta de notas, así como para el ranking de la convención y que esta última dependía del desempeño y en las que se les podía dar premios “por ejemplo fuera de Colombia con todo el grupo comercial”, tienen indicadores como el “IBC papel”, número de ventas, etc y registran en el sistema el contenido del formulario de afiliación.

Por otro lado, el deponente **Sergio Duque**, indicó que los IBC que se consignaban en los formularios de vinculación, abordaban dos frentes en particular, uno de ellos, la libreta de notas que eran unos indicadores y del que se tomaba una puntuación y que con esa puntuación se competía para la convención de ventas y que este último era un premio se le otorgaba a quien tenía un mayor puntaje y adicionalmente a “nivel del jefe de los asesores” si les contaba el valor que pusieran en las afiliaciones en su remuneración, por lo que acotó que ajustar el valor de afiliación generaba primero que se prestara para generar unas dadas para ir a una convención y adicionalmente para privilegiar al director comercial para que gane más dinero.

Por su parte el **actor en interrogatorio de parte**, no aceptó que el salario relacionado en los formularios se tuviera en cuenta para obtener los beneficios

sobre libreta de notas en donde se colocaban los cumplimientos que tenían mes a mes, y que el beneficio era diferencial dependiendo del salario y que todo se corroboraba mediante el recaudo.

Ahora bien, tampoco puede pasarse por alto, que la alteración que evidenció la compañía demandada en los formularios de afiliación, se dio con ocasión a una auditoría o informe de investigación de fecha 25 de mayo de 2017 (fls. 316 a 334) denominado VALIDACIÓN IBC AFILIACIÓN VS. IBC RECAUDADO pues así se plasmó tanto en la citación de diligencia a descargos y fue la base con la que se dio apertura al proceso disciplinario del actor, en la que se consignó como **hechos** lo siguiente: “(...) *a partir de recomendación por auditoría interna, desde enero de 2017 se está efectuando monitoreo mensual a los casos en donde se presenta inflación en salarios en los formatos de pensión obligatoria. Para esto, el área de Comisiones genera alertas de inconsistencia en el IBC de la afiliación vs. IBC de recaudo, teniendo como parámetros variaciones de IBC en más de un 50% y variaciones en más de 5 ventas por asesor. El reporte se genera una vez se realiza el pago completo de la comisión (1 mes que se demora en hacerse efectiva la afiliación, más tres meses en que se fracciona la totalidad del pago) de manera que el proceso toma como mínimo 4 meses. Estas alertas son enviadas al área de riesgo operacional para validar las inconsistencias (...) Como resultado de lo anteriormente descrito, se procedió a investigar (...) un total a la fecha de 19 asesores, objeto de este informe de investigación (...).*

En el **detalle de la investigación** del referido documento, se consignó: “(...) *Riesgo Operacional procedió a validar la información de las afiliaciones de los 19 asesores reportados con los empleadores correspondientes, a través de correos electrónicos en su mayoría evidenciando lo siguiente: (...) 12. Leonardo Alborno: Hallazgos: Después de validar 60 afiliaciones, se confirmaron 11 inconsistencias, das por el IBC relacionado en la Afiliación frente al IBC confirmado por el empleador (...) Consecuencias: Colfondos se ve afectada reputacionalmente frete a los empleadores, debido a las malas prácticas realizadas por el asesor comercial. El cliente no se ve afectado económicamente por las inconsistencias efectuadas. Beneficios del asesor: El asesor recibe pago de comisión en función del recaudo recibido. Aunque el asesor no se*

*beneficia económicamente en función del IBC de la afiliación, si se beneficia al mejorar su calificación en la libreta de notas y su posición de ranking para la Convención Anual de Ventas. El director comercial sí se beneficia económicamente en función del IBC de las afiliaciones relacionadas por su grupo comercial. **Pruebas:** (...) se anexan las afiliaciones y los correos remitidos por los empleadores (...) “ y el **concepto de la investigación:** “(...) que 17 de los 19 asesores investigados, presentan inconsistencias en su producción de ventas en Pensión Obligatoria, en cuanto a los IBC (...) relacionados en las afiliaciones radicadas (...)” (negrilla y subraya fuera de texto).*

Finalmente y con relación a los hechos que fueron expuestos en la citación a descargos y la apertura del proceso disciplinario y conforme a lo expuesto en el proceso disciplinario con relación a los IBC relacionados en los formularios de afiliación, en **interrogatorio de parte** el actor reconoció haber diligenciado los formularios de afiliación conforme a la información que le suministraba el cliente, **indicando que no debía corroborar esa información ni pedir** documentos adicionales y que no tenía que hacer ningún control **ya que las comisiones se generan con base en lo recaudado**, por lo que diligenciaba los formularios de afiliación partiendo de un principio de buena fe ya que la información era suministrada por el cliente junto con la fecha de ingreso y salario, que también pensó que el salario era igual para todos ya que estaban dentro del mismo sector donde estaban realizando vinculaciones y que si bien había manifestado en la diligencia de descargos que la información que debía contener el formulario tenía que ser clara y veraz lo hizo porque jamás había estado en una confrontación de ese tipo y que el afiliado era el que conocía su salario y el fondo donde se encuentra. De igual forma aceptó conocer el procedimiento de gestión de ventas y que la razón de ser de la casilla de salario contenidas en los formularios de afiliación obedecía para verificar el cumplimiento de lo realizado en el mes y que de ahí se gravaba el salario y que incluso había ocasiones en que se relacionaba menos salario y rubros que se sumaban y no eran constitutivos de salario.

Por su parte, la **testigo Mónica Pineda**, indicó que ella había trabajado hasta el día en que había laborado el actor, que fueron compañeros 5 o 6 años y que fue llamada por la misma fecha a diligencia de descargos y por la misma

inconsistencia en los formularios de afiliación, que la información la suministraba el cliente y con relación a la pregunta de **si debía o no corroborar la información, indicó** que después de que el cliente les suministraba información **pasaban a gestión humana para que les dieran la aprobación y les verificaran en que fondo venían, confirmar si eran trabajadores o registraban como independiente, fecha de ingreso y SALARIO y les firmaban la afiliación,** pero que la única forma de después corroborar la información contenida en la casilla de salario, era en el momento en que la empresa hacía el pago y que el demandante se ganaba todos los premios dentro de la compañía y con relación a lo contenido en el procedimiento de gestión de ventas y sobre la información veraz que debía contener los formularios de afiliación, manifestó que eso variaba dependiendo del mercado y que se daban cuenta cuando una persona aportaba por menos salario del que se consignaban en los formularios por el recaudo pero que esa situación no se avisaba y tampoco importaba.

Asimismo, la deponente **Edith Liliana Calderón Forero**, quien tiene un vínculo con la demandada de 8 años y trabajó en el área de **afiliaciones**, afirmó que sabe que el demandante era asesor comercial y que en algunas oportunidades había recibido sus llamadas al tener dudas sobre pagos y que sabía que la desvinculación se había dado ante la modificación de IBC en el formulario de afiliación y que la comisión se le otorgaba del IBC recaudado y que sabía que existía un procedimiento de ventas para los formularios de afiliación y que la información contenida debía ser veraz y que sabía adicionalmente que se había realizado una investigación conforme a los IBC reportados en el papel y de los que se recaudaba encontrando inconsistencia en 11 afiliaciones y en los que creían que se presentaba un fraude y que se imaginaba que el demandante había asistido a más de una convención de ventas por su blog o libreta de notas.

Por otro lado, la **testigo Adriana León**, en su calidad de directora de desarrollo y gestión humana, indicó que aunque no había conocido personalmente al actor, sabía que pertenecía al departamento comercial y que la vinculación al proceso disciplinario se había dado con ocasión a las inconsistencias de 19 trabajadores y que se evidenció el incumplimiento de las políticas comerciales

así como el incumplimiento de lo pactado contractualmente al haber realizado afiliaciones sin información veraz y comprobable incumpliendo con los procedimientos internos y en el que si bien el cliente suministraba la información el asesor debía velar por verificar la información allí contenida, por lo que se tomó la decisión de terminar el contrato con justa causa al encontrar una falta grave y que las consecuencias de consignar en los formularios de afiliación valores superiores a los recaudados, correspondía a la imagen que reflejaba la compañía con los clientes externos o personas que no pertenecen a la empresa y las otras que son las del cliente de la compañía al ver que gana un salario y al reportado en la afiliación junto con las incongruencias que allí se presentan.

Asimismo, el **deponente Sergio Duque**, quien indicó ser el gerente de datos de COLFONDOS y haber estado en la diligencia de descargos, dentro de las funciones del demandante se encontraba la de verificar lo contenido en los formularios de afiliación que fuera veraz y real y que esa información la suministra el afiliado, pues se trata de negocio de asesoría a los clientes y que de esa asesoría dependía también para la toma de la decisión adecuada por parte del cliente y que adicionalmente son vigilados por la Superintendencia Financiera y que la investigación la realiza la compañía en ciertas afiliaciones y que de igual forma se hacen auditorias aleatorias y rememoró que el demandante en la diligencia de descargos había asumido que lo devengado por un afiliado era igual para todos, en el que se le pusieron de presente la documentación así como los cargos endilgados.

Analizado en conjunto el material probatorio, debe decirse que la parte demandada logró acreditar que en efecto se dio una justa causa para dar por terminado el contrato laboral del demandante, pues quedó comprobado que incurrió en la causal prevista en el numeral 2° y 6° del artículo 62 del CST, la cual consiste en “2. *Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o **grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores**, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo*” y “6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave*

*calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”, obligaciones art. 58-Num. 1 CST “1. Realizar personalmente la labor, en los **términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones** que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido. Y “5.Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios (...)” y y punto No. 5 del Procedimiento de Gestión de Ventas “ 5. FORMULARIO DE AFILIACIÓN Y DEMÁS DOCUMENTACIÓN.- El asesor comercial debe garantizar que la información contenida en los formatos de vinculación a cualquier producto, es veraz completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible” (fls. 380 a 381), obligaciones que también se consignaron en la misiva de terminación y que se dio ante su acto de insubordinación para el día 14 de junio de 2016, cuando asistió a una jornada de vinculación en la empresa Emtelco SAS elaborando o diligenciando los formularios de afiliación a COLFONDOS S.A. de los señores Erika Aguilar, Christie Martínez, Nancy Barrera, Juan Rivas, relacionando en los formularios de afiliación los IBC por \$3.413.091 para Erika Aguilar y para los restantes \$3. 068.364 cuando sus IBC estaban por debajo conforme a lo recaudado y certificado por su empleador, aduciendo como excusa que en acto de buena fe confió en la información que le suministraron los afiliados o supuso que se trataban de los mismos cargos, así como en su falta de tiempo para desarrollar la labor y sin constatar, estando obligado para ello, lo informado por sus clientes con relación a salario y demás situaciones que se consignaban en los formatos de vinculación con el departamento de recursos humanos sin así realizarlo, sin que esto constituyera en una carga imposible de soportar, tal y como lo precisó en sus argumentos de disenso, pues nótese como la **testigo** y también compañera del demandante -**Mónica Pineda**- cuando se le indago si debía o no corroborarse la información suministrada con por el cliente y se consignaba en el formulario, indicó que la información se validaba después con el área de gestión humana para la aprobación de la afiliación que estaban realizando y revisaban el fondo anterior, si eran dependientes o independientes, fecha de ingreso y **salario**, por lo que claramente omitió el actor realizar un paso adicional previo a radicar la afiliación por él realizada .*

En este punto es importante precisar que si bien no se probó dentro del plenario que haya existido una intención por parte del actor con relación a los IBC relacionados en los formularios de afiliación, esto es, con el ánimo de obtener beneficios en su calificación en la libreta de notas o puntuación en el ranking para la convención anual de ventas para el año 2016 o 2017, lo cierto es que si desatendió las obligaciones laborales a su cargo, bajo argumentos “de actos de buena fe propios y de terceros” situación que claramente le está vedado al Juez Laboral avalar dentro de las relaciones laborales que se encuentran regidas por el contrato de trabajo, reglamentos internos de trabajo, procedimientos y normas propias y del que reconoció el actor desde la diligencia de descargos tener pleno conocimiento y que causan perjuicios a la compañía, porque independientemente, que en el presente asunto no se haya obtenido un beneficio propio o en su defecto así no lo haya probado COLFONDOS, el IBC consignado en los formularios de afiliación si generaba un beneficio económico al cargo de director comercial o “jefe” de los asesores comerciales, situación que se consignó desde el INFORME DE INVESTIGACIÓN realizado el 25 de mayo de 2017 así como por los testigos Sergio Duque y Edith Calderón, por lo que claramente si debía velar que la información que diligenciaba en los formatos de afiliación o vinculación de sus clientes fuera veraz y comprobable constatando posteriormente la información suministrada, situación que en el presente asunto claramente no realizó.

Finalmente y con relación a requisito de **inmediatez** que cuestiona el actor dentro de sus argumentos de disenso, debe precisarse que la demandada tuvo conocimiento de las inconsistencias generadas por el actor en los formularios de afiliación conforme a los IBC que consignó en cada uno de los mencionados con ocasión a una auditoría interna que empezó a realizarse desde enero de 2017 y la fecha del informe se generó el 25 de mayo de 2017 y la terminación se dio el 8 de junio de la misma anualidad y la fecha de diligenciamiento de los formularios de afiliación se dio el 14 de junio de 2016

Previo abordar el estudio de fondo en el presente asunto, debe precisarse que, de vieja data, nuestro órgano máximo de cierre, ha sostenido que debe existir una inmediatez, temporaneidad o tempestividad en la decisión de terminación fundada en una conducta del trabajador, traducándose en evitar que con el

paso del tiempo desdibuje la gravedad alegada del hecho o la causalidad entre ella y la decisión del empleador. Así lo precisó la sentencia SL 28171 junio 2021- Rad. 79.475 en sentencia, que trajo a colación la sentencia SL 17 mayo 2011, Rad. 36014, en los siguientes términos:

“(...) la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador debe ser, además de explícita y concreta, tempestiva, pues aun cuando el legislador no ha establecido límites temporales máximos para que ante tal situación éste invoque en su favor la condición resolutoria del vínculo jurídico, no puede desatenderse que entre éstas y aquella no debería mediar término o, a lo sumo, el que resulte apenas razonable, y que de no proceder el empleador inmediatamente o dentro de un plazo razonable a provocar el despido del trabajador se impone entender, en sana lógica, que absolvió, perdonó, condonó o dispensó la presunta falta.

Además, como es el empleador quien debe exponer las razones por las cuales no provocó inmediatamente a la falta del trabajador el despido, y éstas(...) es el quien debe acreditarlas en el respectivo proceso, de modo que, de no hacerlo, emerge indubitable que no fue esa la verdadera motivación de su proceder, tornándose injusto el despido y haciéndose en consecuencia acreedor a la condigna condena contemplada para esos efectos por el legislador, en nuestro caso el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Puede afirmarse entonces que, la justicia del despido no es dable predicarla sino en tanto aparezca debidamente probada la conducta disonante del trabajador con sus deberes de tal encausada en el marco legal correspondiente invocado por el empleador; y en cuanto éste haya ejercido con inmediatez su prerrogativa de provocar la terminación del vínculo, o en caso de no ser así que resulte razonable, apareciendo también debidamente acreditado en el proceso, que debió cumplir diligencias, actuaciones o tomar medidas apropiadas para tal efecto. De no ocurrir lo primero, la ilegalidad de la decisión del empleador no amerita mayor comentario; y de no aparecer establecido lo segundo, muy a pesar de la gravedad de la falta imputada al trabajador, el despido deviene igualmente ilegal.

En similares términos recordó la Corte en sentencia de 16 de julio de 2007 (Radicación 28682), lo siguiente:

"Asimismo, se impone traer a colación la sentencia de 30 de julio de 1993, radicado 5889, citada por el demandante en el recurso de apelación, en la cual la Corte razonó así:

"(...) En efecto, es de esperar que un empleador prudente se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos constitutivos de la violación del contrato, y asimismo sobre otras circunstancias que puedan tener influencia en la grave decisión que habrá de privar del empleo al trabajador, sin olvidar que, además, el empresario puede estar obligado por convención o reglamento a cumplir ciertos trámites previos al despido, o que desee simplemente acatar las pautas que sobre la materia señala la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

"Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores"(subrayado fuera de texto)."

Por lo anterior y conforme al acervo probatorio que milita en el expediente, se encuentra debidamente probado en el caso de marras, que la demandada solo tuvo conocimiento de las inconsistencias generadas por el actor en los formularios de afiliación que diligenció en junio de 2016 solo con ocasión a la

auditoría interna que realizó COLFONDOS desde enero de 2017 generando el informe de los hallazgos evidenciados el 25 de mayo de 2017 y dándose la terminación del contrato de trabajo el 8 de junio de 2017, por lo que contrario a lo afirmado por el actor, en el presente asunto si se encuentra demostrado el hilo conductor de las conductas endilgadas y no encuentra la Sala vulneración alguna con relación al tiempo que tomó la entidad entre enero a junio de 2017, con relación a las inconsistencia que se generaron en los formularios que fueron diligenciados de manera inconsistentes y sin realizar las verificaciones correspondientes en junio de 2016 y del que solo tuvo conocimiento por la auditoría realizada, por lo que claramente no se trata de una aseveración en los términos que recurre el demandante, pues todas las actuaciones se encuentran debidamente documentadas y tampoco fue cuestionado en los momentos procesales correspondientes la autenticidad del informe de investigación que milita a folios 316 a 334 del expediente.

En tales condiciones y sin que sean necesarias realizar consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión impartida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre de 2019.

C O S T A S

Costas en esta instancia a cargo de LEONARDO ALBORNOZ RODRÍGUEZ de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

D E C I S I Ó N

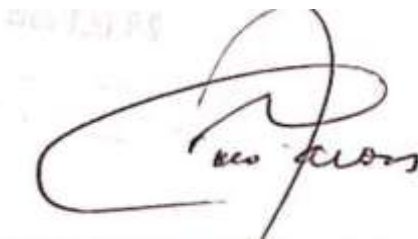
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U E L V E:

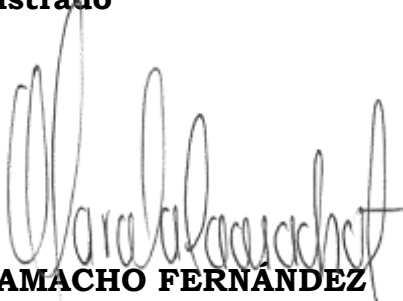
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

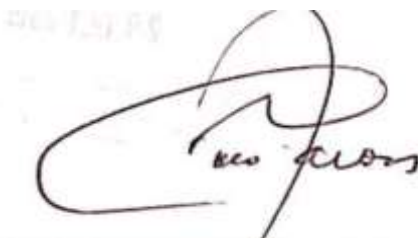


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclara voto)



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de LEONARDO ALBORNOZ RODRÍGUEZ, en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – DARÍO DE JESÚS CLAVIJO FRANCO - contra – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **DARÍO DE JESÚS CLAVIJO FRANCO**, se **declare** la nulidad de traslado efectuado el 9 de febrero de 2000 con PORVENIR S.A., toda vez que no se le brindó la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los sistemas pensionales y en especial su situación personal y concreta, **solicitó** se retrotrajeran las cosas a su estado anterior y se **ordene** a COLPENSIONES a tenerla entre sus afiliados en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático, se **condene** en costas y agencias en derecho a la demanda y se **condene** en uso de las facultades ultra y extrapetita (fls. 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 6), señaló en síntesis, que se trasladó el 29 de febrero de 2000 como se observa en formulario No. 01326951, indicó que no se le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban

en el RPMPD como en el RAIS, señaló que nació el 08 de octubre de 1956 y cumpliría 62 años el 08 de octubre de 2018, manifestó que PORVENIR S.A., tiene la carga de demostrar que cumplió con el deber de información, indicó que la AFP PORVENIR le realizó una simulación pensional en la que su mesada pensional equivaldría a \$1.634.400, indicó que realizó una simulación con el RPMPD la cual arrojó una suma de \$3.403.868, señalando entonces que una vez comparados los dos regímenes, la mesada pensional en el RPMPD es ostensiblemente superior en COLPENSIONES, indicó las semanas cotizadas en el RPMPD y finalmente señaló haber solicitado la nulidad del traslado, la cual fue despachada de forma negativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 45 a 56), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 3, 10 y 11, señaló no ser cierto el numeral 4 y no constarle los demás numerales, propuso como excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 76 a 81 vto.), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó el numeral 1, no ser ciertos los numerales del 2, 4 y 7 y no constarle los hechos 5,6 y 7, y con relación a los hechos del 8 al 11 no se pronunció, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominadas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de diciembre de 2019 (CD – fl. 106 a 108) **declaró** la ineficacia de traslado del demandante del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A., **condenó** a PORVENIR S.A., a devolver a

COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, **ordenó** a COLPENSIONES afiliarse nuevamente al actor al RPMPD y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A., **declaró** no probada las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción formuladas por COLPENSIONES y las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas buena fe y prescripción formuladas por PORVENIR S.A. y **condenó** a PORVENIR S.A., al pago de las costas del proceso la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho y no se condenó en costas a COLPENSIONES como quiera que fue PORVENIR quien no otorgó la debida asesoría a la demandante.

