REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 005-2020-00235-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **RODRIGO REY NAVARRO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES), así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mencionada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada –PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 29 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **RODRIGO REY NAVARRO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP PORVENIR S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, inicialmente por intermedio de PORVENIR S.A. y finalmente a través de PROTECCIÓN S.A. ante la omisión en el deber de información.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y gastos de administración.
2. **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, aceptar el traslado al régimen que administra, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse afiliado al **RAIS.**
3. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: **COLPENSIONES** (fls 211-230 expediente digital), **PROTECCIÓN S.A.** (folio 124-139) y **PORVENIR S.A.** (fls 261-285), de acuerdo al auto de fecha 24 de agosto de 2021 (folio 334), entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 03 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** la nulidad de traslado de régimen pensional de Prima Media al de Ahorro Individual realizado por el señor **RODRIGO REY NAVARRO** a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. ORDENÓ** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar** a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a **COLPENSIONES** a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. No condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando: "*Mi representada no tuvo injerencia alguna, en la decisión tomada por el señor Rodrigo, en relación al traslado realizado, al igual Honorables Magistrado solicito con todo respeto se estudie a fondo lo indicado por el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que se declara la nulidad de traslado de régimen con relación a la falta del deber de información por parte de la AFP en su momento, pues como se pudo probar que no fue clara, precisa, comprensible o transparente al momento del asesoramiento al demandante, al igual se observa que por parte de la AFP actual se falló en el deber de oportunidad, en no asesorar al actor, en la prohibición legal toda vez que está en cabeza de estos fondos privados brindar este asesoramiento para indagar al actor bajo qué régimen desea permanecer el afiliado antes de cumplir con el límite de los 10 años para tener derecho a la pensión, teniendo en cuenta lo anterior Honorables Magistrados, pues se debería o debería ser el fondo privado quien asuma el estudio del reconocimiento del derecho pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el Régimen de Prima Media administrado por mi representada Colpensiones, por lo anterior solicito a los Honorables Magistrados, se tenga en cuenta que mi representada, se encuentra vinculada al presente proceso de forma residual, puesto que de declararse la nulidad de la afiliación efectuada ante RAIS, en tal efecto no puede ser endilgaba a mi representada, máxime cuando a quien le asistía la obligación de brindar una información veraz y oportuna era en su momento al fondo privado al momento de realizar la suscripción del formulario de afiliación y no al ISS hoy Colpensiones. Solicito al igual a los honorables magistrados que de ser confirmada la sentencia, teniendo en cuenta que la responsabilidad profesional y directa recae sobre los AFP, así mismo esta debe garantizar el reintegro de la totalidad de todas las cotizaciones, pues esto teniendo todos los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas del fondo de garantía de pensión mínima, todos los rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración pues esto todo con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de Prima Media, por último solicito se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica pues toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró el actor y los fondos privados, y los actos jurídicos, en principio tiene efectos interpartes, por lo cual pues independiente de la decisión adoptada, mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con dicha decisión.*"

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. efectuado por el (la) señor Rodrigo Rey Navarro, el día **29 de mayo de 1996**; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **AFP PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del Régimen de Prima Media con prestación definida, solicitó trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a través de la **AFP PORVENIR S.A.**, el día 29 de mayo de 1996 (folio 286) y finalmente por intermedio de **PROTECCION S.A.**-*01 de abril de 1997*-(folio 196)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente, Colpensiones aportó historia laboral del señor RODRIGO REY NAVARRO, documento que da cuenta de aportes efectuados por el afiliado desde el 19 de julio de 1977 al 31 de mayo de 1996, para un total de 369.43 semanas (folio 252 expediente digital). Mientras que la AFP Porvenir aportó: copia del formulario de afiliación, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF, certificación de afiliación, conceptos emitidos por la Superfinanciera; entre tanto PROTECCIÓN

S.A., allegó: historia laboral, reporte estado de cuenta, resumen historia laboral, certificado expedido por el SIAFF, copia del formulario de afiliación, conceptos emitidos por la Superfinanciera y comunicados de prensa, es decir, que los fondos demandados no incorporaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el dia 29 de mayo de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 29 de mayo de 1996, el demandante tenia 369.43 semanas cotizadas (fl. 252), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 22 de septiembre de 1959-fl. 13) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, pudo pensionarse en el RPM en el año 2021, en cambio en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada COLPENSIONES, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, en cuanto a que cada una de las administradoras a las que estuvo afiliado el actor, debe realizar devolución de gastos de administración, se trae a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989. CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).",* despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por COLPENSIONES.

Por lo anterior se condenara a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A**. a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a **COLPENSIONES,** y generados durante el lapso en el que el accionante estuvo afiliado a las mencionadas AFP.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **RODRIGO REY NAVARRO** del **ISS** hoy **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a la **AFP PORVENIR S.A.**, el 26 de mayo de 1996, y en consecuencia el traslado posterior a **PROTECCIÓN S.A.** y se modificara en relación con la devolución de los gastos de administración a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2021, por el Juzgado 05° Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido que tanto como PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán realizar la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, a COLPENSIONES, y generados durante el lapso en el que el accionante estuvo afiliado a las mencionadas AFP.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500520200023501)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500520200023501)

Aclara Voto !

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500520200023501)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 006-2020-00008-01

Bogotá D.C., febrero, veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**JORGE MILTON GALINDO ALVARADO**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
ASUNTO:	**RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA// CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mentada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 06° Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de julio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada-COLPENSIONES, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JORGE MILTON GALINDO ALVARADO, instauro demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente de folio 5 a 9, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a COLPENSIONES a pagar el beneficio pensional, junto con la indexación y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

3. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls 59-64), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 06° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 06 de julio de 2021, **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, señor JORGE MILTON GALINDO ALVARADO, la pensión de vejez a partir del día 1 de octubre del año 2019 en cuantía inicial de $2´910.803, los aumentos legales, la mesada 13 adicional y los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la exigibilidad de la obligación, mes a mes, hasta cuando se produzca el pago de la obligación. **AUTORIZÓ** a **COLPENSIONES** para efectuar el descuento por aporte de salud. **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción y **CONDENÓ** en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló el fallo de primera instancia:

RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ: *"En atención a la decisión tomada dentro del presente proceso me permito interponer el recurso de apelación y lo argumento de la siguiente manera: por tanto, el carácter incompatible de la pensión lo da la Ley 100 del 93, con sus modificaciones previstas en la Ley 797 del 2003, dado que el sistema pensional propende por ser integral, único y universal, cuya caracterización se ve reflejada en no permitir que sea procedente que un mismo beneficiario tenga acceso al mismo tiempo a dos pensiones que, por su naturaleza, cubren el mismo riesgo, sin hacer distinción de la entidad pensional del sistema general de pensiones al cual se encuentre afiliado o, como en el presente caso, a recibir una pensión de vejez, por tanto el reconocimiento de prestaciones que otorga el sistema general de pensiones significa que las mismas tienen como origen la misma causa, es decir, el cumplimiento de los*

requisitos de las edades biológica y el tiempo de servicios a una o varias entidades públicas y/o del sector privado o un número mínimo de semanas aportadas, lo que impide que un pensionado docente pueda percibir simultáneamente una pensión, así como sucede en el presente caso, pues que el señor, el demandante, ya tiene una asignación pensional y reconocida por la FIDUPREVISORA, por tanto, pues no le es posible a mi representada entonces reconocer la prestación por él solicitada. Por tanto, solicito de manera respetuosa sea el Tribunal quien resuelva esta situación revocando el fallo acabado de emitir por su Honorable despacho y, por tanto, se acceda a absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda."

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y si la misma resulta compatible con aquella pensión que percibe el actor, por parte del Magisterio.

Previo resolver el asunto, debe indicarse que en el presente asunto no existe discusión que el demandante realizó cotizaciones al RPM, por intermedio de los empleadores COOPORACION DE EDUCACION Y OTROS Y UNIVERSIDAD LIBRE, desde el 1 de marzo de 1991 al 30 de septiembre de 2019, reuniendo un total de 1328,29 semanas (folio 38-42). Que la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOGOTÁ D.C.-FONDO NACIONAL DE PRESTACIIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconoció a través del Acto Administrativo n. °2893 del 29 de mayo de 2013, una pensión de jubilación, al señor JORGE MILTON GALINDO ALVARADO, en cuantía de $1.872.795, efectiva a partir del 23 de agosto de 2011, por el tiempo prestado como docente de vinculación NACIONAL (folio 45-47). Que Colpensiones a través de las Resoluciones SUB 294402 del 13 de noviembre de 2018, SUB 310415 de 2018, SUB 4325 de 2019 y SUB 226176 de 2019, negó el derecho pensional que aquí reclama el actor (folio 32).