Como **fundamentó de su decisión**, el *aquo* trajo a colación la jurisprudencia que ha girado en torno al tema, asimismo indicó que el demandante había laborado para el Instituto Departamental de Deportes de Antioquia hasta 28 de junio de 1991, así como cotizaciones realizadas al ISS en el año 1996 en 8,14 semanas, que para el traslado el accionante firmó un formulario de afiliación y señaló que el accionante se encuentra afiliado a PORVENIR S.A., desde el 01 de abril de 2000 momento para el cual se hizo efectivo su traslado, manifestó que PORVENIR no cumplió con su deber de información al momento en el que se efectuó el traslado de régimen carga que correspondía a esa entidad y no el demandante, pues no obra en el plenario prueba que demuestre que se hayan expuestos las ventajas o desventajas del régimen, ya que la única prueba con la que pretendió demostrar el deber de información del accionante sería el formulario que tiene formas previamente establecidas para todos los casos, por lo cual consideró que no era viable determinar en qué términos se brindó la asesoría en el particular, concluyó que PORVENIR S.A., incumplió de manera evidente su deber de suministrar información clara y completa, omisión que influyó en el cambio de régimen pensional, por lo tanto se vulneró el principio mínimo de transparencia. Señaló que en el término en el que accionante trabajó para el Instituto Departamental de Deportes de Antioquia esto es de 28 de abril de 1981 a 28 de junio de 1991 cotizó a CAJANAL, asimismo, señaló que posteriormente, el accionante fue afiliado al ISS y

cotizó por 8,14 semanas, afiliación que estuvo vigente hasta el momento que se trasladó a PORVENIR S.A., y finalmente señaló que en el formulario se observó un error porque la administradora de origen no era de CAJANAL sino del ISS a PORVENIR S.A, por lo que procedió a declarar no probada la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por COLPENSIONES, así como la de prescripción.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que en el formulario que suscribió el demandante esta explico su deseo por trasladarse y se obligó a ese contrato y se allanó a este de manera libre, voluntaria y sin presiones al cumplimiento del contrato, por lo cual se cumplió con los presupuestos que para la época se exigían y solicitó se revocara la decisión.

Por su parte PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señaló que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición, adicionalmente no fue una persona desinformada pues al momento de la afiliación se le informaron varios aspectos del RAIS, pues tal como lo manifestó en el interrogatorio de parte que conocía las ventajas como que se podía pensionar anticipadamente y de igual manera con la firma del formulario se obligó con el contrato e indicó que no había vicios del consentimiento y en el que de forma expresa indicó que había sido asesorado, por lo que no existe nulidad en el traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado en los términos precisados por el recurrente PORVENIR S.A., exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo; situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar

la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, en los términos que precisó el recurrente PORVENIR S.A..

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor DARÍO DE JESÚS CLAVIJO FRANCO, el 29 de febrero de 2000, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. (fl.10 y 83), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de abril de 2000 (fl. 82), encontrándose afiliado en la actualidad en esta última entidad, efectuando cotizaciones en éste régimen desde marzo de 2000 a la fecha (fls. 90 a 96 vto). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1996 hasta el 29 de febrero de 1996, de igual forma se allegó el Certificado de Periodos de Vinculación Laboral para Bonos Pensionales y Pensiones –Formato 1 -que milita a folio 13 del expediente registra cotizaciones a través de su empleador Instituto Departamental de Deportes de Antioquía “INDEPORTES ANTIOQUIA” entre el 28 de abril de 1981 al del 28 de junio de 1996 con aportes efectuados a CAJANAL.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación PORVENIR S.A. obrante a folio 83 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprocha la demandada COLPENSIONES en sus

argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante bajo las circunstancias alegada por la recurrente (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora, si bien el demandante permaneció más de 18 años en el RAIS, no resulta acertado dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para

explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado o del tiempo de permanencia en el mismo; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-

2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. . Por lo que sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

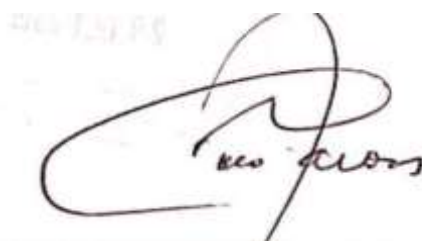
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus

frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 10 de diciembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', with a large, stylized flourish above it.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho', with a large, stylized flourish above it.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

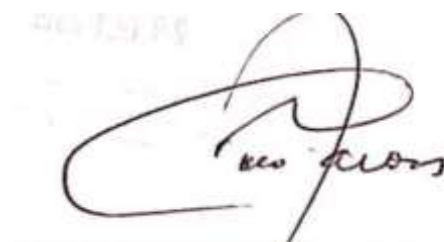
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino', with a large, stylized flourish above it.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, rectangular red stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA SÁNCHEZ ALVAREZ
contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
- PORVENIR SA-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
- COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **LUZ MARINA SÁNCHEZ ÁLVAREZ**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RPM al RAIS, se **declare** que siempre ha permanecido afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES, se ordene el traslado de los aportes realizados en el RAIS al RPM y se **condene** en costas y agencias en derecho a la demandada y se **condene** en uso de las facultades ultra y extra petita (fl.40.).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 40 a 41 vto), señaló, en síntesis, que nació el 5 de agosto de 1960, que ha trabajado tiempos públicos y privados previo al traslado realizado con PORVENIR que ascienden a 468.72 semanas y que el 11 de junio de 1996 se vinculó al RAIS a través de PORVENIR, sin que correspondiera a una información informada, autónoma, y consciente, así como tampoco se le informó el

impacto en su mesada pensional y que a la fecha tienen un total de 1.561 semanas, agregó que conforme a simulación realizada es mayor el ingreso de la mesada pensional en el RPM que en el RAIS.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 54 a 57), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1 y 6 a 7 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 66 a 92), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos indicó no constarles los numerales 1, 3 a 4, 20 a 22 y no ser ciertos los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de junio de 2020 (CD – fl. 99), **declaró** la ineficacia de la afiliación de la demandante realizada por la demandada PORVENIR S.A. suscrita el 11 de junio de 1996, declarando que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y que siempre permaneció en el RPM, **ordenó** a la demandada PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno en un término de 30 días siguientes a la ejecutoria, **ordenó** a COLPENSIONES recibir de PORVENIR todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, rendimientos que hubieren causado y actualizar la historia laboral y **no condenó** en costas.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* en relación al deber información con el que debe cumplir las administradoras como lo ha sostenido la CSJSL, trayendo a colación adicionalmente lo estipulado en el ley 100 de 1993 frente a los dos regímenes existentes, acotando que estaba en cabeza del gobierno nacional haber impartido una pedagogía dando los diferentes escenarios entre un régimen y otro, indicando que en este tipo de asuntos había fallado tanto el estado, como el legislador, así como el ISS y también los administradoras en no informar las ventajas y desventajas a los afiliados en el sistema, cuando se podía pensionar antes, las modalidades del régimen pensional, y que tienen a la jurisdicción ordinaria laboral ahora resolviendo todos estos asuntos y en relación a la inversión a la carga de la prueba que tenía que haber demostrado PORVENIR que se cumplió lo referente a este tema sin que así lo haya realizado, sin que se haya demostrado que le mostró las características bajo la situación propia de cada afiliado pues cada caso es particular y no siempre a los afiliados les conviene más pertenecer al RPM como es el caso de los que devengan un SMMLV, por lo que aplicando el precedente jurisprudencial, declaró la ineficacia de la afiliación y no condenó en costas.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, en relación a la absolución de la condena en costas, ya que llevó a la demandante a presentar la demanda y adicionalmente en la que se opuso a las pretensiones y en el que se basó solo en las reglas del civil y no en las materias propias de seguridad social.

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, indicando que se había cumplido con el deber de informar verbalmente y que así se acreditaba con el formulario de afiliación y que este era un documento público y avalado por la Ley y que no había sido tachado de falso, por lo que no era dable que ahora por el monto de la mesada pensional solicitara la ineficacia de traslado. Finalmente, y en lo referente a los gastos de administración indicó que lo único que debía retornarse son las cotizaciones y los rendimientos ya que de devolverse algo adicional se constituye un enriquecimiento sin causa para la entidad.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de PORVENIR S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ MARINA SÁNCHEZ ÁLVAREZ el 11 de junio de 1996 (fls. 25), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A.), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl.12 a 20), efectuando cotizaciones en éste régimen desde julio de 1996 a

la fecha (fls.12 a 20). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 30 de abril de 1986 al 30 de junio de 1996 (fls. 24 a 25).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 25 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de haber estado afiliada por 20 años en esa administradora y no haya manifestado su inconformismo con anterioridad, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS

dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Ahora bien, recurre PORVENIR S.A. lo correspondiente a los gastos de administración, que ordenó el *a quo* no fueran deducidos al momento de remitir la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, no obstante ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y está a cargo del ente de seguridad social, pues así lo precisó nuestro máximo órgano de cierres en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, que los mencionados debían ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado

también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Por lo que precisado lo anterior, se modificará la sentencia apelada en tanto el *juez de instancia* en relación a PORVENIR, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros enunciados en precedencia.

Finalmente y frente a la NO imposición de condena en costas a la demandada PORVENIR y que recurrió la actora, para la Sala es importante precisar que en consonancia con lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, PORVENIR fue vencida en juicio, al haber sido condenada a remitir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y sin deducción alguna, en el que hay que precisar que esta demandada tuvo participación en el acto de traslado inicial de un régimen a otro realizado por la demandante y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que bajo ese entendido, se encuentra acreditado que en efecto se debe condenar por este tópico y que llevan a revocar parcialmente el numeral cuarto, para en su lugar CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A..

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁN EL ORDINAL SEGUNDO y se REVOCARÁ PARCIALMENTE EL NUMERAL CUARTO** en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

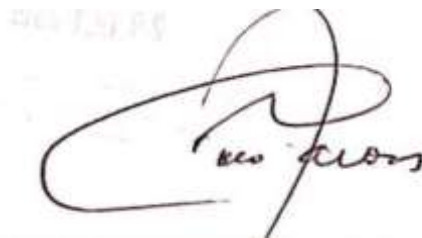
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR a PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo aquí considerado.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL CUARTO, para en su lugar condenar en costas a la demandada PORVENIR S.A. en primera instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada del 24 de junio de 2020.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

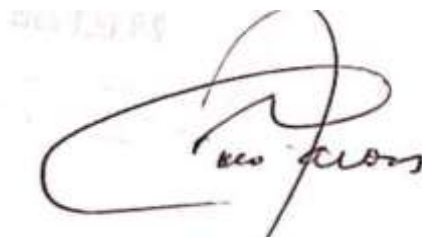


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo PORVENIR S.A., la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –GUSTAVO HERNÁNDEZ LÓPEZ-CONTRA -
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **GUSTAVO HERNÁNDEZ LÓPEZ**, se **declare** que estuvo vinculado con COLPENSIONES como cotizante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte cotizando un total de 1.064 semanas, que debe reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 19 de agosto de 2015 momento en el que realizó la solicitud, junto con las primas legales y los intereses por mora y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 14).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 13 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que el 19 de agosto de 2015, presentó solicitud pensión de vejez y mediante Resolución GNR 405275 de fecha 12 de diciembre de 2015 le negó la prestación, por lo que procedió a interponer los recursos de ley, los cuales confirmaron la negativa del reconocimiento pensional, aun cuando cumple con los requisitos de edad y semanas de cotización para hacerse acreedor de ese beneficio.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 5 y no ser cierto el hecho 6. **Indicó en**

síntesis, no cumple con el requisito de la edad y que precisados los tiempos de servicios al 1 de abril de 1994 contaba con 567 semanas. **Propuso como excepciones de fondo** Inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe e innominada o genérica. (fls.21 a 25).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de febrero de 2020, **declaró probada** la excepción denominada cobro de lo no debido e inexistencia del derecho propuestos por COLPENSIONES, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas al demandante.

Como argumento de su decisión, indicó que se encontraba plenamente demostrado la fecha de nacimiento del actor así como el acto administrativo que negó el reconocimiento pensional, en el que tiene como fundamento que el actor no cumplió la edad pensional antes de que finalizara el año 2014, ni contar con las semanas conforme lo norma la ley 100 de 1993, en el que acotó no haber cumplido los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 33 de la Ley 797 de 2003, por lo que acto seguido, procedió a verificar si era o no beneficiario del régimen de transición, indicando que al 1 de abril de 1994 solo contaba con 38 años y que solo acreditó 621 semanas, por lo que no cumplió con los 15 años de servicios y aunque si bien al 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas lo cierto es que cumplió la edad hasta el 4 de mayo de 2015.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

C O N S I D E R A C I O N E S

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala determinar, si el demandante cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición, o en caso contrario, determinar, si el actor cumple con los requisitos para acceder al derecho pensional de

acuerdo a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, si tiene derecho al pago de intereses moratorios y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Régimen de transición

Al respecto, se tiene que a folio 31-CD obra copia de la cedula de ciudadanía del actor en donde se puede evidenciar que nació el 4 de mayo de 1955, acreditando al 1° de abril de 1994, 38 años de edad cumplidos, empero se observa del reporte de semanas cotizadas (CD-fl. 31) que para el 1° de abril de 1994, contaba con **633,99 semanas** de cotización lo cual equivale a menos de **15 años de servicios cotizados**, lo cual no da lugar a ser beneficiario del régimen de transición.

Pensión de vejez

Establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de los hombres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, por lo que a la fecha cuenta con 66 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados.

En cuanto al tiempo, se tiene que la totalidad de semanas cotizadas arroja asciende a **1,103,7** incluyendo las semanas de los tiempos laborados por el actor en el en el Ministerio de Defensa Nacional y Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, lo cual no lo hace acreedor a la pensión en los términos que lo consideró el Juez de Instancia.

Por lo anteriormente expuesto y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

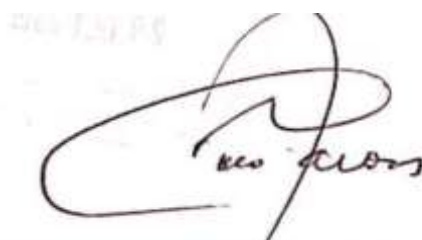
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2020, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – VICTOR JULIO QUINCOS QUINCOS - contra –JOSÉ NAZARIO POVEDA PÁEZ-.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **VICTOR JULIO QUINCOS QUINCOS**, se **declare** que con el demandado existió un contrato de trabajo verbal desde el 10 de enero de 2010 hasta el 7 de agosto de 2018. Como consecuencia, se **condene** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3), señaló en síntesis, que fue contratado por el demandado el 10 de enero de 2010 mediante contrato de trabajo verbal, para ejercer el cargo de ayudante de bodega, que el salario devengado era \$55.000 diarios, que el horario era de domingo a domingo de 8pm a 7am, pero no le cancelaba prestaciones sociales, ni seguridad social en salud, pensión y ARL, adicionalmente que no le cancelaron sus cesantías en un fondo y que laboró hasta el día 7 de agosto de 2018 momento en el cual fue despedido sin justa causa sin que mediara

carta alguna, acotó que laboró de forma continua e ininterrumpida y que para el 12 de diciembre de 2018 elevó derecho de petición dirigido al demandado el cual solo fue contestado por orden judicial.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

JOSÉ NAZARIO POVEDA PÁEZ- contestó el introductorio (fls. 19 a 28), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó el contenido en el numeral 6 a 7, 10 y 14, no constarle el hecho 13 y no ser ciertos los restantes.

Argumentó su defensa, indicando que dentro del escrito de demanda no se aportaba indicio alguno que permitiera inferir la existencia de una relación laboral entre las partes, ya que el servicio prestado por el actor era ocasional y consistía en el descargue de camiones que llegaban con el producto de zanahoria para la venta y que la actividad se desarrollaba desde las 8pm hasta las 11pm o hasta cuando se agotara el producto a descargar y la mayoría de personas realizan esta labor de manera autónoma previo acuerdo con el comerciante quien requiere del producto pero necesita quien realice esa tarea, aunado al hecho que estas personas no prestan su servicio de manera exclusiva, por lo que no se daba una relación subordinada, por lo que acotó que la labor se desarrollaba dependiendo el número de vehículos que estuviesen para el descargue y existía plena autonomía en decidir si realizaba o no la labor y que de sustraerse de sus obligaciones no le generaba ninguna consecuencia, no se le exigía cumplimiento de horario laboral alguno, no se quedaba en la bodega después de realizar los descargues, por lo que en el presente asunto no operaba la presunción de la existencia de contrato realidad.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, inexistencia de la relación laboral, carencia de legitimidad en la causa para demandar y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de octubre de 2019 (CD – fl. 34), **declaró** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre VICTOR JULIO QUINCOS en calidad de trabajador y JOSÉ NAZARIO POVEDA PÁEZ en calidad de empleador, **condenó** a la demanda a pagar prestaciones sociales y vacaciones así como al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral entre el 10 de enero de 2010 al 07 de agosto de 2018 teniendo como IBC el SMMLV en cada anualidad; **condenó** en costas al demandado y **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

Fundamentó su decisión, trajo a colación los artículos 22, 23 y 24 del CST, así como lo precisado por la CSJ en el que al trabajador le corresponde probar la prestación del servicio, una vez acreditada en juicio la prestación del servicio es a quien se le imputa la calidad de empleador quien debe desvirtuar la presunción, por lo que conforme a las pruebas allegadas esto es el interrogatorio de parte del demandado, así como los testimonios, exceptuando lo manifestado por los señores Javier Guzmán y Luis Eduardo Gualdrón, que no generaban credibilidad a memorizar fechas e indicar que una persona ganara por el termino de 10 años lo mismo no los tuvo en cuenta para la decisión, no obstante acotó que contrario a lo manifestado por el testigo Omar Fuentes y Edwin Cruz así como lo confesado por el demandado en interrogatorio de parte, acreditaba la prestación del servicio a favor de la parte demandada y trajo a colación lo señalado por la CSJSL que no se requería prueba certera de los extremos para condenar, que era suficiente que se pudiera inferir de manera valida y aproximada la fecha de inicio y la de terminación de la relación laboral para que pudiera procederse a condenar y declarar la existencia de un contrato de trabajo, aunado a lo contestado en la demanda, en el interrogatorio de parte absuelto por el demandado y en los alegatos en el que aceptó la prestación del servicio suficiente para que se configurara la presunción del artículo 24, sin que la parte demandada haya probado un contrato de naturaleza jurídica distinta al de un contrato de trabajo, procediendo a declarar su existencia en el interregno solicitado por el actor.

Frente al salario, acotó el Juez no haberse probado que en efecto devengaba \$55.000 diarios durante todo el tiempo por lo que para efectos de determinar

las pretensiones condenatorias reclamadas, lo fijó en un SMMLV, procediendo a realizar el estudio de la excepción de prescripción y declarándola parcialmente probada en relación a los derechos que se causaron con anterioridad al 7 de agosto de 2015 a excepción de las cesantías y los aportes a pensión que condenó a su pago durante todo el término de la relación laboral, frente a las pretensiones restantes, condenó al pago de las prestaciones sociales y vacaciones.

En relación a la indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, indicó que conforme lo tiene establecido la CSJSL debía estudiarse si había buena fe y que frente al caso en particular, el demandado propuso la excepción de buena fe, por lo que resultaba claro que la parte demandada había actuado bajo convencimiento de que no había relación laboral alguna y esto se infiere del dicho de todos los testigos en donde ellos dicen ellos podían venir a su trabajo cuando querían, un día sí un día no, por lo que se probó la buena fe y absolvió a la demandada del pago de estas indemnizaciones.

De igual forma absolvió a la demandada de la indemnización por despido sin justa causa, al indicar que la carga de la prueba recaía sobre el demandante en demostrar que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo, sin que así se acreditara en el presente asunto.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, en relación a la absolución de la indemnización moratoria teniendo en cuenta que el demandado había obrado de mala fe, ya que había solicitado el reconocimiento de sus derechos a través del derecho de petición teniendo la oportunidad de asesorarse por un abogado sin que así lo haya realizado, aunado al hecho que no dio respuesta del al derecho de petición, aun cuando interpuso una acción de tutela tampoco dio respuesta, por lo que claramente no se encuentra probada la buena fe.

De igual forma, solicitó se accediera a la condena de indemnización por despido, ya que cuando se le preguntó al testigo Omar las razones por las cuales había sido finalizado el vínculo este indicó que no había regresado a laborar y que el demandado había contratado a otra persona, por lo que no le dieron la oportunidad de presentar descargos. Asimismo, solicitó se accediera al pago de los aportes a pensión que solicitó en la demanda.

La parte demandada interpuso recurso de apelación. - solicitando no se accediera a ninguna de las pretensiones contenidas en la demanda, ya que si bien se había reconocido la prestación del servicio del demandante a su favor, también se demostró que no se prestaba de manera subordinada, en el que todos los deponentes coincidieron que la actividad de descargue era una labor que se rige por la autonomía de quien la desarrolla, aunado al hecho que cuentan con la potestad de decidir cuándo van o no a trabajar, por lo que era claro que lo que existió fue una relación diferente a la de un contrato laboral y que corresponde a un servicio circunstancial, aunado al hecho que esa misma labor la prestaba el actor para varias personas.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si las partes estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada, en caso afirmativo, determinar lo correspondiente a los extremos laborales, o si, por el contrario, el demandado desvirtuó lo correspondiente a la subordinación.

Existencia de la relación laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su

existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, ya que como lo indicó el demandado en sus argumentos de disenso, la prestación de servicio del demandante a favor del demandado se reconoció desde la contestación de la demanda, y se ratificó con el interrogatorio de parte absuelto por el señor POVEDA PAEZ y lo manifestado por la totalidad de los testigos. Ahora, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios o de otro tipo de contratación civil o comercial es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador es a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, adujo que la Corte Constitucional al declarar la inexigibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: *“quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”*, estableciendo textualmente:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario”.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo,

le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contrato existente entre las partes, esto es, si el actor actuaba con total autonomía técnica y directiva, pues en sus argumentos de disenso el demandado indicó que con los testimonios recaudados había quedado desvirtuado lo correspondiente a la subordinación.

Así entonces, se recibió el **testimonio** del señor **Javier Guzmán Poveda**, quien manifestó trabajar en las noches en Abastos de 8pm a 2 am y los fines de semana si trabajaba jornada extensa -de 8 pm hasta 1 pm- y que entre semana en el día laboraba en una empresa y que sus funciones eran de descargue de productos en Abastos, que conoció al actor en el año 1998 cuando trabajaban en la bodega 24 y que esa bodega era de la Corporación y que es el lugar donde se ubican varios puestos de mercado. Agregó que más o menos sabe que el actor inició en enero de 2010 ayudarlo al señor JOSÉ POVEDA haciendo el descargue de la mercancía y se los entregaba, partía los bultos y ayudaba a embolsar y que esa era el trabajo principal que realizaba, que le consta que esas labores las hacía porque él (deponente) estaba en el puesto del lado, que le pagaban de 50 a 55 mil pesos diarios y que siempre ganó lo mismo porque así se lo contaba el actor, que el señor VICTOR QUINCOS trabajaba de domingo a domingo junto con un muchacho de nombre julio y quien le daba las órdenes era el demandado y solo trabajó para JOSE POVEDA hasta el 7 de agosto de 2018.

Por su parte, el **deponente Luis Eduardo Gualdrón**, indicó que trabajaba en Corabastos desde el año 1992 y que eran compañeros de bodega con el demandante desde hace 20 años y que sabía que el actor era trabajador del demandado ya que ahí lo veía día y noche trabajando en el local del señor JOSÉ POVEDA y que lo vio trabajando desde enero de 2010 hasta agosto de 2018, que sabía las fechas porque permanecía ahí todo el tiempo (testigo) y que él observaba que el horario del demandante era de 8 pm a 2 am

realizando el descargue y que después lo ayudaba en el puesto y que él (testigo) trabaja en un local diagonal donde trabajaba el demandante, que recibía los pagos dependiendo de los bultos que descargara, que por un bulto pagan \$500 y que podían descargar entre 100 u 80 bultos y que la remuneración que recibía el actor era de \$55.000 diarios y quien le daba las indicaciones de su trabajo era el demandado y que esa labor se realizaba para el local donde cada uno trabajara y que el actor no trabajaba en otros puestos.

Por otro lado, el **testigo Omar Fuentes**, indicó trabajar con el demandado, vendiendo zanahoria y le ayuda a organizar el puesto en Corabastos y afirmó que el demandante había trabajado también con el demandado pero que había dejado de hacerlo desde hace más de un año, no obstante acotó que el demandante se la pasaba todos los días en Corabastos, que las labores que realizaba a favor del demandado era la de descargarles los bultos de zanahoria y que habían días en el que el actor trabajaba bien y después duraba dos o tres días sin asistir, que **no existía un horario formal y tampoco se le obligaba a ir todos los días y no tenía responsabilidad de realizar más cosas y que se le cancelaba \$500 por bulto y que habían descargas entre 80 o 100 bultos diarios y si hacía algo más por hacer diferente al descargue se le pagaba el turno en \$100.000 y si por el contrario habían poquitos bultos podía terminar e irse a laborar a otros lugares o a otras personas aunque acotó que esta situación era esporádica**, indicó que el demandante iba dos o tres días juicioso y después al siguiente día se ponía a tomar, entonces se ponía a otra persona, **acotó que quien le daba las órdenes era él (deponente)**, que la labor la desarrollaba de 8pm a 1 am.

Finalmente y frente de los interrogatorios de parte recaudados, se extrae que el señor **JOSE NAZARIO POVEDA PAEZ**, indicó haber conocido al demandante en la plaza, que le descargaba los bultos y se le pagaba conforme al número de bultos que descargaba y que el dinero se lo entregaba en efectivo, que no se le exigía ningún horario y que si no iba a trabajar no ganaba, manifestó no recordar la fecha de ingreso ya que no solo trabajaba con él sino con diferentes personas y que asimismo, podía ir a trabajar un día y otro al no tener ningún tipo de obligación y que al no ser “fijo”, que no

le pagaba seguridad social, que a veces se presentaba dos días a trabajar y que como le gustaba tomar no iba a trabajar y que creía haber prestado las labores hasta el 7 de agosto de 2018, indicó que los horarios de descargue del demandante era de 8:30 a 12 pero que los días que no compraba no tenía nada que descargar, que no le dio dotación al demandante porque no trabajaba con él, asimismo no le había llamado la atención ya que podía realizar libremente las actividades y que la forma como trabajaban con el actor era que cuando este iba a la plaza y si había carga procedía a descargar y si no se iba a buscar el lugar donde lo necesitaran.

VICTOR JULIO QUINCOS QUINCOS, manifestó que había conocido al demandado en enero de 2010 y que lo contrató para la labor de descargue, al ser el dueño de la carga así como del puesto de trabajo y que siempre lo ayudó en la noche y en el día y que si bien el demandado no estaba por la noche, estaba el administrador que trabajaba con él en el que descargaban y estaban en el puesto, aceptó haber trabajado para otras personas pero bajo la afirmación de realizarlo porque el demandado se lo pedía y que el que le pagaba el salario era siempre el señor POVEDA PAEZ, agregó que hubo ocasiones en los que se enfermó y no iba a la plaza a realizar las labores y que las consecuencias que tomaba el demandado era suspenderlo por ocho días pero que siempre cumplió con el horario.

Del análisis en conjunto de los medios probatorios relacionados en precedencia, encuentra la Sala que la relación que unió a las partes, estuvo regida por un contrato de trabajo, toda vez que el demandante no pudo ejercer su función como –descargador de bultos- de manera autónoma e independiente en los términos precisados en el recurso de alzada por el demandado, pues el desarrollo de su actividad necesariamente, dependía de las instrucciones impartidas por el señor JOSE NAZARIO POVEDA PAEZ quien era dueño de la mercancía así como del puesto de trabajo donde le entregaba los bultos de zanahoria, y así lo confesó el demandado al absolver interrogatorio de parte, cuando de manera inequívoca indicó que quien le descargaba “sus bultos” era el actor y que por esa labor le cancelaba una suma de dinero en efectivo atendiendo al número de bultos descargados, aunado a ello manifestó que iba 2 veces a la semana y que la tarea la

desarrollaba más o menos de 8:30 a 12 y cada vez que iba a la plaza lo buscaba para el descargue de bultos.

De igual forma así lo ratificó el **testigo Omar fuentes** y quien afirmó trabajar en el puesto de trabajo propiedad del demandado, cuando indicó ser la persona que le impartía ordenes al demandante como administrador del puesto del señor POVEDA PAEZ, para que descargara los bultos de zanahoria con una intensidad de 2 o 3 veces de la semana y que se le pagaba por dicha labor y que si había algo más por hacer le cancelaban el turno aproximadamente en \$100.000 y que su labor de descargue iniciaba a las 8 pm hasta al 1 am. Así también lo afirmaron los **testigos Javier Guzmán y Luis Eduardo Garzón** que trabajaron en la misma bodega pero en puestos de la plaza muy aproximados a donde realizaba la labor el actor de descargue de mercancía, donde afirmaron verlo “de la noche al día” en el puesto de la plaza a favor del demandado y bajo la instrucción de este. Situación que también ratificó el **testigo Edwin Alonso Cruz** al indicar que la labor de descargue del producto la realizaba el demandante no solo a favor del demandado, sino también a otras personas, incluyéndolo a él (deponente).

Por lo que dicha labor en lo absoluto se acompasa con un contrato civil e independiente, en la que adicionalmente no existe ningún documento firmado por las partes que así lo ratifique, o de una “situación circunstancial” tal y como lo refirió el demandado en apelación, pues si bien tanto el señor POVEDA PAEZ y su administrador -testigo **Omar Fuentes**, manifestaron que el actor solo iba 2 o 3 veces a la semana y que los días restantes no iba a trabajar porque se la pasaba “tomando”, lo cierto es que el hecho que el actor haya laborado por *–un número de días a la semana–* no modifica el verdadero vínculo contractual laboral que los unió ni muta a otro tipo de relación contractual, ya que esa situación solo se valora a efectos de proceder a liquidar las acreencias laborales reclamadas. En el que debe precisarse, adicionalmente, que ni el demandado ni el deponente puntualizaron los días en que efectivamente se presentaba a trabajar el actor y al haberse afirmado en el numeral 8° del libelo introductor – que “(...) *el horario cumplido (...) era de domingo a domingo (...)*” corresponde una afirmación indefinida, y por ende exenta de prueba al tenor del artículo 167

del Código General del Proceso, cuando su demostración resulta imposible **o cuando resulta más sencillo para la contraparte suministrar la prueba contraria**, por lo que le resultaba más fácil a la demandada acreditar los días en que prestó los servicios personales el señor QUINCOS sin que así lo haya acreditado y que obedece a la forma en que se declaró la relación laboral y las condenas impartidas por el Juez de Instancia.

De igual forma, tampoco desvirtúa lo correspondiente a la subordinación, el hecho que el demandante haya prestado sus servicios a otras personas naturales, pues así lo reconoció el actor en el interrogatorio de parte, y lo ratificó el demandado junto con el testigo Edwin Cruz; ya que la única forma en que pueda reprocharse esa situación, es que entre las partes hayan pactado algún tipo de exclusividad, cosa que en el presente asunto claramente no ocurrió, aunado al hecho que corresponde a una figura legalmente permitida, que un trabajador celebre varios contratos laborales atendiendo a lo establecido en el artículo 25 del CST.

Finalmente y frente a la jornada laboral, pues si bien el demandado indicó que el demandante contaba con la facultad de desarrollar las actividades en cualquier tiempo y en la que no tenía un horario establecido y que si no se presentaba a las horas de descargue se asignaba a otra persona, lo cierto es que, tanto el demandado como la totalidad de los testigos indicaron que la jornada del actor iniciaba a las 8 pm hasta las 12 am , 1 am o 2 am, a excepción de Javier Guzmán que indicó que la jornada laboral del actor era de 8 am a 3 pm y Edwin Cruz que no refirió nada en relación a este aspecto, concluyendo la Sala que las labores que le fueron encomendadas al demandante, indiscutiblemente le tomaban más de 4 horas diarias y correspondían a una jornada laboral.

Nótese entonces, que lo pretendido por el demandado era esconder la verdadera relación laboral que ató a las aquí partes, pues las actividades realizadas, no podían gestionarse de manera autónoma e independiente y por el contrario requerían de una constante subordinación, por lo que concluye la Sala que el demandado no logró desvirtuar lo correspondiente a la subordinación y habrá que confirmarse la decisión frente a este tópico,

así como el pago de prestaciones sociales impartida por el Juez de Instancia, al no haberse acreditado cancelación alguna de este emolumentos de orden laboral con carácter ciertos e indiscutibles.

Por lo anterior, y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se confirma la decisión del *a quo*.

Indemnización moratoria

Recorre el demandante la absolución de esta pretensión, indicando que el demandado no demostró buena fe en relación a la falta de pago por concepto de acreencias laborales a su cargo, pues una vez el actor le reclamó mediante derecho de petición este no se asesoró y a la fecha no ha cancelado lo reclamado.

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago. Para ello, el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles y que lo llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (CSJ SL694-2019 y CSJ SL4330-2020).

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Durante el devenir del presente proceso, quedó en evidencia primero que cuando el demandante elevó la solicitud de pago mediante derecho de petición el 12 de diciembre de 2018 y que el demandado solo contestó por orden judicial conforme lo aceptó al momento de la contestación de la demanda (fl. 24), por lo que resulta inequívoco concluir que el señor POVEDA PÁEZ quiso ocultar la verdadera relación que existió entre las

partes, haciendo creer que se trató de un contrato diferente a uno laboral sin así demostrarlo y excusándose en la informalidad de la relación laboral por días y que aunado al hecho que el actor no solo laboraba a favor de él sino para otras personas en la misma tarea de descargue, cuando claramente la labor ejercida por el actor estuvo regido por un contrato de trabajo, pues así se demostró en el presente asunto y al no haber desvirtuado la subordinación que tenía a su cargo, conlleva a la imposición de la sanción solicitada por el apelante.

Por lo anterior se condenará al empleador, a un día de salario por cada día de retardo desde el 8 de agosto de 2018 y hasta cuando se verifique su pago, teniendo en cuenta que devengaba el trabajador la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a la terminación del vínculo contractual laboral.

En este punto es importante precisar, que la forma de calcular la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, esta Sala de decisión en virtud al principio de favorabilidad, acoge la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C – 781 de 2003, que al analizarla, expuso:

“(...) En cuanto a la indemnización moratoria, es evidente que a todos los trabajadores a los que se les termine la relación laboral y no se les cancele en dicho momento los salarios y prestaciones debidas por parte del empleador, se les debe seguir cancelando a título de indemnización una suma igual al último salario diario por cada día durante los veinticuatro (24) primeros meses de retardo.

*Pero, es igualmente claro, a partir del mes veinticinco (25) de retardo solo a los trabajadores que devenguen hasta un salario mínimo mensual vigente y se encuentren en el supuesto de hecho de la norma se les seguirá pagando por cada día de retardo una suma igual al último salario diario, **mientras a que a los demás trabajadores se les exige adicionalmente haber acudido ante la jurisdicción ordinaria durante ese periodo y haber obtenido un***

pronunciamiento judicial, pues de lo contrario se les cancelarán únicamente intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, desde el mes veinticinco (25) y hasta cuando el pago se verifique.

Si se tiene en cuenta que el anterior sistema de indemnización moratoria continua vigente para los trabajadores que devenguen hasta un salario mínimo, es incuestionable que si la mora en el pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato supera los veinticuatro (24) meses, a estos les corresponderá a partir del mes veinticinco (25) una indemnización moratoria en mejores condiciones que la que le correspondería a los trabajadores que recibían una asignación mayor pero no demandaron judicialmente el pago durante ese periodo, lo cual lleva a la Corte a indagar si se justifica el establecimiento de este trato diferencial en favor de aquellas personas.

(...)

Así las cosas, lejos de atentar contra el derecho de igualdad la norma acusada pretende hacerlo efectivo, pues al prolongar para los trabajadores que reciben hasta el salario mínimo la vigencia del régimen de indemnización moratoria previsto en el artículo 65 del CST, el legislador cumple con el mandato del artículo 13 de la Carta que le impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta, objetivo que tal vez no se lograría si en caso de mora en el pago de las acreencias laborales por un lapso superior a los veinticuatro (24) meses, dichos trabajadores no contaran con un mecanismo como el previsto en el artículo 65 del CST, que sanciona drásticamente al empleador que a la terminación del contrato de trabajo no cancela los salarios y prestaciones sociales.

No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague

*los salarios y prestaciones adeudados, lo cual si resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. **Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios** “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.” (subrayado fuera de texto)*

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Precisado lo anterior, en el presente asunto el actor no cumplió con la carga probatoria de demostrar lo correspondiente al mismo, pues nótese como desde el libelo introductor no manifestó nada referente a las situaciones de modo, tiempo y lugar en la que se había dado por finalizado el vínculo laboral, solo se limitó a indicar en el numeral 4 del referido acápite “(...) *mi poderdante laboró hasta el día 7 de agosto de 2018 (...) y el numeral 11 “(...) a mi representado lo despidieron en forma injustificada y no le entregaron carta de despido (...)”*, por lo que no le corresponde a esta instancia valorar lo correspondiente a la justeza del despido, ni las causales ya que ni siquiera las mencionó, ni mucho menos si se respetó o no el debido proceso, cuando no se planteó de esa manera en el escrito inaugural, en el que debe acotarse

adicionalmente, que no existió confesión alguna por parte del demandado al absolver interrogatorio de parte, limitándose solo a manifestar que la finalización del acuerdo que tenían se había presentado ante la inasistencia del trabajador al puesto de trabajo y que lo habían llevado a contratar otra persona; razones suficientes para confirmar la decisión del Juez de primera instancia frente a esta absolución.

De los aportes al sistema de seguridad social integral-Pensión –

Recorre el demandante la decisión de primera instancia, solicitando se condene al pago de los aportes a pensión, no obstante en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, en el literal e) se condenó al demandado al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral entre el 10 de enero de 2010 al 07 de agosto de 2018, asimismo, una vez revisada la demanda se observa que lo único solicitado por el demandante en el acápite denominado –pretensiones-, fue lo correspondiente a los aportes a pensión, por lo que si el recurrente tiene dudas en relación a esta condena, deberá acudir a lo normado en el artículo 285 CGP, absteniéndose la Sala de realizar pronunciamiento alguno frente a este tópico.

Así las cosas, habrá de **REVOCARSE PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ADICIONARLA**, condenando a la demandada al pago de la indemnización moratoria.

COSTAS

COSTAS a cargo del demandado JOSÉ NAZARIO PEVEDA PAEZ, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP y SIN COSTAS a cargo de la parte demandante al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

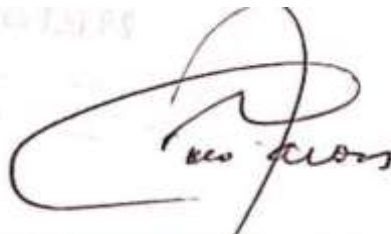
R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 3 de octubre de 2019 y en su lugar, **CONDENAR** al demandado JOSÉ NAZARIO POVEDA PAEZ a pagar al demandante VICTOR JULIO QUINCOS QUINCOS por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, a un día de SMMMMLV por cada día de retardo desde el 8 de agosto de 2018 y hasta cuando se verifique su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada y **SIN COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

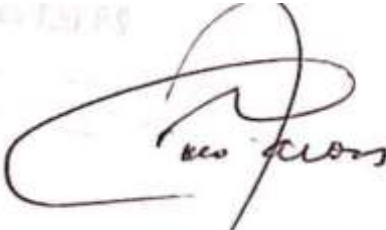


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandado JOSÉ NAZARIO POVEDA PÁEZ en la suma de \$ 900.000.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – PEDRO PABLO CRUZ VIDAL -
contra – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES

Pretende el señor **PEDRO PABLO CRUZ VIDAL**, se **declare** que las demandadas no dieron la información necesaria, se **declare** que la información suministrada en el formulario de afiliación no facultaba a PORVENIR a realizar el traslado ante la ausencia de información completa, se **declare** que COLPENSIONES no lo requirió ni le informó los beneficios que perdería si se cambiaba de fondo, que se **declare** que PORVENIR no informó ni antes ni después de realizar el traslado de régimen sobre los beneficios que le ofrecían ni le dieron información clara en relación al tiempo que laboró como empleado público antes del 1 de abril de 1994 y que se **declare** la nulidad de traslado al RAIS efectuada a PORVENIR S.A. en julio de 1997. Como consecuencia, se **condene** a PORVENIR a realizar los trámites de traslado a COLPENSIONES junto con la totalidad de los dineros que se hayan depositado desde julio de 1997 junto con los rendimientos, bonos pensionales y demás dinero, que se **condene** a COLPENSIONES

activar la afiliación, se **condene** en uso de las facultades ultra y extrapetita y a las costas procesales (fls. 6 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 4 a 7), señaló en síntesis, que inició su vida laboral en marzo de 1978 con el ISS, que también se vinculó a la Alcaldía Mayor de Bogotá y después volvió al sector privado, realizando la firma de un formulario para julio de 1997, sin recibir información, con las ventajas y desventajas, sin que las entidades demandadas tuvieran en cuenta ni brindaran información del tiempo que laboró antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 y que actualmente ya tiene 60 años y que lo informado es que percibiría un SMMLV.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 40 a 56), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 a 21, no ser ciertos los numerales 14 a 18 y no constarle los demás numerales, propuso como excepciones de fondo validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 81 a 87), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1, 10, , 22 a 23, no ser cierto los numerales 11 a 20 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de marzo de 2020 (CD – fl. 142) **declaró** probada la excepción de buena fe formulada por COLPENSIONES y no probadas las demás, **declaró la nulidad** el traslado al RAIS el 18 de julio de 1997 a través de PORVENIR S.A., **condenó** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación junto con la actualización de la historia laboral y **condenó** en costas a PORVENIR S.A.

Como **fundamentó de su decisión**, el *a quo* trajo a colación la ley 100 de 1993, en relación a la existencia de los dos regímenes, así como la selección del mismo de los afiliados, trajo a colación las pruebas que obran en el infolio, en el que indicó que no era objeto de controversia la fecha de traslado de régimen en el año 1997, trajo a colación la diferente jurisprudencia de la CSJSL, concluyendo entonces que en el presente asunto PORVENIR no había probado que cumplió con dicho deber de la información, conforme a la inversión de la carga de la prueba ante la negación indefinida realizada por el demandante en relación a la ausencia de la información, por lo que procedió declarar la nulidad de la afiliación, declaró no probada la excepción de prescripción así como las demás excepciones, excepto la de buena fe propuesta por la demandada COLPENSIONES.

APELACIÓN

Por su parte PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, en relación a los gastos de administración y que funcionan en apoyo a todo lo relacionado con los rendimientos financieros, si se genera un traslado de los mismos se genera un enriquecimiento sin justa causa de COLPENSIONES. Frente a la nulidad indicó que en el formulario y que no fue tachado, por lo que plasmó su voluntad de estar allí afiliado, en donde ni siquiera se acercó a indagar su situación pensional, por lo que se presentó fue una nulidad relativa y con el deber de información a través de los asesores, edictos emplazatorio y oficinas y solicitó no se genera ninguna condena en costas.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que no se debía recibir al demandante sin solución de continuidad, COLPENSIONES no debe acarrear con ninguna situación y solicita se atienda el equilibrio financiero que se ve afectado con estas situaciones, así como el

impacto que este genera, por lo que estos casos deberían reconocer la pensión son las administradoras en los términos que lo reconocería COLPENSIONES para que no afecte la estabilidad del sistema pensional.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS y así lo declaró el *a quo*, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo; situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información,

concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor PEDRO PABLO CRUZ VIDAL, el 18 de julio de 1997, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. (fl.127), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de septiembre de 1997 (fl. 100), posteriormente se trasladó a Horizonte el 1 de mayo de 1999 (fl. 99) encontrándose afiliado en la actualidad en esta última entidad (fl. 89), efectuando cotizaciones en éste régimen desde julio de 1997 a la fecha (fls. 89 a 96). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación

definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 17 de abril de 1978 hasta el 31 de julio de 1997.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación PORVENIR S.A. obrante a folio 127 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiario del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para

el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante bajo las circunstancias alegada por la recurrente PORVENIR (CSJ SL 4426-2019); de ahí entonces que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, en los términos acotados por COLPENSIONES en sus argumentos de disenso, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado en esta administradora, toda vez que ese dinero hace parte de la

financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Por lo que sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere el

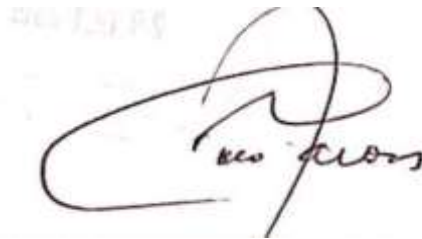
demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 10 de marzo de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

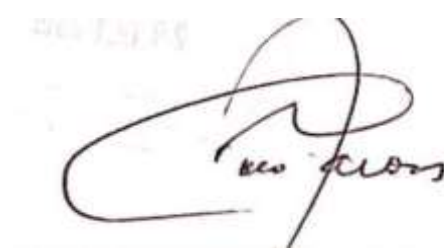
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la suma de \$900.000 pesos, para cada una

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –EDINSON GAVIRIA BUITRAGO-contras -LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y ARL SURA- vinculada- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **EDINSON GAVIRIA BUITRAGO**, se **declare** que padece una enfermedad de origen laboral y como consecuencia, se **ordene** a la ARL SURA a pagar la correspondiente indemnización por pérdida de capacidad laboral debidamente indexada y se **ordene** las demás medidas preventivas y terapéuticas correspondientes, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 95).