Luego, entiende esta Sala de decisión que lo pretendido por el actor es que se proceda a pagar la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, teniendo en cuenta para ello los aportes realizados al sistema, a través de instituciones educativas del sector privado.

PENSIÓN DE VEJEZ

La prestación solicitada, esta definida, en el el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, enunciado como requisitos para su causacion, los que se reseñan a continuación, esto es:

> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo*
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

Frente al requisito de la edad se tiene que, de conformidad con la copia de la cédula allegada al expediente, folio 43, el señor JORGE MILTON GALINDO ALVARADO, nació el 22 de agosto de 1956, por lo que es claro que la edad de 62 años, la acreditó el mismo día y mes de 2018, encontrándose demostrado el requisito de la edad.

Ahora, en cuanto al requisito de semanas cotizadas se indica que la Ley dispone como mínimo 1300 semanas de cotización. Por ello, una vez revisada la historia laboral del accionante, se evidencia que cotizó al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, desde el 01 de marzo de 1991 al 30 de septiembre de 2019 para un total de 1.328,29. Por lo que se advierte que, para marzo de 2019, el demandante acreditó el tiempo mínimo de cotización.

Así las cosas, se concluye que solo hasta marzo de 2019, el actor completó los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sin embargo, el disfrute de la prestación será a partir del día siguiente a la última cotización que lo fue para el ciclo septiembre de 2019, lo que quiere decir, que será a partir del 1 de octubre de 2019.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

En ese orden, en el presente asunto, tenemos que como quiera que el disfrute de la pensión, lo fue a partir del 1 de octubre de 2019, y la acción ordinaria fue radicada el 16 de diciembre de 2019, no transcurrió el término trienal enunciado, por lo que el fenómeno jurídico en mención, no afecto ninguna mesada pensional.

En este orden de ideas COLPENSIONES, deberá reconocer la pensión de vejez al actor a partir del 1 de octubre de 2019, en una suma equivalente a $2.910.803, toda vez que realizadas las operaciones aritméticas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se halló un IBL de $4.642.430, al cual se le aplicó un tasa de reemplazo del 62,70%, conforme lo dispone el artículo 34 ibidem, suma que es igual a determinada por el Juez de Primera instancia

INTERESES MORATORIOS.

En relación con los intereses moratorios, basta decir que estos tienen una naturaleza resarcitoria y no de carácter sancionatorio como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia entre otras en la SL3736-2019.

Con fundamento en lo anterior, se tiene que en el caso del demandante, radicó la primera petición de reconocimiento pensional el 23 de agosto de 2018, fecha para la cual aún no acreditaba los requisitos para la causación del beneficio pensional, como si ocurrió con aquella presentada el 04 de julio de 2019 (Resolución DPE 12062), por lo que le asiste el derecho al reconocimiento de los intereses, a partir de la fecha en que se vencieron los cuatro (4) meses con que contaba COLPENSIONES para conceder la pensión de vejez, como lo señala el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, esto es, a partir del 4 de noviembre de 2019,

sobre las mesadas causadas a partir del 1 de octubre de esa anualidad, por lo que la sentencia de primera instancia será modificada en este tema.

Ahora, sustenta la pasiva la negativa en el reconocimiento de la prestación tanto en el trámite administrativo y como argumento de defensa dentro de la acción ordinaria, que la citada prestación resulta incompatible con la pensión que reconoce el Magisterio.

Luego, a efectos de analizar la compatibilidad entre la pensión de vejez a la que tiene derecho el aquí demandante con la pensión percibida por el actor en razón al ejercicio de la docencia, esto es, Pensión de Jubilación debemos remitirnos a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 279 de la ley 100 de 1993 según el cual, las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a "*los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*".

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse[1] para definir que "*los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona*

[1] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40845 del 6 de diciembre de 2011 y sentencia con radicado n.°SL 2118 de 2021. "*A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, "(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes", precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.*
Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez; sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios "Salesiano San Medardo", desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y "La Presentación" desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión".

jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo".