De manera **subsidiaria**, solicita se **ordene** a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la realización de una nueva evaluación técnica, científica, para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral, tanto física, como de carácter psiquiátrico sobre el estado de salud y por lo tanto emita un nuevo concepto teniendo en cuenta las especiales connotaciones de la labor que ha desempeñado, se **ordene** las demás medidas preventivas y terapéuticas correspondientes, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 95).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 50 a 51 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que actualmente se encuentra laborando

en la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. y que ingresó en el año 1994 como ayudante de bodega y con funciones de descargue y cargue de tracto-mulas y doble-troques con productos lácteos los cuales debían ser surtidos a las bodegas desde las 6 am hasta las 7 pm y 9 pm y que luego de dos años, fue trasladado al área de distribución como ayudante regional y que sus funciones consistían en cargar, descargar pedidos y entregar 70 pedidos diarios, superando el volumen de 140 cubetas de mercancía diaria y que aunado a ello, sufrió varios accidentes de trabajo. Agregó que la ARP COLMENA llevó a cabo un estudio del puesto de trabajo donde se hacía la descripción de factor de riesgo por carga física y actores asociados, estableciendo como manipulación de cargas 180 kilos aproximadamente, así como posturas repetitivas y forzadas y posibilidad de sufrir accidentes atendiendo sus funciones que superaban la manipulación manual, determinando la existencia del riesgo por confort postural y que para el año 2009, se le practicó una resonancia magnética con resultados de Discopatía en L3-L4 asociada a protusión discal posterolateral y parcialmente foraminal izquierda, suministrándole restricciones con relación al manejo de cargas en los que no podían superar los 10 kilos y adicionalmente fue reubicado por medicina laboral. Acotó que el 31 de octubre fue enviado para calificación y la EPS Famisanar declara que la enfermedad es de origen profesional por el manejo de cargas excesivas, apelando la decisión la ARP SURA y es remitido a la junta regional de invalidez la cual determina nuevamente que la enfermedad es de origen profesional, decisión que fue nuevamente apelada por la ARP SURA y es remitido a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ calificando la patología como de origen común al haberse presentado un roto-escoliosis, la cual había generado la discopatía y finalizó indicando que actualmente se encuentra reubicado en el área de archivo y con nuevas restricciones, entre otras la de no poder levantar peso superior a 5 kilos.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. - se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 2, 8, 9, no se cierto el numeral 11 y no constarle los restantes. **Señaló en síntesis,** que las entidades encargadas de calificar el origen de las patologías eran las Juntas de Calificación de Invalidez, conociendo en primera oportunidad las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral expresando su inconformidad ante la Junta Regional de Calificación y apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, trajo a colación la normatividad para que una enfermedad pudiera calificarse como de origen profesional y que con relación al demandante, se extraía que había iniciado

su vínculo laboral en el año 1994 en Alpina, encontrándose sintomatología dolorosa lumbar en forma inmediata a su contratación, evidenciándose condiciones degenerativas que requerían años para su consolidación en el que la junta regional había indicado que el cuadro clínico había iniciado aproximadamente en el año 1996 y por medicina general en el año 2000 indicó que tenía un dolor lumbar desde hace 7 años. Agregó que el paciente trabajó en el área de distribución desde el año 1996 hasta abril de 2010 y para determinar si existía una relación causal, se acudió a las condiciones posturales para columna lumbar, encontrando que en evaluación a puesto de trabajo realizada el 01 de junio de 2009 como ayudante de distribución y en 2003 era ayudante de reparto y que este último realizaba una variedad de tareas en apoyo al conductor de reparto y colaboraba en las entregas de producto y que tenía asignado un promedio de 8 almacenes, que debía visitar en su totalidad de forma diaria y que el nivel de esfuerzo que se requiere para el cargo es medio alto y existe la exposición a manipulación de cargas y que con base en las condiciones del puesto de trabajo al confrontarlas con los parámetros ocupacionales para considerar la existencia del riesgo, se encontró que no había manipulación de carga en levantamiento repetitivos, no se verificaban condiciones de trabajo asociadas a movimiento permanente de flexo extensión y los ángulos máximos de flexión no eran permanentes ya que se alternaban con otras actividades y con la consecuencia inexistencia de relación causal entre el trabajo desempeñado por el paciente y las patologías degenerativas diagnosticadas de conformidad con el puesto de trabajo del actor. **Propuso como excepciones de fondo** las denominadas legalidad de la calificación expedida por la junta Nacional de Calificación de Invalidez, Improcedencia del Petitum: Inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, Improcedencia de la Interpretación en favorabilidad respecto a la calificación médica ocupacional; inexistencia e conflicto normativo, Inexistencia de obligación: Improcedencia de las pretensiones – competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y genérica (fls.182 a 201).

SEGURO DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.- se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 5, 7 a 10, no se cierto el numeral 11 y no constarle los restantes. **Señaló en síntesis**, ser una institución de seguridad social cuyo objeto estaba encaminado a prestar un servicio de salud, las así como la de asesorar a los trabajadores ante los posibles riesgos que se den como consecuencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, agregó que el actor se encontraba afiliado desde el 1 de junio de 2005 y que este padecía una enfermedad degenerativa en columna lumbar 13-14 con sintomatología desde el momento en que ingresó a laborar conforme registra

en la historia clínica y que fue dictaminada como de origen común en noviembre de 2010 por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y que el 1 de julio de 2016 notificó una supuesta controversia sobre el dictamen emitido por la JUNTA DE CALIFICACIÓN en el año 2010 proponiendo como excepción previa la de prescripción y de mérito las denominadas inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de mi mandante y cobro de lo no debido.

La vinculada **COLPENSIONES**. - se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 5, 8 a 11 y no constarle los restantes. **Señaló en síntesis**, que le correspondía al ISS, alas ARP y a las EPS determinar en una primera oportunidad la PCL así como el grado de invalidez y el origen de las contingencias y en caso de no estar de acuerdo deberá remitirse a las juntas regionales de calificación y apelable ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN y que en el caso particular debía absolverse de las pretensiones incoadas en su contra, ya que ninguna de las pretensiones contenidas en la demanda estaban dirigidas en su contra. **Propuso como excepciones** falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, principio de buena fe, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de febrero de 2020, **dejó sin valor y efecto** el dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 79129408 del 29 de noviembre de 2010 proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, **declaró** que la enfermedad “ Discopatía Lumbar L3-L4 con Protusión Discal” padecida por el demandante, la cual fue objeto de calificación en una primera oportunidad por la EPS Famisanar el 31 de octubre de 2009, es de origen laboral, **condenó a la ARL SURA** al reconocimiento y pago de la indemnización por Incapacidad Permanente Parcial a favor del actor de conformidad con lo preceptuado por la Ley 776 de 2002 art. 7, en concordancia con el Decreto 2644 de 1994 en la cifra de \$3.890.332 debidamente indexada desde su exigibilidad -2009- hasta la fecha de pago, **declaró no probadas** las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación respecto de la ARL SURA y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, **declaró probada** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de COLPENSIONES y como consecuencia, **absolvió** a COLPENSIONES respecto de la causa que la convocó al proceso y **condenó** en costas a la ARL SURA (CD -fl. 383).

Como argumento de su decisión, el *a quo* trajo a colación la normatividad que gira en torno al tema, así como las documentales arrimadas al proceso, esto es, los dictámenes aportados por las partes así como el decretado de oficio, historia laboral, análisis de puesto de trabajo, accidente de trabajo, los testimonios arrimados al proceso, concluyendo que en el presente asunto la enfermedad del actor era de origen laboral, trayendo a colación las funciones realizadas por el actor, por lo que la EPS faminsanar procedió a calificarlo y a realizar unas recomendaciones médicos laborales, asimismo, indicó haber puesto su atención en el análisis de puesto de trabajo como ayudante de reparto en el que en efecto se establecía una repetitividad como factor de riesgo y frente al análisis de puesto de trabajo realizado para el año 2009 este no fue muy exacto con relación a las cargas que manipulaba el actor, por lo que la conclusión a la que llegaba se fundamentaba en las funciones de halar, empujar, cargar pesos excesivos sin la ayuda de algún mecanismo requerido para el cargue y descargue de productos y envases vacíos, y tales situaciones como halar con el gancho la mercancía y muchas veces en las que tenía que poner la mercancía en su hombro para los puntos donde no existía ningún tipo de mecanismo para descargue y transporte de la mercancía, sin que resultara congruente las conclusiones a las que había llegado la JNC y el dictamen aportado por la ARL SURA, con relación que las actividades no tenían influencia en las patología diagnosticada al actor, ya que la labor consistía en soportar cargas superiores a los 25 kgs, procediendo a la condena por la incapacidad permanente parcial, acotando que no podía acogerse la tesis que cuando llegó el actor ya padecía de la patología anotada, ya que no se demuestra dentro del plenario y aunado al hecho que no se aportó el examen médico de ingreso a Alpina que así lo acreditara, por lo que acotó que en el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL desconoció el factor de riesgo al que venía expuesto el actor con la labor que desarrollaba el actor desde 1994 hasta 1996 en Alpina.

Finalmente y con relación a la excepción de prescripción indicó que entre la expedición del dictamen de la JNC y la presentación de la demanda, no pasó el término trienal; absolvió a COLPENSIONES y acotó que el dictamen emitido por la junta regional de Bogotá era el que tenía en cuenta junto con los demás medios de prueba para determinar que el origen de la enfermedad era de origen laboral.

APELACIÓN

LA PARTE DEMANDADA ARL SURA interpuso recurso de apelación, indicando que el despacho omitió dar aplicación a la ley procesal en aplicación a la excepción de prescripción sin que se tuvieran en cuenta los argumentos que fueron expuestos como

sustento ya que la demanda fue presentada en diciembre de 2013 pero solo fue notificada en el año 2016 en el que la Ley procesal establece que al presentarse la demanda se interrumpe la prescripción pero en la que debe notificarse al año siguiente, que en el este caso claramente no ocurrió conforme se establecía en el CPC conforme lo regía en el presente asunto.

Asimismo, recurrió lo correspondiente a que no se tuviera en cuenta un dictamen que ya estaba debidamente ejecutoriado y que se tuviera en cuenta un dictamen del que se solicitó comparecieran los peritos realizarlo y si bien no se logró la comparecencia de los mismos y se le indicó a la entidad aportara su propio dictamen, este ni siquiera fue valorado en la sentencia que se había proferido, en el que la JNC determinó que las patologías del actor claramente no se podían presentar por las labores adelantadas por el actor y así lo corroboró también el dictamen emitido por la entidad, asimismo, tampoco se podía tomar para indexar en el año 2009 cuando claramente la fecha de estructuración se había dado para el año 2018 por lo que no se podía retrotraer y así no se encontraban contenidos en la Ley así como las costas impuestas también las recurrió, solicitando adicionalmente que si no se revocaba la decisión con relación a la indemnización por incapacidad permanente parcial, solicitó se reliquidaran las mismas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si hay lugar a declarar nulo el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 29 de noviembre de 2010 y si como consecuencia de ello, la enfermedad que padece el actor denominada DISCOPATÍA LUMBAR L3-L4 Y PROTUSIÓN DISCAL IZQUIERDA es de origen profesional y en caso afirmativo, establecer si hay lugar al reconocimiento de la incapacidad permanente parcial previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la demandada ARL SURA, así como lo referente a la cuantía de las costas impuestas en primera instancia.

Ahora bien, previo a determinar si debe o no declararse nulo el dictamen proferido por la JNC con relación al origen de la patología que aqueja al demandante, debe precisar la Sala, que si bien el primer argumento de disenso expuesto por el recurrente, hace referencia en relación a la omisión del *a quo* de dar aplicación a la ley procesal frente a la prescripción en los términos presentados por la entidad (fls. 212 a 213), al haberse admitido la demanda en diciembre de 2013 pero solo haber sido notificada a

la pasiva en el año 2016, lo cierto es que la primera pretensión es de carácter declarativa y goza de imprescriptibilidad, por lo que una vez abordado el estudio correspondiente con relación al origen de la patología que también fue objeto de recurso de alzada, en caso de ser confirmada, se determinará lo correspondiente a la pretensión condenatoria -indemnización por incapacidad permanente parcial- a la que fue objeto de condena por parte del juez de primera instancia.

Nulidad del dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

Como **pruebas documentales relevantes** en el presente asunto, se tienen:

- **CONCEPTO DEPENDENCIA TÉCNICA –SALUD OCUPACIONAL –DICTAMEN DE ORIGEN –EPS FAMISANAR**, realizado el **30 de octubre de 2009**, en el que se relacionó entre otros, que se determinaría el origen de la enfermedad, así como los **antecedentes laborales del actor**, indicando que este trabajaba en Alpina, en el cargo de ayudante de distribución y con una antigüedad de 176 meses y como fundamentos de la calificación reporte se tenía el reporte de accidente de trabajo con fecha 12 de septiembre de 2009- **Descripción:** Dolor Lumbar POST esfuerzo, Historia clínica completas 25/05/2009 Dolor Lumbar sin radiculopatía, análisis de puesto de trabajo 1 de junio de 2009 Exposición riesgo ergonómico, exámenes paraclínicos 05/05/2009 RNM Columna Lumbosacra y electrofisiología de miembros inferiores, patología: DISCOPATÍA DOLOR LUMBAR L3-L4, PROTRUSIÓN DISCAL IZQUIERDA DOLOR LUMBAR, **RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA:** *“(...) cuadro que comenzó en el año 1996 dolor lumbar con irradiación a miembro inferior izquierdo que se incrementó con accidente de trabajo , ha presentado parastesias en miembro inferior izquierdo, disminución subjetiva, recibió manejo con terapia física, aines, analgésicos relaciona los síntomas al manipular las cargas (...)”*. **Análisis del caso:** *“(...) de acuerdo a análisis de puesto de trabajo aportado por la ARP y el empleador, se evidencia exposición de riesgo ergonómica, postura bípeda, flexión de tronco, 15 a 30° al halar la carga, postura cuclillas no mantenidas, manipulación de cargas entre 3kgs y 26 kgs, se utiliza ayuda de carritos para manipulación de caras hace 8 meses, en la manipulación de cargas hace 8 meses, en la manipulación de cargas hay combinación de postura bípeda, cuclillas y flexión de tronco hasta 45° (considerados como forzados) planos de trabajo con posturas forzadas del*

tronco con ángulos mayores a 45°, estableciéndose relación de causalidad entre el factor de riesgo y la patología en cuestión, calificando la patología de ORIGEN PROFESIONAL (fls. 44 a 46).

- **FORMULARIO DE DICTAMEN PARA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y DETERMINACIÓN DE LA INVALIDEZ- JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA** – de fecha **11 de marzo de 2010**, en el que se consignó entre otros, que conforme a **historia clínica** se extraía que el cuadro clínico había iniciado en el año 1996 con dolor lumbar irradiado a miembro inferior izquierdo; en el **estudio de factor de riesgo realizado por la empresa**, que se manejaban cargas con pesos acordes a lo estipulado en la legislación colombiana , que no había repetitividad, ni movimientos por fuera de ángulos de confort, para la entrega de los pedidos hay un lapso de tiempo suficiente entre entrega y entrega, lo cual se traducía en reposos osteo-mioarticular de todos los segmentos corporales involucrados en la realización de las tareas asignadas, tampoco se encuentra que haya vibración de cuerpo entero ni segmentaria, por lo que consideró no existir factor de riesgo suficiente para desarrollar las patologías que aquejaban al trabajador, asimismo trajo a colación la calificación de la EPS (fls. 44 a 46) y determinó que el origen de la patología: ENFERMEDAD PROFESIONAL (fl. 51).
- **ARP SURA – REF. CALIFICACIÓN DE PROFESIONALIDAD DE ENFERMEDAD- DIRIGIDA A LA EPS FAMISANAR**-indicando que no se acepta la profesionalidad de las patologías al no cumplir con los criterios definidos por el artículo 200 del CST, al no existir un factor de riesgo intralaboral contundente y en el estudio de factor de riesgo que se adelantó en la empresa, se encontró que manejaba cargas con pesos de acuerdo a lo estipulado por la legislación colombiana (fls. 69)
- **FORMULARIO DE DICTAMEN PARA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y DETERMINACIÓN DE LA INVALIDEZ- JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA** – de fecha **29 de noviembre de 2010**, y del que de los **análisis y conclusiones:** que de conformidad con los “(...) fundamentos de hecho y de derecho encontró que la patología OTROS DESPAZAMIENTOS ESPECIFICADOS DE DISCO VERTEBRAL era una enfermedad de origen común, pues de conformidad con la historia clínica presentó sintomatología al poco tiempo de haber ingresado a laboral, con unos hallazgos clínicos que distan mucho de

los esperados para un paciente de más de 15 años de labores, en los que de haber presentado un factor de riesgo hubiese un acelerado proceso degenerativo, pero por el contrario no se evidencia, pues solo el paciente tiene un compromiso degenerativo en L3-L4 con una retroescoliosis que no es posible se produzca existiendo algún factor de riesgo ergonómico. Adicionalmente, el estudio de puesto de trabajo no evidencia que el paciente haya estado expuesto a vibración de cuerpo entero ni a levantamiento de cargas a partir de posturas forzadas la mayor parte de la jornada laboral de conformidad con la Guía de Atención Integral Basada en la Evidencia para dolor Lumbar Inespecífico y de Enfermedad Discal Relacionados con la Manipulación Manual de Cargas y otros factores de riesgo en el lugar de trabajo (...)" (fls.52 a 54)

En cuanto a la calificación del origen de la enfermedad, el artículo 6° del Decreto 2463 de 2001, vigente para la época en que se profirió el dictamen objeto de reparo, señala:

“Calificación del origen del accidente, la enfermedad o la muerte. El origen del accidente o de la enfermedad, causantes o no de pérdida de la capacidad laboral o de la muerte, será calificado por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos profesionales en segunda. Cuando se presenten discrepancias por el origen, estas serán resueltas por la junta integrada por representantes de las entidades administradoras de salud y riesgos profesionales.

Las instituciones prestadoras de servicios de salud y entidades promotoras de salud, deberán conformar una dependencia técnica o grupo interdisciplinario que adelante el procedimiento de determinación del origen y registrarla ante las Secretarías de Salud. Las administradoras de riesgos profesionales adelantarán el procedimiento por intermedio del grupo interdisciplinario previsto en el artículo 5° del presente decreto.

Cada una de las citadas entidades, así como la junta integrada por las entidades promotoras de salud y administradoras de riesgos profesionales, contarán con un plazo máximo de treinta (30) días calendario para cumplir el procedimiento descrito y comunicar su decisión sobre el origen de la contingencia al empleador, al trabajador y a los demás interesados.

Parágrafo 1°. Las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez.

Parágrafo 2°. El costo de los honorarios que se debe sufragar a las juntas de calificación de invalidez, será asumido por la última entidad administradora de riesgos profesionales o fondo de pensiones al cual se encuentre o se encontraba afiliado el trabajador y podrá repetir el costo de los mismos contra la persona o entidad que resulte responsable del pago de la prestación correspondiente, de conformidad con el concepto emitido por las juntas de calificación de invalidez.

Parágrafo 3°. Cuando las instituciones prestadoras de servicios de salud no emitan el concepto sobre determinación de origen y la persona sujeto de la calificación estima que se trata de un evento de origen profesional, podrá dirigir su solicitud directamente a la entidad administradora de riesgos profesionales o a la empresa promotora de salud. Si dichas entidades no inician el trámite correspondiente podrá acudir directamente a la junta regional de calificación de invalidez, según el procedimiento previsto por el presente decreto.

Parágrafo 4°. Cuando se haya determinado en primera instancia el origen de una contingencia, el pago de la incapacidad temporal deberá ser asumido por la entidad promotora de salud o administradora de riesgos profesionales respectiva, procediéndose a efectuar los reembolsos en la forma prevista por la normatividad vigente.

El incumplimiento de la obligación de que trata el presente artículo dará lugar a imposición de sanciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 del Decreto-ley 1295 de 1994.

Trámite este que fue atendido por las entidades integrantes del sistema, entre ellas las demandadas, en tanto como se explicó en precedencia, el actor fue calificado en cuanto al origen de la enfermedad inicialmente por la EPS, luego por la ARP SURA y finalmente por las juntas.

De igual forma, resulta oportuno traer a colación, los artículos 35 y 40 del referido Decreto 2463 de 2001, en el que dispone:

“ARTICULO 35. (...) El dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se notificará de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto, y contra él sólo proceden las acciones ante la jurisdicción laboral ordinaria.

(...) **ARTICULO 40.** Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de seguridad social integral. Los procedimientos, recursos y trámites de las juntas de calificación de invalidez se realizarán conforme al presente decreto y sus actuaciones no constituyen actos administrativos.”

Ahora bien, en lo que concierne a los dictámenes expedidos por las Juntas de Calificación de Invalidez y la incidencia que tiene en el proceso ordinario laboral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia CSJ SL877-2020, trajo a colación lo dicho en Sentencia CSJ SL, del 18 de mar. 2009, rad. 31062:

¡(...) Sala ha tenido la oportunidad de estudiarlo y definirlo, y por mayoría ha adoctrinado desde la sentencia del 29 de junio de 2005 radicado 24392, reiterada en casación del 30 de agosto de igual año radicación 25505, que

esta clase de pericia no tienen esa connotación, y en la última de las decisiones mencionadas se puntualizó:

[...] Al respecto, en sentencia reciente del 29 de junio de 2005 radicado 24392, esta Sala de la Corte definió por mayoría que el dictamen emanado de la Junta de Calificación de Invalidez no es una prueba solemne y en esa oportunidad dijo: <El ataque esta edificado fundamentalmente en la aseveración según la cual el juzgador de segundo grado incurrió en un error de derecho consistente en dar por probado que no hubo accidente de trabajo, pese a que la prueba solemne acerca de la calificación de origen del accidente lo acredita fehacientemente, es decir el dictamen emanado de la junta de calificación. Planteamiento que resulta inexacto pues la referida prueba no es más que un experticio (sic) que la ley estableció debía ser practicado por unos determinados entes, lo cual difiere claramente de lo que es una prueba solemne>. (Resalta la Sala).

Lo anterior es así por cuanto la prueba solemne o ad solemnitatem, es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, que en otras palabras es aquella que las partes o los interesados deben necesariamente ajustarse en rigor para la existencia jurídica de un acto, contrato o convenio, entre los cuales no encaja el dictamen pericial que es una de las pruebas que dispone la Ley, es ad probationem y obviamente no es de esencia contractual, sino que tiende a acreditar o demostrar un presupuesto o supuesto fáctico (para el caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral) que sirva como sustento o soporte para obtener un derecho perseguido, como por ejemplo el reconocimiento de un auxilio, incapacidad, prestación económica, indemnización, pensión, etc.

De suerte que, no es del caso calificar como prueba solemne el dictamen pericial con el que se busca establecer la pérdida de capacidad laboral, así provenga de la Junta de Calificación de Invalidez.

[...]

En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobre todo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras (...)”

Por lo anterior, el dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez, son algunos de los medios de prueba, no solemnes, con los que se puede acreditar el grado de la pérdida de capacidad laboral, **su origen** y fecha de estructuración, teniendo el juez la potestad de apreciar libremente la prueba.

Origen de la enfermedad

Así entonces, aduce el accionante, que la enfermedad que padece es de origen profesional, sustentando su dicho en que se generó al servicio de la empresa Alpina S.A., desarrollando la sintomatología de Discopatía en L3-L4.

Revisadas las pruebas allegadas al plenario, se tienen entonces, la copia del contrato de trabajo celebrado entre el accionante y Alpina Productos Alimenticios S.A. para desempeñarse como ayudante distrito bodega desde el 31 de octubre de 1994 (fl. 81 a 82), al igual que se allegó al plenario, los cargos desempeñados desde el 1 de noviembre de 1994 en el cargo de ayudante del distrito de Bogotá y que en el año 1996 fue trasladado al área de distribución como ayudante regional y que el 27 de febrero de 1997 sufrió un accidente de trabajo en el que cae de un furgón sobre sus rodillas, otorgándole tres días de incapacidad, encontrando una lesión meniscal en rodillas, estando en el área de distribución hasta el 9 de julio de 1999 y que fue trasladado a la regional Bogotá en donde se desempeñó como ayudante regional en el área de separación y que allí estuvo por un periodo de 6 meses, regresando al área de separación y posteriormente solicitó ser trasladado al área de distribución y que desde ese entonces a la fecha (agosto 5 de 2003) labora en esa área y que el 8 de abril de 2003 fue intervenido Dx de sinovectomía de rodilla parcial con reconstrucción de ligamento y que fue incapacitado por 90 días y que a la fecha y atendiendo las recomendaciones médicas en cuanto a sus actividades laborales, fue reubicado atendiendo también la recomendación de la ARP COLMENA (fls. 30 a 40)

Se aportó igualmente, RM COLUMNA LUMBOSACRA diciembre 14 de 2012 y 05 de mayo de 2009 (fls. 56 y 80), hoja de historia clínica con fecha 20 de febrero de 2013 y del que dentro del resumen y comentarios se extrae lo siguiente: “ (...) dolor lumbar desde 1996, que se irradia al MII, con parastesias del MII, se le realizaron diferentes estudios que no trajo, que descartaban enfermedad quirúrgica de la columna, mejoró con terapias pero presenta nuevamente dolor desde septiembre de 2012, relacionado de acuerdo al paciente a cambio de funciones con carga de pesos (...) no es quirúrgico en el momento, se ordena aines y relajante muscular, se dan recomendaciones y signos de alarma” (fl. 57)

Evaluación de puesto de trabajo para la actividad ayudante de regional distribución realizado por ARP COLMENA, en el que se realizó resumen descriptivo del puesto de trabajo, indicando que realizaba una variedad de tareas en apoyo del conductor de reparto y que colaboraba en las entregas del producto a descargar y cargar el vehículo,

almacenar los productos en las bodegas de almacenes de acuerdo a instrucciones; y en el que se consignó adicionalmente, la descripción de factor de riesgo por carga física y tareas consideradas como críticas- descargar productos- así: *“(...) la postura principal y más mantenida es la bípeda, por ciclos de una hora y 30 minutos para un promedio de 6 o 7 horas en postura bípeda, pero no de forma continua. La acción durante el descargue es la de “halar” la carga, (...) acompañada de flexión de tronco dorso-lumbar y cervical entre 15° y 30°, flexión de rodillas de 20° a 40° (...). La postura de halar, se considera como de riesgo por confort postural (...) la manipulación de cargas varía de acuerdo al producto, pero se establece como pesos promedios: Canastas d Yogurt (30 kgs), canastas con leche (28 kgs) y canastas con yogo yogo (32 kgs). Otros productos más livianos (...) se debe tener en cuenta que el trabajador hala y arrastra arrumes de 6 a 7 canastas, con un total aproximado de 180 kgs (...) en esta actividad se observa de forma permanente la combinación de postura bípeda con cuclillas y asociación de flexión tronco dorso lumbar en ángulos hasta de 45° considerados como forzados y con una repetitividad de 6 mov/min (...) lumbar en ángulos de extensión de 10° a 15°, considerados como de riesgo por confort postural mayores a 45° de forma permanente durante 40 minutos a 1 hora (...) los planos de trabajo por debajo de nivel de la cintura generan posturas forzadas de tronco dorso lumbar en algunos de flexión mayores a 45°, considerados como de riesgo por confort postural y los planos de trabajo por encima del nivel de los hombros genera posturas forzadas para tronco dorso lumbar en algunos de extensión de 10° a 15°, considerados como riesgo de confort postural (...) y por último la manipulación manual y sin ayudas manuales, mecánicas o automatizadas de cargas que superan los límites permisibles para el levantamiento (hasta 25 kgs) y transporte manual (hasta 50 kgs) de cargas para hombres, tanto en terreno llano como en desnivel (...) ” (fls. 59 a 68)*

Finalmente, en dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE BOGOTÁ como perito dentro del proceso, dada la prueba pericial decretada de oficio por el *a quo* (fls. 298 a 306), se estableció que la enfermedad que padece el actor denominada DISCOPATÍA LUMBAR L3-L4 CON PROTUSIÓN DISCAL, DOLOR LUMBAR es de origen LABORAL, estructurada al 6 de junio de 2017, con una pérdida de la capacidad laboral del 9.00%.

Conclusión a la que arribó la junta, al señalar:

“se pudo documentaron exposición a carga física alta ocupacional alta ocupacional a nivel de columna lumbar dados por la asociación de columna dorsolumbar en ángulos intermedios , con manipulación sin ayudas de cargas que superaban los limites

permisibles para levantamiento (hasta 25 kgs) y transporte manual (hasta 50 kgs), en diferentes tipos de terrenos (llanos e irregulares), durante más del 50% de la jornada laboral; en correspondencia con la evolución cronológica de síntomas que se inician a los dos años de su vinculación laboral en la empresa, y con hallazgos imagenológicos descritos en los estudios de resonancia nuclear de discopatía L3L4 asociada a protusión discal; no se documentaron factores individuales, ni extralaborales que pudieran estar asociados con la causa de esta patología (...)"

Por otro lado y ante la no comparecencia del perito a la audiencia de que trata el artículo 228 del CGP, la ARL SURA aportó dictamen por parte el profesional CESAR CARRASCAL (fls. 337 a 364) así como la exposición realizada en audiencia de que trata el artículo 228 del CGP (fl. CD-379) concluyendo que no existía evidencia de relación causal de la DISCOPATIA L3-L4 con los factores de riesgo ergonómicos, postura, movimiento, peso o manipulación de carga, que había asociación de la DISCOPATÍA LUMBAR L3-L4 con enfermedades degenerativas, inflamatorias e infecciosas, sin existir evidencia de factores de riesgo ergonómicos que se constituyeran en agentes causales suficientes para generar una patología lumbar como lo demuestra la integralidad del segmento L4 a S1 de la columna lumbar baja.

De las pruebas reseñadas, concluye la Sala que en efecto, como lo mencionó la Junta Regional de Bogotá en dictamen emitido el 11 de marzo de 2010, la patología que padece el accionante relacionada con la Discopatía lumbar L3-L4 es de origen laboral y se encuentra relacionada concretamente con su actividad como ayudante de reparto en la empresa Alpina S.A., pues nótese como en las historias clínicas allegadas, el actor manifiesta a los galenos tratantes, haber iniciado la sintomatología de dolor en su parte lumbar desde el año 1996, esto es, a los dos años siguientes al inicio de la relación contractual laboral con Alpina en las cargos que fueron relacionados en precedencia, sin que se haya demostrado que en efecto previo a la contratación el demandante, ya presentaba algún tipo de sintomatología asociada a la enfermedad que lo aqueja.

Adicionalmente, nótese como en el análisis de puesto de trabajo realizado en el año 2003, se describió de manera inequívoca el factor de riesgo con relación a la carga física, relacionando los pesos (en kgs) que debía soportar en el cargo de distribuidor, en que los mismos oscilaban entre 10, 20 a 30 kgs aproximadamente, junto con la acción de “halar” entre 6 a 7 canastas con un peso aproximado de 180 kgs correspondiendo a una manipulación de cargas que fueron desarrolladas en forma permanente, aunado a las posturas forzadas de tronco dorso lumbar también allí

consignadas, consideradas como de riesgo por confort postural, por lo que claramente llevó a consultar su parte médica para el año 2009 y momento en el cual ya fue diagnosticada la patología en mención, por lo que se concluye de manera diáfana que la enfermedad diagnosticada fue con ocasión a la carga que soportaba con relación a las canastillas que manipulaba y que contenían los productos que comercializa su empleador, así como cuando “halaba” las canastillas que era la acción en la que más peso tenía que soportar el actor, pues no contaba con ningún tipo de ayuda mecánica diferente a su cuerpo junto con un gancho que era el que ayudaba con el desplazamiento del producto que se encontraba incorporado en las mencionadas “cajas” y del que solo se le suministró un “carrito” para la manipulación de cargas- 8 meses antes- de emitirse el primer dictamen del origen por parte de la EPS FAMISANAR para el 31 de octubre de 2009.

Ahora bien, aduce el recurrente que el *a quo* no valoró el dictamen pericial allegado (fls. 337 a 350), no obstante, el mismo no demuestra cuáles fueron las omisiones de la Junta Regional para haber determinado que el origen de la patología era común y no laboral, que lograran desvirtuar lo determinado en el mismo. Es más, si bien existe una amplia exposición técnico científica con relación a la DISCOPATÍA LUMBAR L3 – L4 padecida por el actor, indicando que existe evidencia epidemiológica de asociación a patologías degenerativas, inflamatorias e infecciosas que no fueron tenidas en cuenta por la Junta Regional de Bogotá al no existir evidencia de asociación directa con factores ergonómicos, lo cierto es que para la Sala contrario a lo consignado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 29 de noviembre de 2010 así como lo consignado por el perito Cesar Carrascal, las labores y las cargas o pesos manipulados entre 10, 20, 30 kgs hasta 180 kgs por el actor si constituyeron al factor de riesgo suficiente para generar la enfermedad lumbar inferior L3-L4, pues es evidente que cuando el actor consulta en el año 2009 sus dolencias en la parte lumbar, indicó de manera inequívoca que la sintomatología había dado inicio a los dos años siguientes de haberse dado inicio la relación laboral con Alpina (año 1996), esto es, **doce años después** de estar realizando las labores de distribución, sin que se haya allegado al plenario documento alguno que probara que el actor presentaba una patología previa a su contratación o en su defecto fuera esta degenerativa, inflamatoria e infecciosa en los términos acotados por la experticia aportada por la ARL SURA y que permitiera llegar a una conclusión diferente, esto es que corresponde a una enfermedad de origen común.

Así las cosas, considera esta colegiatura, que la decisión tomada por el Juez de primera instancia fue ajustada a derecho, pues, no obra en el expediente una prueba

científica que relacione de manera directa, ineludible o determinante las patologías dictaminadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez cuya nulidad se impetra y que estas sean de origen común, por lo que se confirmará la decisión frente a este tópico

Prescripción del artículo 90 del CPC

Recorre la accionada ARL SURA que en el presente asunto, el *a quo* no realizó el estudio la excepción de prescripción en los términos contenidos en la contestación, esto es, conforme a lo establecido en el artículo 90 CPC hoy 94 CGP (fls. 211 a 215) .

Así las cosas, al momento de tomar la decisión el juez de primera instancia señaló que conforme a la excepción de prescripción propuesta por la ARL SURA y acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescribían en tres años y que el dictamen de la junta nacional de calificación al haberse proferido el 29 de noviembre de 2010 y la demanda al haberse presentado el 30 de septiembre de 2013, dentro del mencionado interregno, no había transcurrido el termino trienal.

Por lo anterior, es importante precisar que el artículo 90 CPC, aplicable para la época en que se presentaron los hechos materia de discusión en el presente asunto, contempla la posibilidad que el término de tres años se entienda interrumpido desde la fecha de radicación de la demanda, siempre que el auto admisorio de aquella, “(...) *se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente (...)*”. Una vez transcurrido ese tiempo, el efecto solo se producirá con la notificación del auto admisorio.

Es así que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 5159 de 2020, precisó que la prescripción de las acciones laborales pueden ser interrumpidas a través de dos mecanismos diferentes y no excluyentes: la extrajudicial, mediante la presentación al empleador del simple reclamo escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo; y con la presentación de la demanda, en los términos y condiciones señaladas por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, en la que trajo a colación las sentencias CSJ SL, 13 dic. 2001, rad. 16725 y CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 38504):

(...) si el mecanismo de interrupción que pretende utilizar el trabajador o sus causahabientes es el reclamo escrito extrajudicial, tal situación deberá gobernarse por las normas pertinentes, esto es los artículos 151 del Código de Procesal del Trabajo y 489 del Código Sustantivo del Trabajo; pero si la interrupción del fenómeno prescriptivo pretende derivarse de la presentación de una demanda, en este caso los preceptos pertinentes serán los contenidos en los artículos 90 y 91 del Código de Procedimiento Civil.

El razonamiento sugerido por los recurrentes según el cual a la presentación de la demanda como medio de interrupción de la prescripción se le aplican las normas de los códigos procesal y sustantivo del trabajo, podría ser viable de no existir los preceptos del Código de Procedimiento Civil que gobiernan precisamente esa situación, pero, adicionalmente, significaría que existe un solo medio de interrupción de la prescripción en materia laboral: la presentación de cualquier reclamo escrito que cumpla con los tres requisitos señalados en aquellos preceptos, interrupción que solo podría, en consecuencia, presentarse por una sola vez, con lo que, desde luego, se estarían restringiendo las posibilidades de provocarla mediante la presentación de demanda, en detrimento y mengua de los beneficiarios del referido mecanismo.

En cuanto a la eficacia o ineficacia de la interrupción de la prescripción derivada del artículo 90 CPC, recordó que en la sentencia C-227-2009 proferida por la Corte Constitucional declaró exequible el entonces vigente artículo 91 *ibidem*, que regulaba aquella situación, “(...) en el entendido que la no interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad sólo aplica cuando la nulidad se produce por culpa del demandante (...)).

Por lo anterior, se tiene que la presente demanda fue admitida en contra de las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y ARL SURA mediante proveído de fecha **13 de febrero de 2014** (fl. 127), retirando los citatorios la parte actora y allegando soportes de notificación efectuado ante la Junta Nacional (pero con sello de Junta Regional) el **10 de julio de 2014** (fls. 129 a 130), mediante proveído de fecha **11 de agosto de 2015** (fl. 136) fue requerida la parte actora para que notificara a las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y ARL SURA, por lo que mediante memorial allegado al juzgado el **23 de septiembre de 2015**, allegó soporte de notificación a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (fls. 132, 134, 135) y mediante auto del **25 de abril de 2016**, el *a quo* al evidenciar que habían transcurrido 6 meses sin realizar gestión alguna para notificar a las demandadas JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y ARL SURA dispuso el archivo de las diligencias en atención a lo establecido en el artículo 30 del CPL (fl. 138); decisión que fue recurrida por el demandante el **27 de abril de 2016**, haciendo alusión a los soportes de notificación entregados y aunado al paro judicial entre el 19 de diciembre al 19 de enero de 2016 (fls. 139 a 147), por lo que el Juzgado mediante providencia del **3 de junio de 2016**, repuso la decisión, requiriendo a la parte actora continuara con la notificación a la JUNTA NACIONAL y la requirió para que adelantara el trámite con relación a la AR

SURA, al no haber evidencia de trámite alguno con relación a esa entidad (fls. 148 a 149); notificándose personalmente ARL SURA mediante apoderado judicial el **1 de julio de 2016** (fl. 150).

En el anterior contexto, es claro para la Sala que el retardo en la notificación efectuada a la ARL SURA obedeció estrictamente a la inercia del demandante, ya que entre el auto admisorio de la demanda (**13 de febrero de 2014-fl. 89**) y la notificación personal efectuada a la accionada ARL SURA (**1 de julio de 2016-fl. 150**) transcurrió más de un año en los términos contenidos en la normatividad en cita, procediendo la parte actora a efectuar su notificación, **previo requerimiento realizado por el Juzgado** y que llevan a revocar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, por las razones aquí anotadas y como consecuencia, también se revocará la condena de costas impuestas a cargo de la ARL SURA al no haberse impuesto condena alguna en su contra.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ EL NUMERAL TERCERO Y SEXTO** de la sentencia recurrida, se **MODIFICARÁ EL NUMERAL CUARTO** para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción e inexistencia de la obligación respecto de la ARL SURA y se **CONFIRMARÁ** en lo demás la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por ARL SURA, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

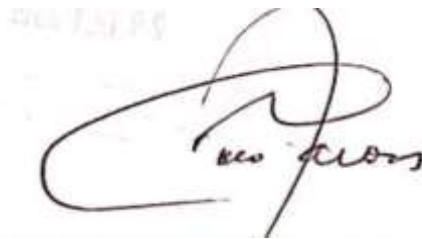
PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO Y SEXTO de la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO de la sentencia recurrida, para en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción e inexistencia de la obligación propuesta por la ARL SURA.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso de apelación interpuesto por la ARL SURA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – ELSA JULIANA AGUILAR AYALA
- contra – ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ELSA JULIANA AGUILAR AYALA**, se **declare** que existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de marzo de 1991, en el que ha desempeñado los cargos de auxiliar cartera, auxiliar operaciones de cartera, auxiliar de servicios de cartera, supernumerario de asesores de ventas y asesor de ventas y que acredita los estudios de auxiliar de contabilidad, Diplomado sobre Salud Ocupacional y riesgos profesionales , Especialización en Pedagogía en Solución de Conflictos, Diplomado en PN, Inteligencia Emocional y Coaching, Seminario en arte de la Metáforas y Licenciatura en programación neurolingüística, que se **declare** que presta sus servicios en la ciudad de Bogotá desde el 1 de mayo de 2004 y se **declare** que de conformidad con lo establecido en el artículo 143 del CST se ha desconocido su retribución con relación a lo devengado por el señor LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ, devengando un salario básico inferior a pesar de desempeñar el mismo cargo, funciones, responsabilidades y mismo lugar

geográfico. Como consecuencia, se **ordene** a la demandada, a nivelar el salario básico igualándolo a lo percibido por el señor LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ, al desempeñar el cargo de asesor de ventas, se **condene** al pago de la diferencia de la nivelación de salario desde el 1 de mayo de 2004, se **condene** al pago de la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización por no pago de consignación a cesantías completa, se indexen las sumas a cancelar, se **condene** bajo el uso de las facultades ultra y extra petita y a las costas procesales (fl. 1 a 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 6), señaló en síntesis, que el 2 de enero de 1992 el Banco Comercial Antioqueño se fusionó con Banco Santander Colombia S.A cambiando a ese nombre el 30 de julio de 1997, que el 30 de agosto de 2012 cambió su nombre a Banco Corpbanca Colombia S.A. y que para el 18 de mayo de 2017 cambió su nombre a ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. Agregó que conforme a registro civil y cedula de ciudadanía cambió su nombre de Elsa Aguilar de Toro a ELSA JULIANA AGUILAR AYALA, que el 4 de marzo de 1991 suscribió contrato a término indefinido con la demandada, desempeñando el cargo de Auxiliar de Cartera y devengando como salario la suma de \$104.000 y prestaba sus servicios en la ciudad de Bucaramanga, que el 27 de noviembre de 1992 se afilió a la organización sindical UNEB, que el 24 de febrero de 1993 se modificó el cargo Auxiliar Operaciones Cartera y que el 23 de agosto de 1994 se le resolvió de forma favorable la solicitud de aumento salarial para ese cargo y que para las fechas 1 de septiembre de 1994 y 1995 se le realizó aumento convencional sin aumentar la base salarial, que el 8 de marzo de 1996 se le realizó modificación de cargo sin aumento salarial y solo se realizó el aumento convencional para el 1 de septiembre de 1996. Acotó que el 29 de mayo de 2000 se le requirió para que diera inicio en el cargo de -Asesora de ventas en la oficina principal del Banco Santander-sin realizar aumento salarial y que el 22 de junio de 2000 fue requerida para desempeñar el cargo de -Supernumerario de Asesores de ventas en Oficina de Bucaramanga Principal- y que llevó a que el 12 de septiembre de 2003 realizara una solicitud de nivelación, la cual se resolvió de manera desfavorable sin justificar porque la asignación era inferior frente a otros compañeros que llevan el mismo tiempo y antigüedad y cargos similares.