En las citadas providencias, dijo la Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida, criterio que había sido expuesto por esa Corporación en la sentencia del 19 de junio de 2008 radicación 28164.

De lo dicho por la Corte concluye esta Sala de decisión, que la obligación de realizar aportes al Sistema pensional en asuntos como la que nos ocupa, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellos se deriven, cuando la Ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones, y, siempre y cuando, el pago de tales prestaciones no transgreda la prohibición del artículo 128 de la C.N. para devengar doble asignación del tesoro público.

A lo anterior, se agrega lo enunciado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia n.° SL3338-2021, que dispuso:

> *"En línea con la intelección transcrita, en la providencia CSJ SL2170-2019, esta corporación adoctrinó que, de conformidad con el artículo 128 de la CP, se entiende por Tesoro Público el que proviene de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. En ese entendido, se pagan con tales recursos las pensiones de jubilación a cargo de entidades descentralizadas, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal y, en consecuencia, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante.*
>
> *Sin embargo, si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de servicios prestados al Estado, mientras que la de vejez lo fue por contar con las semanas cotizadas que la ley exige a los trabajadores del sector privado, entonces ambas resultan compatibles, pues esta última, reconocida por el ISS –hoy Colpensiones–, no es una asignación proveniente del Tesoro Público, de manera que la prohibición del artículo 128 de la CP no aplica en este evento (CSJ SL16083-2015 y CSJ SL10671-2016, citadas en CSJ SL4255-2020).*

Por ello, es claro que la pretensión hoy reclamada es compatible con la pensión que percibe la demandante por tiempos de servicio público y que fue reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Así mismo, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, prevé:

"(...) *Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado. (...)*"

Bajo ese entendido, al revisar la historia laboral del demandante advierte el Despacho que la totalidad de cotizaciones efectuadas por este al régimen de Prima Media fueron realizadas en su totalidad por entidades de carácter privado, como son, UNIVERSIDAD LIBRE y "COO DE EDU. Y OTROS S". Aunado a lo anterior, como se señaló al inició de este proveído, la pensión de jubilación le fue concedida por el tiempo servido exclusivamente como docente de vinculación NACIONAL (folio 45).

En consecuencia, debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en relación con el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, en tanto se modificará respecto de la condena por intereses moratorios.

COSTAS DE SEGUNDA.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia emitida el 06 de julio de 2021, por el Juzgado 06º Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de CONDENAR a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 4 de noviembre de 2019, sobre las mesadas causadas a partir del 1 de octubre de esa anualidad, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en los restantes puntos.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

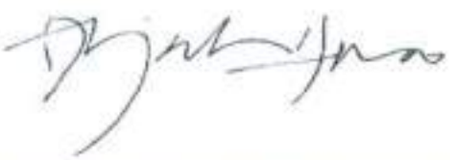
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500620200000801)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310500620200000801)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500620200000801)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA
RADICADO: 11001310500620200801
DEMANDANTE :
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2019, para obtener el valor de la primera mesada.

Promedio Salarial Anual							
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/10/09	31/10/09	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
01/11/09	30/11/09	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
01/12/09	31/12/09	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
Total días		90	-		$ 8.988.000,0	$ 99.866,67	$ 2.996.000,00
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
01/02/10	28/02/10	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	2.996.000,00	99.866,67	$ 2.996.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	3.296.000,00	109.866,67	$ 3.296.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
Total días		360			$ 36.672.000,0	$ 101.866,67	$ 3.056.000,00
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	3.033.000,00	101.100,00	$ 3.033.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	3.056.000,00	101.866,67	$ 3.056.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	3.443.000,00	114.766,67	$ 3.443.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
Total días		360			$ 37.812.000,0	$ 105.033,33	$ 3.151.000,00
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	2.873.000,00	95.766,67	$ 2.873.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	3.153.000,00	105.100,00	$ 3.153.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	3.900.000,00	130.000,00	$ 3.900.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	3.311.000,00	110.366,67	$ 3.311.000,0		
Total días		360			$ 39.409.000,0	$ 109.469,44	$ 3.284.083,33
Año 2013							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	3.400.000,00	113.333,33	$ 3.400.000,0		
01/02/13	28/02/13	30	3.438.000,00	114.600,00	$ 3.438.000,0		
01/03/13	31/03/13	30	3.438.000,00	114.600,00	$ 3.438.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	3.438.000,00	114.600,00	$ 3.438.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	4.028.000,00	134.266,67	$ 4.028.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/10/13	31/10/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
Total días		360			$ 42.641.000,0	$ 118.447,22	$ 3.553.416,67
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	3.557.000,00	118.566,67	$ 3.557.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	3.766.000,00	125.533,33	$ 3.766.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	3.469.000,00	115.633,33	$ 3.469.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	4.637.000,00	154.566,67	$ 4.637.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
Total días		360			$ 44.717.000,0	$ 124.213,89	$ 3.726.416,67
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	3.661.000,00	122.033,33	$ 3.661.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	4.706.000,00	156.866,67	$ 4.706.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	3.870.000,00	129.000,00	$ 3.870.000,0		
Total días		360			$ 46.440.000,0	$ 129.000,00	$ 3.870.000,00
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	4.072.000,00	135.733,33	$ 4.072.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/04/16	30/04/16	30	4.166.000,00	138.866,67	$ 4.166.000,0		
01/05/16	31/05/16	30	2.995.000,00	99.833,33	$ 2.995.000,0		
01/06/16	30/06/16	30	3.744.000,00	124.800,00	$ 3.744.000,0		
01/07/16	31/07/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/08/16	31/08/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/09/16	30/09/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/10/16	31/10/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/11/16	30/11/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/12/16	31/12/16	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
Total días		360			$ 48.673.000,0	$ 135.202,78	$ 4.056.083,33
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/02/17	28/02/17	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		
01/03/17	31/03/17	30	4.212.000,00	140.400,00	$ 4.212.000,0		

01/04/17	30/04/17	30	4.212.458,00	140.415,27	$ 4.212.458,0		
01/05/17	31/05/17	30	4.259.287,00	141.976,23	$ 4.259.287,0		
01/06/17	30/06/17	30	6.437.333,00	214.577,77	$ 6.437.333,0		
01/07/17	31/07/17	30	4.586.736,00	152.891,20	$ 4.586.736,0		
01/08/17	31/08/17	30	4.586.736,00	152.891,20	$ 4.586.736,0		
01/09/17	30/09/17	30	4.586.736,00	152.891,20	$ 4.586.736,0		
01/10/17	31/10/17	30	4.586.736,00	152.891,20	$ 4.586.736,0		
01/11/17	30/11/17	30	4.586.736,00	152.891,20	$ 4.586.736,0		
01/12/17	31/12/17	30	4.586.737,00	152.891,23	$ 4.586.737,0		
Total dias		360			$ 55.065.495,0	$ 152.959,71	$ 4.588.791,25
Año 2018							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	4.586.736,00	152.891,20	$ 4.586.736,0		
01/02/18	28/02/18	30	5.246.470,00	174.882,33	$ 5.246.470,0		
01/03/18	31/03/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/04/18	30/04/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/05/18	31/05/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/06/18	30/06/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/07/18	31/07/18	30	4.643.487,00	154.782,90	$ 4.643.487,0		
01/08/18	31/08/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/09/18	30/09/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/10/18	31/10/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/11/18	30/11/18	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/12/18	31/12/18	30	4.916.604,00	163.886,80	$ 4.916.604,0		
Total dias		360			$ 58.726.121,0	$ 163.128,11	$ 4.893.843,42
Año 2019							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/19	31/01/19	30	4.916.604,00	163.886,80	$ 4.916.604,0		
01/02/19	28/02/19	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/03/19	31/03/19	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/04/19	30/04/19	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/05/19	31/05/19	30	4.916.603,00	163.886,77	$ 4.916.603,0		
01/06/19	30/06/19	30	7.034.634,00	234.487,80	$ 7.034.634,0		
01/07/19	31/07/19	30	5.291.986,00	176.399,53	$ 5.291.986,0		
01/08/19	31/08/19	30	5.291.987,00	176.399,57	$ 5.291.987,0		
01/09/19	30/09/19	30	5.291.986,00	176.399,53	$ 5.291.986,0		
Total dias		270			$ 47.493.609,0	$ 175.902,26	$ 5.277.067,67