Aseveró que el 30 de abril de 2004 presentó solicitud de traslado a la ciudad de Bogotá en atención al nombramiento en el Comité de Empresa de la organización Sindical, en el que la demandada accedió a lo solicitado y a partir del 3 de mayo de 2004 fue asignada a la ciudad capital bajo el mismo cargo que desempeñaba en Bucaramanga y con la misma asignación salarial sin tener en cuenta lo devengado en esos mismos cargos, por lo que procedió a solicitar nivelación de salario el 19 de agosto de 2004 y el cual fue resuelto de forma desfavorable por la entidad demandada el 19 de noviembre de 2004. Afirmó que el 21 de diciembre de 2005 la demandada certificó el cargo y salario básico como Asesor de Ventas de la ciudad de Bogotá y el 27 de septiembre de 2006 como “supernumerario Asesor de Ventas” y que el 7 de de septiembre de 2007, le notificó la asignación en el cargo de Asesor de Ventas y que en julio de 2008 se unificó el perfil académico, experiencia, misión, responsabilidades e indicadores de gestión, no obstante, aseveró continuar devengando un salario inferior al de su compañero LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ y que llevó a solicitar el 11 de noviembre de 2011 la nivelación de su salario básico sin dar respuesta a la solicitud de nivelación salarial y que volvió a presentar solicitud de nivelación, la cual se resolvió de forma desfavorable el 19 de julio de 2013 y que conforme al comparativo con el señor BERNAL DIAZ le indicaron que el referido trabajador había sido objeto de aumentos salariales diferenciables y que su salario “sale de la media del banco” por lo que indicó que en la respuesta no se había explicado de forma clara porqué no se nivelaba el cargo que desempeñaba.

Afirmó que el artículo 14 de la CCT 2015-2017 con la organización sindical UNEB, se pactó un incremento convencional y pese a efectuarse este para los años 2015 y 2016 no se aumentó *“la base salarial sobre la que se calculó el aumento”* y finalizó indicando que ha perfeccionado su perfil laboral con diferentes estudios y que a la fecha de la presentación de la demanda no ha nivelado el salario con el señor BERNAL DÍAZ pese a que ocupan el mismo cargo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. contestó el introductorio (fls. 154 a 177), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los

contenidos en los numerales 1 al 4, 6 a 9, 12, 31 a 32, 32, 37 a 39, 50 a 51, no constarle los numerales 54 a 60 y no ser ciertos los restantes.

En los hechos y razones de la defensa, indicó en síntesis, que la posición en la que se encuentra la demandante difiere de los trabajadores con quienes se compara y que justifica el trato diferente, ya que el señor BERNAL DÍAZ se había vinculado en –Invercredito- el 4 de junio de 1991 en el cargo de mensajero con un salario mensual de \$76.310 y que a partir del 1 de noviembre de 1993 se desempeñó como Auxiliar de caja y pagos – incrementando su salario a \$182.000 y que a partir de mayo de 1995 se desempeñó como asesor comercial por lo que incrementó su salario a \$338.130 y que en el año 1998 se materializó la fusión entre Invercredito y Banco de Santander – antiguo Bancoquia- , situación que llevó a la unificación de cargos sin que se afectaran las condiciones salariales y convencionales previamente adquiridas por los trabajadores de cada una de las compañías, por lo que al momento en que la demandante se nombró como Supernumerario Asesor de Ventas -22 de junio de 2000- ya el señor venía desempeñando su cargo desde el 16 de mayo de 1995, por lo que existe una diferencias de más de 5 años entre experiencias e incrementos salariales, así como la aplicación de beneficios convencionales, por lo que la diferencia de cargos ostentados y la historia de las compañías a las cuales han estado vinculados, junto con las convenciones colectivas con cada empresa, en la que existen un historial independiente y no una diferenciación caprichosa, acotando que la empresa ha garantizado que el ingreso se encuentre dentro de la media del cargo.

Agregó que ha promovido y participado de diferentes fusiones y adquisiciones societarias que han llevado a la integración de plantas de personal que han sido cobijadas por diferentes esquemas de beneficios legales y extralegales, y que en medio de las sustituciones patronales han tenido que respetar salarios superiores para no desconocer los derechos adquiridos de los trabajadores, por lo que era evidente que el señor BERNAL DÍAZ contaba con una asignación salarial superior al momento de adquirir Invercredito y que superaba a la asignación salarial que percibía la demandante, razón por la que debió mantenerse, trajo a colación a manera de ejemplo que existían unos incrementos salariales para las personas que

son beneficiarias del artículo 14 de la Convención Colectiva Vigente en el que fija unas condiciones de incremento salarial aplicable a partir del 1 de septiembre, que es sumamente superior a los que no son beneficiarios de la convención y del que se constata particularmente con el caso de la actora.

Finalmente, manifestó que la demandante se comparaba con una persona, que ha sido objeto de diferentes incrementos salariales en una misma anualidad en virtud de los pactos celebrados con los empleadores de la época, por lo que era claro que las compañías le asistían razones objetivas que justificaban la diferencia salarial existente, máxime si se tiene en cuenta que el salario que devenga corresponde a su propia trayectoria y crecimiento profesional y que contrario a ello la demandante pretendía beneficios económicos a los que no tenía derecho.

Propuso como **excepciones de mérito** las denominadas, inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, pago, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de septiembre de 2019 (CD – fl.301), **absolvió** a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la demandante y **condenó** en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación el artículo 143 CST, así como la jurisprudencia que gira en torno a las nivelaciones salariales reclamadas y que conforme a las pruebas allegadas, se debía establecer primero si efectivamente la persona con la cual se compara la actora es decir el señor Luis Miguel Bernal, desempeñaba un trabajo igual en jornada y condiciones de eficacia iguales, si existía alguna diferencia en la remuneración por razones de edad, sexo, religión, opinión política o actividades sindicales y si el empleador adicionalmente logró desvirtuar la presunción que se deriva del numeral 3 del art 143 CST es decir factores objetivos de diferenciación.

Por lo que concluyó el *a quo*, no contar con las pruebas que permitieran establecer de manera clara cuales eran las condiciones de jornada y eficacia que debían tener iguales la demandante y el señor Luis Miguel Bernal, pues la promotora de la Litis en interrogatorio de parte aceptó encontrarse desde hace varios años en permiso sindical permanente, de hecho uno de los testigos refirió que la actora es dirigente sindical que por ello se la pasa recorriendo oficinas en el país y en ese orden de ideas para el despacho es claro que ella no está ejerciendo como tal las labores y por esta razón no se puede establecer que efectivamente las dos personas presten esos servicios en igualdad de condiciones en cuanto a jornada y eficacia.

Aunado a lo anterior, también se constató que el señor Bernal venía percibiendo una remuneración mensual superior a la de la demandante, conforme a certificaciones labores obrantes y para la fecha en la que el Banco Nacional Antioqueño se fusiona con INVERCREDITO, por lo que resultaba claro que antes de que INVERCREDITO que era la compañía para la que trabajaba el señor Bernal fuera absorbido por el Banco Comercial Antioqueño ya recibía un salario superior al de la demandante y por lo que a partir de allí no se podía establecer que en efecto ITAÚ haya decidido sin razón alguna remunerar de forma diferente e inferior a la señora demandante en el cargo que ocupa y en el que adicionalmente con el trabajador que se compara, tiene incrementos convencionales superiores.

También acotó que la demandante era asesora de ventas desde el 2007 mientras que el señor Bernal desempeña el mismo cargo, pero desde el año 1999, que permite la CSJSL tener un trato diferencial -antigüedad y experiencia-, tampoco encontró un trato diferencial por el hecho de ser trabajadora afiliada, toda vez que el señor Bernal también era afiliado a una organización sindical.

Por lo que concluyó el Juez de primera instancia, existir factores objetivos que ameritaban la decisión de la remuneración de los trabajadores pues venían de organizaciones bancarias diferentes y de tiempo atrás tenían esos ingresos superiores, aunado a otras circunstancias que imposibilitan establecer anualmente que ambos cumplen labores bajo los mismos niveles en cuanto jornada, eficiencia y eficacia, razones por las no encontró probada

algún nivel de discriminación o de trato discriminatorio, aunado al hecho que conforme a las certificaciones allegadas por la demandada, se constata que las contrataciones recientes tienen un salario inferior y que reafirma que las personas que continuaron en los procesos de absorción o fusión continuaron con ingresos superiores, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que en el presente proceso se debía verificar la desigualdad salarial con el señor Luis Miguel Bernal y que se acreditaron con la documental obrante en el infolio donde se evidencia que ostentan el mismo cargo, por lo que no comparte que el argumento se centre en que ambos venían de distintas entidades y que a partir de allí se presenta esa diferenciación.

No puede desconocerse que por el hecho de que viniera de una empresa anterior, el nuevo no puede desconocer sus derechos y así lo indico la señora Yopasá quien informó que en el 2000 al verificar una disminución en los salarios de las personas vinculadas por virtud de la fusión o absorción como en el 2014 se hicieron nivelaciones para trabajadores que venían con salarios menores, que modificar las bandas traería consecuencias que no corresponde asumirlas al trabajador sino el empleador para retribuir de forma correcta a todos los cargos desempeñados.

Con relación a la antigüedad en el empleo es evidente que la demandante tiene condiciones superiores de experiencia y conocimientos para tener las mismas condiciones salariales del señor Luis Miguel Bernal, por lo que solicitó se tuvieran en cuenta las condiciones especiales quien al igual que el Luis Miguel también hacía uso de los permisos sindicales permanentes, por lo que solicitó se encontrara las razones la razón de los pagos injustificados y debían accederse a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si en el presente asunto la demandante por las funciones que desempeña al servicio de ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., se ubica en una situación de igualdad que amerita un salario igual al cargo de Asesor de Ventas que desempeña el señor LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ y como consecuencia, debe accederse a las pretensiones contenidas en la demanda.

Relación Laboral

No fue objeto de controversia en el presente asunto, la relación laboral de la demandante con ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. desde el **4 de marzo de 1991** mediante **contrato a término indefinido**, desempeñando como último cargo el de asesor de ventas y el cual se encuentra actualmente vigente.

Certificado de existencia y representación legal ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.

En este punto es importante precisar, que la persona jurídica demandada ha sido objeto de modificaciones conforme se extrae del certificado de existencia y representación legal, tal y como se relaciona a continuación (fls. 112 a 150):

- El 5 de junio de 1985 la sociedad cambió su nombre a Banco Comercial Antioqueño
- El 23 de junio de 1997 cambió su nombre Banco Santander Colombia S.A
- Que el 10 de agosto de 2012 cambio su nombre a Banco Corpbanca Colombia S.A.
- Que el 18 de mayo de 2017 cambió su nombre a ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A
- Que el **2 de enero de 1992** se fusionó con la **sociedad Banco Santander S.A.** y la absorbió
- Que el **28 de julio de 1998** absorbió mediante fusión a la Sociedad **Invercredito** Servicios Financieros S.A. y se disolvió sin liquidarse.

Nivelación Salarial

Ahora bien, debe precisarse que el principio de, a **TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL**, se deriva del postulado contenido en el artículo 13 constitucional, concordante con el artículo 53 *ibídem*, y desarrollado en el artículo 143 del CST, en el que establece:

“(...)1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo [127](#).

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación (...)”

Al respecto, debe acotar la Sala, que en asuntos donde se pretenden nivelaciones salariales, fundadas en ejercer igual cargo, pero con asignación remunerativa inferior, con fundamento en la normatividad traída a colación, que consagra el principio a **trabajo igual salario igual**, le corresponde al promotor del proceso la carga de la prueba de acreditar la existencia de - otra persona- que desarrolle idéntico cargo con similares funciones, y equivalencia de jornada de trabajo, rendimiento y eficiencia, de donde se colija que en efecto hubo un trato diferenciado. Así lo precisó entre otras, la sentencia proferida por la CSJ SL14349-2017:

“(...) Ahora bien, desde la perspectiva de lo jurídico, en atención a la vía escogida para el ataque, logra extraer la Sala que la censura se opone al precedente acogido por el juez colegiado, en relación con la asignación de la carga de la prueba en cabeza del trabajador de los referentes de comparación en cuanto a puesto de trabajo, jornada laboral y rendimiento, cuando se reclama la igualdad salarial con base en el artículo 143 del CST, y, para ello,

contrapone otro precedente, la sentencia CSJ SL del 2 de noviembre de 2006, No. 26437, donde esta Corte asentó lo siguiente:

Es claro que si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

De las lecturas de los precedentes enfrentados por el impugnante, se aprecia, a primera vista, que no son discordantes; por el contrario, se complementan, en la medida que el invocado por el contradictor de la sentencia prevé otra situación adicional, cual es el caso donde, para obtener la nivelación salarial, se alega la existencia de un escalafón que fija los salarios para determinado cargo, en cuyo evento no se requiere la demostración de las mismas condiciones de eficiencia; solo bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial.

[...]

*Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, **en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación.** Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto:*

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun.

2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática– de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba–, justificar la razonabilidad de dicho trato. CSJ SL 17442 de 2014 (...)» (negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, debe señalarse que del contrato individual de trabajo suscrito entre **la actora y Banco Santander**, se extrae que el primer cargo para el que fue contratada correspondió a **auxiliar de cartera** (fls. 178 a 179) y que conforme al certificado que milita a folio 194 a 194 vto, ha presentado modificaciones de cargo e incrementos salariales convencionales, conforme se relaciona a continuación:

ELSA JULIANA AGUILAR AYALA			
Fecha	Cargos	Remuneración	Motivo
4 de marzo de 1991	auxiliar de cartera	\$ 104.000,00	INGRESO
1992	auxiliar de cartera	\$ 134.160,00	CONVENCIONAL
1993	auxiliar de cartera	\$ 170.142,00	CONVENCIONAL
1994	auxiliar de cartera	\$ 214.379,00	CONVENCIONAL
1995	auxiliar de cartera	\$ 264.436,00	CONVENCIONAL
1996	auxiliar de cartera	\$ 327.901,00	CONVENCIONAL
1997	auxiliar de cartera	\$ 402.105,00	CONVENCIONAL
1998	auxiliar de cartera	\$ 494.589,00	CONVENCIONAL
1999	auxiliar de cartera	\$ 673.122,00	CONVENCIONAL
2000	supernumerario asesor ventas	\$ 741.107,00	CONVENCIONAL
2001	supernumerario asesor ventas	\$ 826.334,00	CONVENCIONAL
2002	supernumerario asesor ventas	\$ 884.012,00	CONVENCIONAL
2003	supernumerario asesor ventas	\$ 974.093,00	CONVENCIONAL

2004	supernumerario asesor ventas	\$ 1.041.209,00	CONVENCIONAL
2005	supernumerario asesor ventas	\$ 1.119.300,00	CONVENCIONAL
2006	supernumerario asesor ventas	\$ 1.188.920,00	CONVENCIONAL
2007	asesor ventas	\$ 1.284.034,00	CONVENCIONAL
2008	asesor ventas	\$ 1.410.768,00	CONVENCIONAL
2009	asesor ventas	\$ 1.497.530,00	CONVENCIONAL
2010	asesor ventas	\$ 1.557.581,00	CONVENCIONAL
2011	asesor ventas	\$ 1.674.400,00	CONVENCIONAL
2012	asesor ventas	\$ 1.751.590,00	CONVENCIONAL
2013	asesor ventas	\$ 1.877.704,00	CONVENCIONAL
2014	asesor ventas	\$ 1.971.965,00	CONVENCIONAL
2015	asesor ventas	\$ 2.116.510,00	CONVENCIONAL
2016	asesor ventas	\$ 2.334.511,00	CONVENCIONAL
2017	asesor ventas	\$ 2.497.927,00	CONVENCIONAL

De igual forma se allegó, la **prueba documental** que a continuación se tre a colación:

- Manejo de Garantías Reales y Provisiones dirigido a la actora en su cargo de Auxiliar de cartera con fecha 3 de noviembre de 1992 expedido por Bancoquia (fl. 34)
- Comunicación expedida por Bancoquia con fecha 17 de mayo de 1993 dirigida a la demandante con la descripción de las responsabilidades, para desempeñar el cargo de Auxiliar Operaciones Cartera (fls. 37 a 39)
- Comunicación expedida por Bancoquia con fecha 8 de marzo de 1996 dirigida a la demandante con la descripción de las responsabilidades, para desempeñar el cargo de Auxiliar Cartera (fls. 44 a 46)
- Hoja de Vida del Banco Comercial Antioqueño de la demandante, con relación de estudios en primaria, secundaria y un año universitario y experiencia laboral de Secretaria Mecnográfica más de un año y ochos meses (fls. Fls. 51 a 52)
- Descripción de cargo y perfil en el cargo de Asesor de Ventas del Grupo Santander Colombia, con fecha de actualización julio de 2008.
- Solicitud de nivelación salarial en el cargo de asesor de ventas realizada por la actora, conforme a lo devengado por el señor LUIS MIGUEL BERNAL quien también desempeña el mismo cargo en la oficina de Salitre plaza *“con las mismas funciones radicadas en la*

intranet” con fecha de radicación 11 de noviembre de 2011(fl. 70) y en la que se suministró como respuesta, indicándole que el su salario (demandante) estaba por encima de la media de la escala salarial de Banco Corpbanca Colombia S.A que corresponde a \$1.583.467 y que su salario (demandante)asciende a \$1.751.590 y que era el salario quinto más alto entre todos los asesores de ventas de la organización y adicionalmente preciso “(...) en el caso de Luis Miguel Bernal, hay que anotar que procede de Invercredito y fue vinculado en 1991, en el cargo de asesor comercial, y al momento de la fusión dentro de la estructura se nombró en el cargo de asesor ventas, en su situación puntual tuvo aumentos salariales diferenciales en un mismo año , situación que implicó que su salario saliera de la escala media del Banco y por esa situación sea diferencial a los demás (...)”. (fl. 70)

- Certificados académicos de la actora (fls. 90 a 97)

Asimismo, se allegó el contrato individual de trabajo suscrito entre el señor LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ e Inversiones y Crédito Colseguros S.A – Invercredito-(fls. 228 a a 222) y en el que se certificó lo correspondiente a sus ingresos y cargos desempeñados (fls. 235 a 235) conforme se expone a continuación:

LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ			
Fecha	Cargos	Remuneración	Motivo
4/06/1991	Mensajero	\$ 76.310,00	INGRESO
1992	Mensajero	\$ 97.970,00	ANUAL
1992	Mensajero	\$ 128.380,00	OTROS
1993	Mensajero	\$ 161.120,00	ANUAL
1993	auxiliar de cartera	\$ 182.000,00	ASCENSO
1994	auxiliar de cartera	\$ 198.380,00	ANUAL
1995	auxiliar de cartera	\$ 245.180,00	ANUAL
1995	asesor comercial	\$ 338.130,00	ASCENSO
1996	asesor comercial	\$ 415.900,00	CONVENCIONAL
1997	asesor comercial	\$ 510.020,00	CONVENCIONAL
1997	asesor comercial	\$ 627.325,00	CONVENCIONAL
1998	asesor comercial	\$ 755.550,00	CONVENCIONAL
1999	asesor ventas	\$ 853.772,00	CONVENCIONAL
2000	asesor ventas	\$ 940.003,00	CONVENCIONAL
2001	asesor ventas	\$ 1.048.103,00	CONVENCIONAL
2002	asesor ventas	\$ 1.121.261,00	CONVENCIONAL
2003	asesor ventas	\$ 1.210.962,00	CONVENCIONAL
2004	asesor ventas	\$ 1.294.398,00	CONVENCIONAL

2005	asesor ventas	\$ 1.370.768,00	CONVENCIONAL
2006	asesor ventas	\$ 1.456.030,00	CONVENCIONAL
2007	asesor ventas	\$ 1.572.512,00	CONVENCIONAL
2008	asesor ventas	\$ 1.727.719,00	CONVENCIONAL
2009	asesor ventas	\$ 1.833.974,00	CONVENCIONAL
2010	asesor ventas	\$ 1.907.516,00	CONVENCIONAL
2011	asesor ventas	\$ 2.050.580,00	CONVENCIONAL
2012	asesor ventas	\$ 2.145.112,00	CONVENCIONAL
2013	asesor ventas	\$ 2.299.560,00	CONVENCIONAL
2014	asesor ventas	\$ 2.414.998,00	CONVENCIONAL
2015	asesor ventas	\$ 2.592.017,00	CONVENCIONAL
2016	asesor ventas	\$ 2.858.995,00	CONVENCIONAL
2017	asesor ventas	\$ 3.059.125,00	CONVENCIONAL

De igual forma, se escuchó en **interrogatorio de parte a la actora**, quien indicó que desde el año 2004 cuando fue trasladada a Bogotá cuenta con permiso sindical permanente, que su labor las realizaba de 8 horas diarias de lunes a viernes y que en razón al permiso sindical concedido, permanece esta en las oficinas atendiendo el llamado de los trabajadores conforme a la problemática laboral pero no ejercía labores de manera directa como asesora de ventas, acotó que no sabía si su compañero LUIS MIGUEL BERNAL se encontraba en permiso sindical, ya que desconocía las políticas del sindicato que el referido trabajador pertenecía y que **no sabía nada de su historia laboral ya que lo único que sabía era que era Asesor de Ventas y** que se comparaba con él al tener una asignación superior y al ostentar su mismo cargo y que en su sentir, el salario que percibe esta disminuido con relación a lo que devenga su compañero Bernal.

Por otro lado, la **representante legal de la demandada**, indicó en **interrogatorio de parte** que el contrato inicial de la demandante había sido con Banco Santander y que el señor BERNAL DÍAZ con Invercredito y que para el año 1997 tanto la demandante como LUIS BERNAL eran trabajadores de Banco Santander, pero aclaró que antes de ser Banco Santander era Bancoquia y **aceptó encontrarse diferencias significativas en el salario pero que todo obedecía a que los dos venían de diferentes compañías, por lo que cada empleador tenía independencia para fijar salarios de acuerdo a los cargos, aun cuando tanto la demandante y el señor LUIS MIGUEL ostentaban dos cargos totalmente diferentes cuando estuvieron en otras compañías.** De igual forma, aceptó que el

señor LUIS MIGUEL era dirigente sindical de “ADEBAN” y aclaró que para definir el monto de salarios, se hacía dentro de una métrica de salarios.

Asimismo, se recepcionó **el testimonio de Gerardo Bueno Ballesteros**, quien indicó ser trabajador de ITAÚ desde hace 42 años y que era subgerente operativo en la oficina de Cañaveral de Bucaramanga y que el cargo de la demandante era asesora de ventas y que no sabía desde cuando tenía ese cargo; y que con relación a la asignación la demandante le había comentado que era de \$1.600.000 y que no conocía al señor LUIS BERNAL.

Por otro lado, el **deponente Heriberto Benavides Garnica**, quien trabajaba en ITAU hace 28 años y que era subgerente en la oficina de Bucaramanga y que había conocido a la demandante en el Banco Santander en septiembre de 1991 y que ella ostentaba el cargo de Auxiliar de operaciones que después hubo una fusión con Bancoquía y que en el año 1994 veía a la actora trabajar en cartera y que en la actualidad era asesora de ventas y que después se enteró que la demandante vino a Bogotá porque pertenecía al sindicato y que sus funciones cambiaron para defender a todos los empleados al pertenecer al comité de reclamos.

La **testigo, Claudia Villamizar Suarez**, indicó que trabajaba para ITAÚ hace 35 años y que llevaba 20 años en el cargo de asesora de ventas y que la demandante también ostentaba el mismo cargo en la ciudad de Bogotá y que las funciones de un asesor era la de vender productos cuentas corrientes, créditos, seguros y que la demandante tenía ese cargo desde el año 2004 y que su salario es de \$2.600.000 similar al de ella (deponente) y que sabe que ha presentado varias solicitudes de nivelación, pero que el banco siempre le contesta que está bien remunerada y que sabe también que existe en el banco muchas diferencias salariales, agregó que sabe que la actora esta en Bogotá desde el año 2004 y que es dirigente sindical y afirmó no conocer al señor LUIS MIGUEL BERNAL.

Finalmente, **la deponente Zoraida Yopasá**, indicó que trabajaba en ITAÚ desde el año 1994 y era responsable del área de compensación salarial desde hace 7 años como Jefe de Compensación Salarial, en la que se encarga de revisar los procesos de nivelación, retenciones, aumentos, maneja la

administración de incrementos anuales y los que se definen por medio de convenciones colectivas. Agregó que el banco maneja 2 aumentos salariales los que no son beneficiarios de la convención colectiva y los que hacen parte de la convención colectiva y que la remuneración salarial de los asesores de ventas era de \$2.300.000 y que había diferenciación en el sueldo debido a las fusiones y que cada quien manejaba una escala salarial diferente y que lo que hacía la demandada era respetar los salarios o las personas que ya tenían derechos adquiridos, razón por la que existen diferentes rangos salariales a pesar de que realicen las mismas funciones y trajo a manera de ejemplo que si alguien se ganaba cuatro millones lo mantenía y que cada caso era puntual, **con relación a la banda salarial indicó que el banco había contratado un externo para el año 2000 y que habían personas que estaban por debajo y procedió a nivelarlos**, y específicamente con relación al banda salarial para el cargo de asesor de ventas, explicó que se definía una escala salarial previo estudio, devolviéndose al pasado haciendo una valoración de los cargos, se ponderan, las compañías definen con quien se quieren comparar y miran la medida del mercado y con eso se estandariza con que se va a contratar y que eso se utilizaba para todos los cargos, con esos estudios se actualizan cuando la empresa decide ver cómo está el mercado y contrata un tercero como MERCED, TOWERWADSON, ETC **que hacen los estudios, entonces, ellos preguntan con las empresas que deciden compararse y generan las medias salariales y con eso se define la contratación de esos cargos**. Con relación a LUIS MIGUEL BERNAL indicó no conocerlo y no le constaba si se encontraba en permiso sindical.

Conforme al acervo probatorio obrante en el infolio y para determinar si dos trabajadores realizan un trabajo *-de igual valor* -se requiere que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia, no basta con acreditar que un empleado desempeña formalmente el mismo cargo de otro, puesto que, conforme se encuentra normado en el artículo 143 CST, lo relevante a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor, es que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia.

Así las cosas, debe precisar la Sala que en efecto tanto la demandante como el señor LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ ostentan el cargo de ASESOR VENTAS conforme se relacionó en precedencia, teniendo como función básica, la de contactar y atender clientes para la venta de diferentes productos del banco, recibir documentación de clientes, atender y tramitar las operaciones relacionadas con la venta, entre otros (fl. 60). No obstante, no puede pasarse por alto que la demandante, tal y como lo puso en conocimiento desde la situación fáctica planteada en el libelo introductor y amplió sus argumentos en interrogatorio de parte, en el año 2004 cuando solicitó traslado a la ciudad de Bogotá no ejerce este cargo – ASESOR DE VENTAS-, sino contrario a ello, visita las oficinas velando por los intereses de los trabajadores, hechos que confirmaron adicionalmente los deponentes Heriberto Benavides y Claudia Villamizar.

Conforme a lo anterior, dentro del presente asunto no se encuentra plenamente demostrado que la señora AGUILAR AYALA desarrollara las mismas funciones a las que ejerce el señor BERNAL DÍAZ como **Asesor Ventas** o con ese cargo pero con funciones inherentes a la organización sindical, en la que no se logra ni siquiera extraer, que existieran similares condiciones de eficiencia, rendimiento, igualdad o equivalencia de responsabilidades, carga probatoria que se encontraba a su cargo, pues el hecho que la representante legal haya indicado que el señor LUIS BERNAL gozaba también de permisos sindicales conforme a la organización sindical a la que pertenecía –“ADEBAN”-, con esta sola manifestación, no permite inferir que en efecto realizaba la misma labor de visitar las oficinas en procura de los intereses de sus compañeros laborales, en una jornada laboral de 8 horas de lunes a viernes.

Nótese adicionalmente, como los testigos manifestaron al unísono no conocer al mencionado trabajador-BERNAL DÍAZ-, ni siquiera la actora conocía las labores que este desempeñaba, pues fue enfática en indicar en interrogatorio de parte, que no lo conocía, que no conocía su horario, ni lo referente a su historia laboral y que lo único que sabía era que pertenecía a una organización sindical de la que no recordaba su nombre y que si sabía

que el referido trabajador tenía un mayor salario que el devengado por ella en su calidad de asesor de ventas.

Por lo anterior, lo único que se indicó del señor LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ era que gozaba de permisos sindicales y que pertenecía a una organización sindical de nombre “ADEBAN” tal y como lo refirió la representante legal de la entidad demandada, así como el certificado laboral y su histórico de salarios (fls. 236 a 257), sin que nada se puntualizara con el empleado comparado.

Ahora bien, a juicio de esta Colegiatura, si bien se encuentra acreditado que los dos –DEMANDANTE y el trabajador BERNAL DÍAZ- registran con el nombre de un mismo cargo –ASESOR DE VENTAS-, debe indicarse que la diferencia salarial entre el demandante y el señor LUIS MIGUEL DÍAZ BERNAL no obedece a un trato discriminatorio ni caprichoso por parte de la entidad demandada, conforme se pasa a exponer a continuación:

- Se encuentra documentado en el presente asunto que ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. adquirió sociedades financieras a través de fusiones y adquisiciones societarias que la llevaron a integrar una planta de personal; para el caso en particular se tiene que la demandante suscribió contrato con el Banco Santander el 4 de marzo de 1991 y el **2 de enero de 1992** ITAÚ se fusionó y absorbió a la **sociedad Banco Santander S.A.** Por su parte, el señor BERNAL DÍAZ suscribió contrato individual de trabajo con Invercredito el 4 de junio de 1991 y solo hasta el **28 de julio de 1998** ITAÚ absorbió mediante fusión a la Sociedad **Invercredito** Servicios Financieros S.A. la cual fue disuelta; resultando está sola situación fáctica suficiente para concluir la diferencia salariales que se presentan estos dos trabajadores o asesores de ventas:

ELSA JULIANA AGUILAR AYALA			
Fecha	Cargos	Remuneración	Motivo
4 de marzo de 1991	auxiliar de cartera	\$ 104.000,00	INGRESO
1992	auxiliar de cartera	\$ 134.160,00	CONVENCIONAL

Nótese como la demandante desde que ingresó a Banco Santander hasta cuando ITAÚ se fusionó con su empleador, no tuvo incrementos por parte del empleador sino solo el convencional y así se registra desde el momento en que fue vinculada hasta el año 2017 conforme se extrae en la certificación de la referencia.

LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ			
Fecha	Cargos	Remuneración	Motivo
4/06/1991	Mensajero	\$ 76.310,00	INGRESO
1992	Mensajero	\$ 97.970,00	ANUAL
1992	Mensajero	\$ 128.380,00	OTROS
1993	Mensajero	\$ 161.120,00	ANUAL
1993	auxiliar de cartera	\$ 182.000,00	ASCENSO
1994	auxiliar de cartera	\$ 198.380,00	ANUAL
1995	auxiliar de cartera	\$ 245.180,00	ANUAL
1995	asesor comercial	\$ 338.130,00	ASCENSO
1996	asesor comercial	\$ 415.900,00	CONVENCIONAL
1997	asesor comercial	\$ 510.020,00	CONVENCIONAL
1997	asesor comercial	\$ 627.325,00	CONVENCIONAL
1998	asesor comercial	\$ 755.550,00	CONVENCIONAL

Mientras que con el señor BERNAL DÍAZ se observa que antes de la fusión **de la demandada con Invercredito** que ocurrió en el año 1998, se tienen que en el **año 1992** tuvo **2 modificaciones salariales en aumento**, en el **año 1993** tuvo **un incremento anual así como una ascenso**, para el año 1995 un incremento anual y para ese mismo año (1995) un ascenso al cargo de asesor comercial y a partir del año 1996 hasta el año 2017 solo ha sido objeto de incrementos convencionales, esto es, no se encuentra una diferenciación con relación a que este trabajador haya tenido otro tipo de incrementos a los referidos en una CCT, que permitan inferir que existe un trato discriminatorio, pues dicha situación tampoco la relacionó la demandante en los hechos expuestos en la demanda.

Por lo anterior y en atención a las consideraciones realizadas por el recurrente en el que no entiende en donde se presenta la diferencia salarial, debe precisarse que la misma se establece desde el año 1995 previo a la fusión de ITAÚ con el empleador del señor BERNAL DÍAZ-Invercredito-,

pues si bien la demandante para dicha data tenía un ingreso superior que el trabajador comparado, lo cierto es que para ese mismo año pasó de ostentar el cargo de auxiliar de cartera al de asesor comercial y que llevó a que se marcara un ascenso con el respectivo incremento salarial, en el año 1996 tuvo dos incrementos convencionales y que para el año 1997 tuvieran una diferencia salarial de **\$ 225.220**, pero en la que claramente no se puede endilgar responsabilidad alguna a su empleador actual:

LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ				ELSA JULIANA AGUILAR AYALA			
Fecha	Cargos	Remuneración	Motivo	Fecha	Cargos	Remuneración	Motivo
1995	auxiliar de cartera	\$ 245.180,00	ANUAL	1995	auxiliar de cartera	\$ 264.436,00	CONVENCIONAL
1995	asesor comercial	\$ 338.130,00	ASCENSO				
1996	asesor comercial	\$ 415.900,00	CONVENCIONAL	1996	auxiliar de cartera	\$ 327.901,00	CONVENCIONAL
1997	asesor comercial	\$ 510.020,00	CONVENCIONAL	1997	auxiliar de cartera	\$ 402.105,00	CONVENCIONAL
1997	asesor comercial	\$ 627.325,00	CONVENCIONAL				

Debe precisar la Sala, que la sustitución de patronos o empleadores fue introducida inicialmente al ordenamiento jurídico a través del artículo 27 del Decreto Reglamentario 652 de 1935 (Ley 10 de 1934) y estableció: “ (...) *Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerara como una misma empresa la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro de negocios u ocupaciones, con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueños (...)*”. Posteriormente, mediante el Decreto Ley 2350 de 1944, estableció que el contrato de trabajo no se extinguía por el cambio de un empleador a otro: “(...) *Artículo 11. (...) La sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores (...)*”.

Finalmente, el artículo 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo, establece: “(...) *Art. 67. Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios (...)* y (...) *Art. 68: (...)*“La sola

sustitución de empleadores no extingue ni modifica los contratos de trabajo existentes (...)”.

En relación a la literalidad de la norma, ha considerado nuestro órgano de cierre, que de la misma se puede deducir que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa ya sea cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc. Ha señalado también, que es en el contexto de la relación laboral y su continuidad con otro empleador, en el que esta figura tiene pleno sentido o, más bien, en donde se activan sus garantías consistentes en que los términos de los contratos de trabajo no varíen, se mantenga la antigüedad laboral de los trabajadores **y la transferencia de empresa no afecte la solvencia de pago de los créditos laborales adquiridos por el empleador transmitente** (SL 4530 del 11 de noviembre de 2020, rad. 82478).

Por lo anterior y conforme a la documental allegada por la demandada que milita a folio 259 a 262 del expediente, se establece adicionalmente, que no solo existe diferencias salariales entre la demandante y el trabajador comparado LUIS MIGUEL BERNAL DÍAZ, sino en general en el cargo de Asesor de Ventas, ya que se evidencian asignaciones recientes – *con la escala media salarial que refirió la testigo Zoraida Yopasá-* y que ascienden a la suma de \$2.258.168 para los años 2006 a 2018 y una que otra asignación en \$2.269.289 para años 2008, \$2.278.788 para los años 1992, 1994 y así se van incrementando con asignaciones hasta de \$3.059.125 como en el caso del señor BERNAL DÍAZ y el demandante que asciende actualmente a \$2.497.927, por lo que claramente se extrae que se encuentra dentro del rango salarial que adujo la demandada desde el momento de la contestación de la demanda.

Por lo que claramente no se acogen los argumentos expuestos por el actor recurrente, con relación a que se aceptó por parte de la demandada que en el año 2000 se había efectuado una nivelación para los trabajadores que tenían ingresos menores, toda vez que lo que estaba manifestando la señora Zoraida Yopasá en su calidad de testigo, era que se había efectuado ajustes o nivelaciones que se encontraban por debajo de las “*medias salariales*”, por

lo que al encontrarse la demandante dentro de esos rangos, claramente no había nada que ajustar.

Por todo lo anterior, se concluye que las diferencias salariales responden a razones objetivas que las justifican, en el que se demostró que la diferencia en la remuneración del demandante y el trabajador con el que se comparó –BERNAL DÍAZ–obedeció a la necesidad de mantener el nivel salarial con el que venían en cada una de sus empresas, por lo que no responde a un proceder caprichoso o arbitrario de su actual empleador, encontrando pleno respaldo con lo manifestado, en relación al respeto de las condiciones salariales con las que cada uno contaba al momento de la fusión o absorción, aunado al hecho que la demandante se limitó solo a indicar que la diferencia solo la orientaba con relación a lo devengado, sin demostrar situaciones adicionales que se le exige en el asunto puesto a consideración y que hubieran permitido realizar un análisis diferente.

En conclusión, esta Sala encuentra que las razones de la diferencia salarial obedecen a razones objetivas, y que son necesarias para mantener el nivel salarial y en tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se CONFIRMARÁ la decisión impartida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

C O S T A S

Costas en esta instancia a cargo de ELSA JULIANA AGUILAR AYALA de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

D E C I S I Ó N

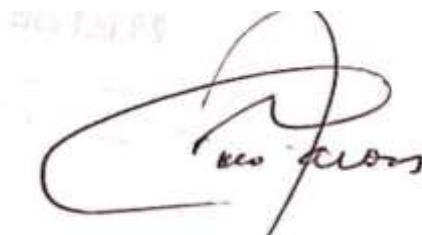
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

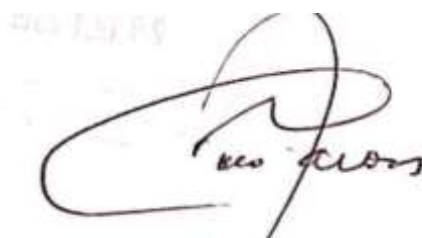


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ELSA JULIANA AGUILAR AYALA, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ DARY RAMÍREZ PINILLA
contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUZ DARY RAMÍREZ PINILLA**, se **declare** ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por lo que resulta ineficaz la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se **ordene** a COLPENSIONES a recibirla como afiliada del RPMPD, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A., a efectuar el traslado a COLPENSIONES, declarando que no existió solución de continuidad en la afiliación, se **condene** a la AFP PORVENIR S.A. a efectuar el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los aportes pensionales efectuados por la demandante a la AFP PORVENIR S.A., junto con los rendimientos legales, así mismo, se sirva fallar conforme a las facultades ultra y extra petita y se **condene** a las demandadas al pago de las costas del proceso. De manera subsidiaria, se **declare** la nulidad del acto mediante el cual se produjo el traslado del RPMPD al RAIS (fl. 41).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 39 a 40 vto.), señaló en síntesis, que nació el 22 de marzo de 1959, indicó que se afilió al RAIS por contar con más de 35 años en la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, indicó que cotizó alrededor de 750 semanas antes del 25 de julio de 2005, señaló que de conformidad con el comunicado por parte de PORVENIR S.A., el 18 de febrero de 2018 había acumulado en su cuenta un valor de \$176.354.742, acreditando 968 semanas en el RAIS y en el RPMPD un total 523 semanas cotizadas, y que conforme proyecciones resulta más beneficiosa la mesada pensional en el RPMDPD que en el RAIS, en consecuencia indicó, que tanto PORVENIR S.A. como COLPENSIONES son responsables de faltar a su deber de asesoría, señaló que no le informaron requisitos de forma, capital mínimo ahorrado para aspirar a una pensión igual o superior a sus ingresos, modalidad de pensión, ni consecuencias negativas, señaló que le informaron que podría pensionarse a la edad y monto que quisiera, manifestó que la decisión de trasladarse no fue espontanea, voluntaria y libre y que su consentimiento fue inducido a error, señaló que el traslado del ISS hoy COLPENSIONES hacia el fondo privado está viciado de nulidad o ineficacia, agregó que el 30 de mayo de 2018 radicó ante COLPENSIONES la anulación de su traslado al RAIS y en consecuencia al RPMPD, la cual fue resuelta de manera desfavorable, asimismo, el 31 de mayo de 2018 solicitó a PORVENIR S.A., la anulación de su traslado y en consecuencia su retorno al RPMPD, solicitud que fue resuelta de manera negativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 118 a 126), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 2, 21 y 22, no ser cierto el 10, y manifestó no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de no lo debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 56 a 64 vto), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1,4,7,26,27 y 29, no ser ciertos los numerales 12 a 23, no ser hechos los numerales 28 y 30 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de febrero de 2020 (CD – fls. 161 y 162), **declaró** el traslado de la señora LUZ DARY RAMÍREZ PINILLA del RPMPD al RAIS, con efectividad a partir del 1 de julio de 1997, a través de PORVENIR ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, **condenó** a PORVENIR a que transfiera al RPMPD, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES, y se **ordenó** recibir a COLPENSIONES de parte de PORVENIR, los recursos y reactive la afiliación de la demandante al RPMPD, **autorizó** a COLPENSIONES para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acta que se declara ineficaz por parte de PORVENIR S.A., **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** a PORVENIR al pago de costas dentro de la cual deberá incluir la suma de \$1.790.000 como agencias en derecho.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, que la asesoría debía contar con la información completa por parte del fondo, no se debían indicar solo los beneficios, sino que al potencial afiliado se le debió suministrar información en la que le indicaran los requisitos para obtener la pensión en uno u otro régimen, por lo cual se debía contrastar la situación entre el RPMPD y el RAIS, indicó que PORVENIR no cumplió con la carga de la

prueba en la que debía demostrar que se suministró la asesoría de carácter personal e individual, resaltó que si en gracia de discusión se tiene el régimen de transición, la demandante para el 1 de abril de 1994 contaba con 35 años, indicó que la demandante en junio de 2008 tenía más de 1000 semanas cotizadas y debía esperar el requisito de edad para pensionarse, puso de presente que el hecho de la demandante se acercara a COLPENSIONES en el año 2009 para conocer su condición pensional, para ese momento el traslado no se podía haber efectuado por cuanto debió haberse ejercido hasta el 22 de marzo de 2006, y finalmente señaló que si bien para el año 2008 había una jurisprudencia sobre la ineficacia, ha sido con el paso del tiempo que se ha realizado un desarrollo jurisprudencial.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación, que al haberse declarado la ineficacia no debieron generarse los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, que son propios ya que son los que dieron origen a la administración de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual, así como lo correspondiente a la destinación de los seguros y que ya se causaron, aunado a los perjuicios que pudieron generarse aquí no fueron tasados y no llevan a que se genere una condena en concreto, por lo que solicita se revoque este numeral. Acotó que la demandante finalmente no es beneficiaria del régimen y que, al haber realizado el traslado de régimen, yo no conservó esta prerrogativa transicional, en el que adicionalmente se debió analizar la excepción de prescripción.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que la demandante no contaba con el mínimo de semanas cotizadas que le hicieran beneficiaria del régimen de transición y que solo contaba con la edad, por lo que al haber solicitado el traslado de régimen cuando le faltaban menos de 10 años claramente ya no podía solicitar su retorno, en el que adicionalmente acotó que en el presente asunto no había vicio del consentimiento por lo que pertenece de manera valida al RAIS y adicionalmente se encuentra prescrito.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debió abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, en los términos precisados por el recurrente COLPENSIONES, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, situación totalmente contraria a los argumentos expuestos en el recurso de alzada por las demandadas, quienes indicaron que solo debe aplicarse para las personas que eran beneficiarias de dicha prerrogativa. .