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	N°. Dias	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	90	69,800	100,00	1,433	$ 2.996.000,00	$ 4.292.263,81	$ 12.876.790,83
2010	360	71,200	100,00	1,404	$ 3.056.000,00	$ 4.292.134,83	$ 51.505.617,98
2011	360	73,450	100,00	1,361	$ 3.151.000,00	$ 4.289.993,19	$ 51.479.918,31
2012	360	76,190	100,00	1,313	$ 3.284.083,33	$ 4.310.386,31	$ 51.724.635,78
2013	360	78,050	100,00	1,281	$ 3.553.416,67	$ 4.552.743,97	$ 54.632.927,61
2014	360	79,560	100,00	1,257	$ 3.726.416,67	$ 4.683.781,63	$ 56.205.379,59
2015	360	82,470	100,00	1,213	$ 3.870.000,00	$ 4.692.615,50	$ 56.311.385,98
2016	360	86,050	100,00	1,136	$ 4.056.083,33	$ 4.606.568,24	$ 55.278.818,85
2017	360	93,110	100,00	1,074	$ 4.588.791,25	$ 4.928.354,90	$ 59.140.258,83
2018	360	96,920	100,00	1,032	$ 4.893.843,42	$ 5.049.363,82	$ 60.592.365,87
2019	270	100,000	100,00	1,000	$ 5.277.067,67	$ 5.277.067,67	$ 47.493.609,00
Total dias	3600	Total devengado actualizado a:				2019	$ 557.241.708,61
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					$ 4.642.430,00
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					62,70%
		Primera mesada					$ 2.910.803,00
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	$ 828.116,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 2.910.803,00	0,00	$ 0,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 3.021.414,00	0,00	$ 0,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 3.070.059,00	0,00	$ 0,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 3.242.596,00	0,00	$ 0,0

Fuente	*Tabla del IPC - DANE., folios del proceso.*
Observaciones	*Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho*

Fecha liquidación *martes, 1 de marzo de 2022* *Recibe*

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 008-2019-00767-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **CARLOS ALBERTO RENDON ANZOLA**
DEMANDADO: **PROTECCIÓN S.A.**
SEGUROS BOLIVAR S.A.
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como las compañías demandadas-PROTECCIÓN S.A. Y SEGUROS BOLIVAR S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **CARLOS ALBERTO RENDON ANZOLA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **SEGUROS BOLIVAR S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folio 3-13, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

CONDENATORIAS:

1. **ORDENAR** el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, a partir del 30 de mayo de 2010, con ocasión a la muerte de su esposa CLARA ELENA ESCOBAR, a quien le fue reconocida una pensión de invalidez.
2. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre las mesadas pensionales causadas el 30 de mayo de 2010.
3. **CONDENAR** al reconocimiento y pago de la indexación.
4. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: **PROTECCIÓN S.A.** (fls 112-118), COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR (fls 185-209), de acuerdo al auto de fecha 14 de abril de 2021, respectivamente, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 30 de septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada **PROTECCIÓN S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra. **DECLARÓ** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento a la sustitución pensional y falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes que se reclama. No emitió condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación, indicando que de la petición radicada ante PROTECCION S.A. mediante la cual se solicitaba el derecho pensional, se evidenciaba el aporte del registro de defunción, como el de matrimonio y de nacimiento. Así mismo indicó que en la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral, dentro de un proceso precedente, providencia que fue confirmada por esta Corporación, se reconoció la calidad de cónyuge del demandante e inclusive se tuvo como sucesor procesal. Finalmente manifestó que de las declaraciones rendidas por los testigos, se acreditaba la convivencia entre el acotr

y su esposa, toda vez que indicaron que por ser vecinos de la mencionada pareja les constaba que eran esposo y que convivieron desde la calenda en que contrajeron matrimonio hasta que la señora Clara Elena Escobar, falleció.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** si al demandante le asiste el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de quien dice fue su cónyuge, señora CLARA ELENA ESCOBAR.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, y n.° 69788 de 2021, en la que se precisó frente al derecho reclamado lo siguiente: *"La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley."* Y que, por regla general, *"la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral."*

En este asunto no se encuentra en controversia que, a la señora CLARA ELENA ESCOBAR BARBOSA, le fue reconocida pensión de invalidez, por orden emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, dentro del proceso ordinario que ella promoviera contra las compañías aquí accionada, sentencia que fue modificada por esta Corporación, en el entendido de condenar a la entidad llamada en garantía, Seguros Bolívar S.A. a pagar el porcentaje adicional, para el financiación de la prestación, mientras que la Sala de Casación al estudiar el correspondiente recurso, consideró que no se encontró la infracción a la ley sustancial, por lo que el cargo no tenía vocación de prosperidad, falleció el 29 de mayo de 2010, según se desprende del hecho 5 de la demanda, aceptado por la pasiva, en su escrito de contestación, en consideración a que no se allegó si quiera registro civil de defunción de la pensionado (folio 5, 14-43), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

"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 permanentes 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 ese orden, debe tenerse en cuenta que la compañera permanente debe acreditar convivencia con el causante dentro de los 5 últimos años anteriores a la fecha del deceso. Así lo explico la Sala de Casación Laboral en sentencias con n.° de radicado 22560 de 2005, 32393 de 2008, 34785 de 2017 y 45779 de 2018 al señalar que es ineludible a la compañera permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste:

"Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605). Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Ahora, en tratándose de la relación pensionado con su cónyuge, la Sala de Casación Laboral en sentencias tales como la n. °45779 de 2018, SL5141 de 2019 y SL1476 del 14 de abril de 2021, ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto:

"En efecto, según la jurisprudencia de la Sala, el cónyuge con unión matrimonial vigente puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes, siempre que hubiere convivido con el pensionado causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. Criterio expuesto, entre muchas otras, en sentencia SL1869-2020, en la que se rememoró la CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637"

Así las cosas, tenemos que al alegar el demandante que contrajo matrimonio con la señora CLARA ELENA ESCOBAR, el 25 de marzo de 1988, que de dicha unión nació NICOLAS ALBERTO RENDON ESCOBAR, y que la convivencia con su cónyuge se extendió hasta el día de su muerte, que ocurrió el 29 de mayo de 2010, debía probar estos supuestos facticos, en la medida que a la luz de lo establecido en el artículo 25 del C.P.T y S.S., la demanda debía contener: "La petición en forma individualizada y concreta de los medios de prueba."

Así mismo el artículo 167 del Código General del Trabajo, indica: "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*"

Luego entonces, le correspondía al actor, demostrar en este juicio que contrajo matrimonio con la pensionada y que convivió con ella por un lapso superior a los 5 años, los cuales dada la calidad de cónyuge, podían ser acreditados en cualquier tiempo; sin embargo, al observar las pruebas aportadas con el libelo inicial, es claro, que no se allegó el registro civil de matrimonio o la partida eclesiástica, que diera cuenta del vinculo matrimonial, siendo esta la prueba idónea para demostrar el hecho, pues nótese que se relacionó y aporto los siguientes documentos (folio 12-92):

1. Fotocopia de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de la providencia proferida por esta Corporación, y por la Sala de Casación Laboral.

2. Comunicado expedido por Protección, a través del cual niega la solicitud de pensión.

3. Fotocopia de petición radicada ante Protección S.A.

4. Certificado de existencia y representación legal de las entidades demandada.

Lo anterior tiene sus sustento en lo contemplado en la Ley 92 de 1938, que estableció que las partidas eclesiásticas constituyeran la prueba supletoria del Estado Civil y finalmente el Decreto-ley 1260 de 1970, enunció que la única prueba del estado civil son las fotocopias, copias y certificaciones de registro civil expedidas por los funcionarios de registro civil competentes.

Luego entonces, al no allegarse el registro civil de matrimonio, no podemos darle al demandante la connotación de cónyuge de la señora CLARA ELENA ESCOBAR, sin que tal presupuesto se tenga por sentado de la petición que radicó ante PROTECCION S.A. EL 16 de abril de 2019, toda vez que al estudiar la misma, solo describió los hechos que sirvieron de fundamentos a sus peticiones, sin siquiera relacionar los medios probatorios (Folio 51). Como tampoco podemos dar probado este requisito, de las sentencias emitidas dentro del proceso ordinario n. °003-2010-00095, pues contario a lo manifestado por la apoderada del actor, el señor CARLOS ALBERTO RENDON ANZOLA, nunca fue declarado como sucesor procesal de la señora CLARA INES ESCOBAR, dentro la mencionada Litis.

En este orden, habida cuenta que el demandante no demostró haber contraído matrimonio con la señora CLARA ELENA ESCOBAR, la convivencia de los cincos años ya no puede ser en cualquier tiempo, sino al NO existir ese vínculo, hablamos de compañero permanente, siendo necesario que esa convivencia se haya presentado dentro de los cinco años previos e inmediatamente al deceso de la pensionada.

A efectos de demostrar dicho presupuesto se escuchó la declaración del testigo **MAURICIO RODRIGUEZ MARTINEZ**, quien manifestó ser amigo del señor CARLOS ALBERTO RENDÓN, que conoció a la señora CLARA ELENA ESCOBAR, hace 25 años, porque era esposa del señor RENDON, que dicha pareja tuvo un hijo, que visitaba la casa del demandante cada ocho o quince días, que la señora ESCOBAR, murió de cáncer de seno y que la mencionada pareja nunca se separó.

Mientras que la testigo **SANDRA JOHANA LÓPEZ GONZALEZ**, adujo conocer a la demandante, que conoció "a la señora Clara porque eran vecinos y vivíamos en el mismo edificio". Que el grupo familiar de la señora CLARA ESCOBAR, estaba conformado por su esposo y el hijo que se llama Nicolás Alberto Rendón, que visitaba la pareja cada ochos días, todos los sábados, que ella padecía de un cáncer

de seno y que siempre estuvieron juntos "*ellos siempre estuvieron juntos, porque el siempre andaba muy pendiente de ella y de su enfermedad.*"

El anterior material probatorio, no alcanza a dar por acreditado el requisito de la convivencia por cinco años previos al fallecimiento de la señora ESCOBAR, en la medida que si bien esta Sala no desconoce que los testigos, fueron claros en indicar que eran vecinos del demandante y su cónyuge, precisándose tal como ya advirtió que las declaraciones de terceros, no son el medio idóneo para probar el estado civil de una persona, a lo que suma que los dos declarantes señalaron que la mencionada pareja nunca se separó, empero nótese que ninguno hizo referencia a extremos temporales, ni cuando duro esa convivencia, situaciones que resultaba necesarias para esclarecer el presupuesto en mención.

En este orden de ideas, resulta claro que el señor CARLOS ALBERTO REONDO ANZOLA, en su calidad de compañero permanente, ya que no probo el vinculo matrimonial, no logro demostrar ese término de convivencia por un lapso de cinco años previos al fallecimiento de la pensionada, por lo que se **CONFIRMARA** la sentencia de Primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las accionadas. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500820190076701)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500820190076701)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500820190076701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 012-2019-00504-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.
PORVENIR S.A.
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES,** debidamente sustentada como aparece de folio 1-21, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, efectuado inicialmente a través de **COLFONDOS**, con posterioridad a **PROTECCION S.A**. y finalmente a **PORVENIR S.A.**, entidad esta última en la que actualmente se encuentra vinculado.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **ORDENAR A PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.
2. **ORDENAR a COLPENSIONES** a **ACTIVAR** la afiliación dentro del régimen que administra, sin solución de continuidad desde el 21 de agosto de 1978.
3. Costas Procesales.

DECLARACIONES SUSBIDIARIAS

1. **DECLARAR** la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, a través de COLFONDOS, luego por intermedio de PROTECCION S.A. y finalmente a través de PORVENIR S.A.

CONDENAS SUBSIDIARIAS:

4. **ORDENAR A PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.
5. **ORDENAR a COLPENSIONES** a **ACTIVAR** la afiliación dentro del régimen que administra, sin solución de continuidad desde el 21 de agosto de 1978.
6. Costas Procesales.

i.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **COLPENSIONES** (fls 218-227), **PROTECCIÓN S.A.** (fls 353), **PORVENIR S.A.** (folio 308-347) y **COLFONDOS S.A.** (folio 354), de acuerdo a los autos de fecha 21 de octubre de 2019, 07 de diciembre de 2020 y 24 de agosto de 2021, respectivamente (folio 234, 359 y 674), Oponiéndose **PORVENIR S.A.,**