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora LUZ DARY RAMÍREZ PINILLA, el 30 de mayo de 1997 (fl. 28, 66 y 67), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. afiliación que surtió efectos a partir del 1° de julio de 1997 (fl. 68), efectuando cotizaciones en este régimen desde mayo de 1997 a la fecha (fls. 91 a 104). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 01 de abril de 1982 al 31 de mayo de 1997 (fls. 17 vto).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 28, 66 y 67 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía

de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprochan las demandadas en sus argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que la AFP PORVENIR S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradora, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades** y que desde el nacimiento del acto de traslado también es ineficaz y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el Juez de Instancia en relación a PORVENIR S.A., no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Ahora en lo que tiene que ver con lo dispuesto en el numeral cuarto en el que autoriza a COLPENSIONES realizar las actuaciones civiles a efectos de obtener el pago de los perjuicios, se revocará la sentencia en ese aspecto, en la medida que para eso se ordenó la devolución de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos y gastos de administración con todos sus frutos e intereses; valores estos con los cuales, se cubre a cabalidad el monto de las cotizaciones que hubiera efectuado la accionante en el RPM en caso de no haberse efectuado el traslado, cuya ineficacia fue declarada por el *a quo*.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO**, se **REVOCARÁ EL NUMERAL CUARTO** y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

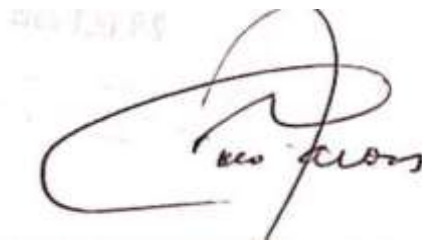
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 28 de febrero de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

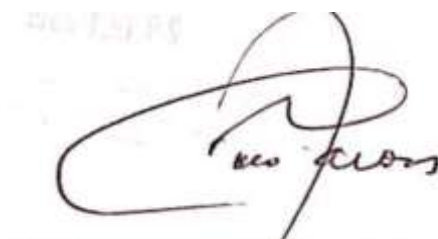
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –BERTHA PATRICIA PEÑA LÓPEZ-
contra - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **BERTHA PATRICIA PEÑA LÓPEZ**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia al RAIS efectuada con Horizonte hoy PORVENIR S.A. para el 30 de octubre de 1994, Davivir hoy PROTECCIÓN el 26 de enero de 1996, al existir error de hecho que vició el consentimiento, que se **declare** que no ha efectuado traslado valido al RAIS, que su entidad pensional es COLPENSIONES y que siempre ha estado afiliada al RPMPD, que es beneficiaria del régimen pensional previsto en el Ley 797 de 2003, se **declare** que tiene derecho al reconocimiento pensional sobre un valor superior a \$5.000.000. Como consecuencia, se **condene** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., registrar en los sistemas de información que no efectuó traslado válido a la administradora por indebida información al momento de la afiliación, se **condene** a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos

los emolumentos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES, a registrar y activar la afiliación en el RPM y actualizar la historia laboral, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez sobre un valor igual o superior a \$5.000.000, junto con los intereses moratorios, se **condene** en uso de las facultades ultra y extra petita y se **condene** a las costas y agencias en derecho. De manera **subsidiaria**, se **condene** a la AFP PROTECCIÓN a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos que los hubiera reconocido COLPENSIONES (fls. 3 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 6 a 10), señaló en síntesis, que nació el 23 de agosto de 1960 y que a la fecha de la radicación de la demanda ha cotizado 1589 semanas, que el 30 de octubre de 1994 se afilió a Horizonte hoy PORVENIR y que a la fecha de traslado ya había cotizado en el ISS 460 semanas, sin informarle las implicaciones del traslado, las desventajas, ni los escenarios comparativos de pensión, y percatándose de sus ingresos y semanas la entidad no le sugirió que debía quedarse en el RPM, ni le informaron de manera clara y comprensible las alternativas para la elección del régimen pensional y que el 26 de enero de 1996 se trasladó de Davivir hoy PROTECCIÓN S.A. incurriendo en los mismos errores de omisión en la información que los de la AFP Horizonte y que percatándose de su situación pensional el 13 de junio de 2008, intentando regresar al ISS hoy COLPENSIONES contratando un servicio particular y evidenciando que le habían generado un conocimiento falso de su realidad pensional y que la llevaron para el 09 de marzo de 2017 a solicitar soportes de la información recibida en su momento así como la nulidad de la afiliación, la cual fue resuelta de manera desfavorable por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN, y que adicionalmente PROTECCIÓN realizó proyección pensional en la que se generaría una diferencia en la mesada pensional importante entre uno y otro régimen, agregó que ante COLPENSIONES también solicitó la nulidad de la afiliación y que también le negó la solicitud realizada y que presentó ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN reconocimiento y pago de la pensión de vejez y a la fecha no tiene pronunciamiento alguno por parte de las entidades.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.120 a 133), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 6.1, 6.3, 6.15, 6.44 a 6.47, 6.49 y 6.53, no ser ciertos los numerales 6.4, 6.11 y 6.50 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación al pago de los intereses moratorios, error del derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 154 a 162). En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 6.9 a 6.11, 6.28 a 6.33, parcialmente cierto el 6.3, no ser ciertos los numerales 6.5 a 6.8, 6.12 a 6.14 y 6.42 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 154 a 162). En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 6.1, 6.15, 6.34 a 6.36, 6.38, a 6.39 no ser ciertos los numerales 6.16 a 6.24, 6.37, 6.40 a 6.43, 6.51 a 6.52 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de febrero de 2020 (CD – fl. 263), **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS administrado por la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A., y con esto la afiliación realizada por BERTHA PATRICIA PEÑA LÓPEZ el 1 de noviembre de 1994, **declaró** que la demandante se encuentra efectivamente afiliada a

la administradora de RPMPD administrado por COLPENSIONES, **ordenó** a PROTECCIÓN S.A. realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES junto con sus respectivos interés o rendimientos y cuotas de administración, **ordenó** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas descritas como reactivar la afiliación de la demandante, **ordenó** a la AFP PORVENIR S.A. pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y si equivalencia en el RPMPD las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, **conminó** a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar lo cual deberá incluir gastos y cuotas de administración, **declaró** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, inexistencia de vicios del consentimiento, cobro de lo no debido, debida asesoría, falta de causa para pedir, buena fe y demás incoadas, **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2019 si la última cotización fue en diciembre de 2018, si existen mas cotizaciones el disfrute pensional quedará supeditado al mes siguiente de la última cotización, si deberá cancelar entonces la pensión, por 13 mesadas y teniendo como primera mesada pensional la suma de \$5.816.318, **absolvió** a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios y **condenó** en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentó de su decisión, que la postura del despacho giraba en torno a lo precisado por la CSJSL en el que en este tipo de asuntos debía demostrar las administradoras que habían cumplido con el deber de informar previo al traslado, asimismo trajo a colación la normatividad que rige en torno al tema, aportando únicamente el formulario de afiliación en el que corresponde a un formato preimpreso que en nada acredita lo correspondiente al deber de informar a cargo de la administradora inicial, esto es, los alcances en relación a la situación específica, subsidios en el RPM y que no podían reemplazarse con el simple formulario de afiliación, en el que acotó que ante las afirmaciones o negaciones indefinidas le corresponde a quien debe cumplir el deber de gestión, acreditar lo correspondiente conforme al art. 1604 del CC, así como lo manifestado por los testigos en el que refirió solo haberle indicado los aspectos positivos, así

como la finalización del ISS, por lo que los elementos probatorios solo los aportó la demandante sin que así lo hiciera PORVENIR, asimismo, que quien solicita la ineficacia no tenía que tener un derecho adquirido o ser beneficiario del régimen de transición como en este caso la demandante no era beneficiaria de dicha prerrogativa, por lo que procedió a declarar la ineficacia y como las consecuencias no podía asumirlas COLPENSIONES, dispuso que PROTECCIÓN trasladara a COLPENSIONES la totalidad de los emolumentos contenidos en la cuenta de ahorro individual, en el que adicionalmente PORVENIR al haber absorbido a Horizonte asumía todas las obligaciones de este figura, ordenando a COLPENSIONES que revisara si existía algún perjuicio que deba cancelarle a su favor.

Con relación a la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, indicó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que su prestación se estudiaba con relación a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y conforme a documento de identidad acreditaba el requisito de la edad con 57 años junto con la relación de densidad de semanas y que conforme a los documentos obrantes en el infolio acreditaba un total de 1586 semanas registrando como última fecha 31 de diciembre de 2018 sin que exista certeza si existen cotizaciones posteriores o no, acreditando más de 1300 semanas; efectuó las operaciones aritméticas e indicó que su pago debía realizarse en 13 mesadas, por lo que condicionó que su pago se realizara una vez se acredite su desafiliación y se efectuara su pago pero atendiendo los cálculos realizados por el juzgado.

APELACIÓN

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señaló que dentro de la fijación de litigio no había quedado establecido que se determinaría unas posibles diferencias pensionales frente a la pensión de vejez y que debía ser asumida por PORVENIR, así como tampoco fue motivada esa diferencia pensional en el fallo por lo que advirtió en relación a los gastos de administración, se desconocían las características propias entre regímenes y no podía condenarse a la entidad asumir una diferencia pensional frente a un régimen que es diferente al otro, indicando que la jurisprudencia soporta solo

se han estudiado en casos donde las personas son beneficiarias del régimen de transición y no podía declararse la ineficacia así como tampoco asumir una diferencia pensional y más con los gastos de administración que realizan los fondos de pensiones en la que claramente la actora se benefició de unas contingencias de invalidez y muerte.

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, en relación a los gastos de administración que debía entregar a COLPENSIONES, en el que de los aportes que realizó la demandante en un 16% la AFP descontó un 3% en gastos de administración para pagar el seguro provisional y que se encuentra legalmente facultado para ello, en el que acotó que le había administrado los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual con diligencia y cuidado junto con los rendimientos financieros que se le generaron y que solo era procedente trasladar los dineros que se depositaron por motivo de cotizaciones y los rendimientos que se generaron y los gastos de administración corresponden a acreencias acaecidas, por lo que si bien se declaró ineficacia no se podía desconocer que estos generaron unos frutos e intereses, que también debería el afiliado devolver.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, de manera parcial en relación a la ineficacia declarada, por lo que indicó que COLPENSIONES sufriría descapitalización o detrimento, sin que el demandante cumpliera con la solidaridad dentro del sistema y los aportes realizadas en el RAIS considera no son suficientes para sufragar la pensión y en los que solo se pueden acudir a la jurisprudencia cuando tienen una expectativa legítima y son beneficiarios del régimen de transición, indicó no estar de acuerdo con lo referente a la inversión a la carga de la prueba y que tampoco se comprobaron los vicios del consentimiento .

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Horizonte hoy PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros,

frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado en los términos precisados por el recurrente COLPENSIONES, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo; situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(…) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (…)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de

abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, en los términos que precisó el recurrente COLPENSIONES.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora BERTHA PATRICIA PEÑA LÓPEZ, el 30 de octubre de 1994, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. (fls.32 y 163), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de noviembre de 1994 (fl. 225), realizando una afiliación a Davivir hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de enero de 1996 (fl. 198), encontrándose afiliada en la actualidad en esta última entidad, efectuando cotizaciones en éste régimen desde noviembre de 1994 a la fecha (fls. 208 a 216). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 04 de marzo de 1985 hasta el 31 de octubre de 1994.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación de Horizonte hoy PORVENIR S.A. obrante a folio 32 y 163 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprocha la demandada COLPENSIONES

en sus argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante bajo las circunstancias alegada por la recurrente (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y

reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual que la integran y con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deban adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en estas administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades** y que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Ahora, en lo que tiene que ver con el pago de las sumas si es el caso, de las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, y que fue objeto de apelación por parte POVENIR S.A. se revocará la sentencia en ese aspecto, en la medida que para eso se ordenó

la devolución de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos y gastos de administración con todos sus frutos e intereses; valores estos con los cuales, se cubre a cabalidad el monto de las cotizaciones que hubiera efectuado la accionante en el RPM en caso de no haberse efectuado el traslado, cuya ineficacia fue declarada por el *a quo*.

Pensión de vejez

En este punto es importante precisar, que no fue objeto de controversia que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que se tiene que la norma aplicable es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, que establece que para tener derecho a la pensión de vejez a partir del 1° de enero de 2014, se requiere en el caso de las mujeres contar con 57 años de edad y 1,300 semanas de cotización, de la cédula de ciudadanía de la actora se desprende que nació el 23 de agosto de 1960 (fl. 31), por lo que a la fecha cuenta con 61 años de edad, cumpliendo así con el primero de los requisitos señalados.

En cuanto a las semanas, se tiene que la totalidad de semanas cotizadas arroja un total de **1,589,72** (fls. 208 a 224), lo cual la hace acreedora a la pensión en los términos que lo consideró el Juez de Instancia.

Disfrute y monto de la pensión

En cuanto a la fecha de exigibilidad de la prestación y monto de la misma, teniendo en cuenta que del reporte de cotizaciones tal y como lo consideró el *a quo* si bien se evidencia que registra una última cotización en el ciclo 122018 (fl. 216) lo cierto es que no se evidencia que se encuentre ya retirada del sistema, por lo que se revocará parcialmente el numeral séptimo de la parte resolutive, ordenando que la pensión se reconozca a partir del día siguiente en que la actora realizó o realice el ultimo aporte pensional, cuyo IBL y tasa de remplazo se calcularán con base en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, el que le sea más favorable a la demandante y el que deberá cancelarse en 13 mesadas.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ EN SU TOTALIDAD EL NUMERAL QUINTO** y se **REVOCARÁ PARCIALMENTE EL NUMERAL SÉPTIMO** de la sentencia apelada, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP y SIN COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. al haber prosperado de manera parcial el recurso de apelación interpuesto.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

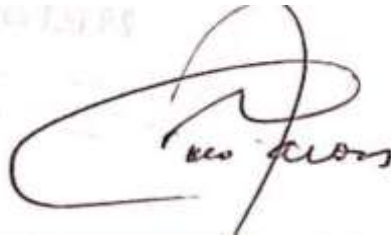
PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SÉPTIMO de la sentencia apelada proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá

el 11 de febrero de 2020, y en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** que la pensión se reconozca a partir del día siguiente en que la actora realizó o realice el ultimo aporte pensional, cuyo IBL y tasa de remplazo se calcularán con base en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral o el de los últimos 10 años, el que le sea más favorable a la demandante y el que deberá cancelarse en 13 mesadas.

TERCERA: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y **SIN COSTAS** en esta instancia a PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES la suma de \$900.000 pesos, para cada una

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –DIANA BEATRIZ SANTA ZAPATA-
contra - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **DIANA BEATRIZ SANTA ZAPATA**, se **declare** que es nulo o ineficaz el traslado realizado del RPM a COLFONDOS S.A., sin haber recibido información completa, transparente, cierta suficiente y oportuna, sin informarle los riesgos que dicho traslado implicaba, sus beneficios y desventajas, incurriendo en la falta del buen consejo, por lo que no se efectuó traslado alguno en virtud del contrato celebrado con COLFONDOS, asimismo, se **declare** nulo los diferentes traslados entre AFP con COLFONDOS, PORVENIR, PROTECCIÓN, se **declare** que no existió solución de continuidad en la permanencia como afiliada en el RPM. Como consecuencia, se **condene** a PROTECCIÓN a reintegrar a COLPENSIONES, todos los valores recibidos como consecuencia del traslado entre regímenes,

tales como aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos e intereses, bono pensional y gastos de administración PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN, se **ordene** a COLPENSIONES aceptar la afiliación al RPM y una vez reunidos los requisitos, le reconozca y pague la pensión. De **manera subsidiaria**, se **condene** a PROTECCIÓN S.A. una vez cumpla los requisitos reconocerle pensión en la misma cuantía que le hubiere correspondido en el RPM, de manera retroactiva y se **condene** a las costas y agencias en derecho (fl. 2 a 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló en síntesis, que se afilió al ISS el 5 de septiembre de 1990, cotizando en el RPM un total 254.86 semanas previo al traslado y que el 1 de julio de 1996 se trasladó del RPMPS al RAIS a través de COLFONDOS S.A., omitiendo el deber de informar de manera transparente, cierta, suficiente y oportuna, así como las ventajas y desventajas y que tampoco le informó el valor de la mesada pensional, agregó que el 1 de marzo de 2001, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. omitiendo el deber de informar en los mismos términos de su traslado inicial y que llevó a que el 27 de abril de 2018 presentara solicitud de traslado ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN, la cual se resolvió de manera desfavorable. Acotó que actualmente tiene un total de 1.305, 29 semanas y que conforme a proyecciones resulta más favorable la mesada pensional en el RPM que en el RAIS.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.109 a 111 vto), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1, 3 a 6, 13 y 20 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y genérica.

Por su parte, la **AFP COLFONDOS S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 119 a 131). En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 4, a 5, no ser ciertos los numerales 6.1, 7, 9 y no constarles los demás, propuso como excepciones de fondo falta legitimación en la causa

por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus actos propios, .

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 154 a 162). En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 4, 14, 16 a 17, no ser ciertos los numerales 8 a 9 y no constarles los restantes, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

Finalmente, mediante proveído de fecha 6 de noviembre de 2019, (fl. 289), el juzgado **aceptó desistimiento** presentado por el actor (fl. 181) en relación a las pretensiones dirigidas a la demandada **AFP PORVENIR S.A.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de febrero de 2020 (CD – fl. 310), **absolvió** a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS y PROTECCIÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas al demandante.

Como fundamentó de su decisión, que la demandante pretendía la nulidad de traslado efectuado a un fondo ante la insuficiencia del deber de informar, por lo que de conformidad con la documental obrante en el expediente se observaba el cambio de régimen en el mes de junio del año 1996, en el que acotó que acogía los lineamientos en relación a la inversión de la carga de la prueba, pero resaltó que la jurisprudencia ha establecido que se trata de afiliados lego a los que se les debe informar, es decir que no tiene ningún tipo de formación, ningún determinado campo de conocimiento, información que se les da a los afiliados en materias de alta

complejidad, en el que en el caso articular la demandante se ha desempeñado en el área de finanzas, por lo que no se trata de una persona lega para entender las consecuencias que traía su traslado y que adicionalmente había hecho aportes voluntarios en el RAIS, tránsitos entre administradoras buscando rentabilidades, por lo que no se encuentra dentro de los supuestos en la norma.

Frente a la pretensión subsidiaria y con relación al dictamen pericial aportado, no se trata de una prueba reconocida por COLPENSIONES en el sentido de indicar cuál es el valor real del monto de la pensión, por lo que no contaba con elementos probatorios suficientes para pronunciarse sobre esa pretensión, procediendo a declarar probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la actora.

APELACIÓN

La PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, señalando que COLFONDOS no había probado en juicio que suministró la información suficiente para persuadirla al momento del traslado de régimen pensional, sin que las condiciones profesionales o laborales de la demandante lo relevaran del deber de información, así como tampoco que sea o no beneficiaria del régimen de transición o una expectativa legítima para pensionarse y lo único que debe exigirse es que se pruebe que cumplió con el deber de informar y así lo ha ratificado la CSJSL desde hace 12 años, por lo que COLFONDOS en el año 1996 no probó que haya brindado esa información y tampoco la demandante tenía la amplia experiencia en el que se funda negativa pensional y que cuando la CSJ se refería a un “afiliado lego” lo acotaba para los afiliados que no tenían experiencia en materia pensional y no a todos los profesionales, por lo que el engaño no se podía trasladar al demandante.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de COLFONDOS S.A. es ineficaz por falta de información y si como

consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo; situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(…) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (…)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de

abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora DIANA BATRIZ SANTA ZAPATA, el 5 de junio de 1996, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. (fls. 176), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de agosto de 1996 (fl. 157), realizando una afiliación posterior a PROTECCIÓN S.A. el 26 de enero de 2001 (fl. 166), realizando una afiliación posterior a PORVENIR S.A. el 25 de julio de 2010 (fl. 157) y regresando a PROTECCIÓN el 29 de enero de 2013 y encontrándose afiliada en la actualidad en esta última entidad (fl.157), efectuando cotizaciones en éste régimen desde julio de 1996 a la fecha (fls. 159 a 165). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 05 de septiembre de 1990 hasta el 30 de junio de 1996.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación de COLFONDOS S.A. obrante a folio 169 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa

legítima, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora, si bien la demandante conforme lo expuso en interrogatorio de parte cuenta con una amplia trayectoria profesional y laboral en el área de finanzas, por ese solo hecho no puede darse por cierto que tenía conocimientos sobre el tema pensional puesto a consideración tal y como

fundó negativa el Juez de Instancia, indicando que no se trataba de una “afiliada lego”, pues claramente para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado o del tiempo de permanencia en el mismo; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios o de tener un conocimiento previo de la decisión que estaba tomando, pues de haber tenido la experticia suficiente y que echó de menos en el presente asunto, posiblemente no se hubiera trasladado de régimen .

Refuerza lo anterior, el hecho en que es evidente que la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS y en el que si bien reprochó esta situación el *a quo*, también lo es que en el caso de Porvenir ni PROTECCIÓN S.A., estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró en el plenario, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual que la integran y con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en estas administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades** y que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Ahora bien, con relación a los comunicados de prensa que obran en el infolio (fl. 134, 151 a 156), donde se le informa al público el derecho a trasladarse de régimen y los requisitos adicionales para los beneficiarios del régimen de transición, no lo es menos que dicha información es de carácter general, pues no se indican las ventajas de uno u otro régimen, por lo que no suple el deber de información que debió darse a la demandante para la fecha en que efectivamente se realizó éste.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos

del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

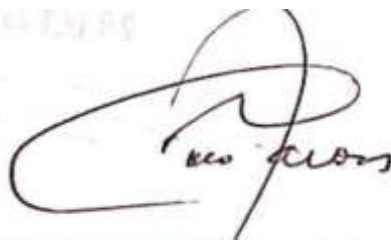
TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, durante su permanencia en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de las AFPS los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado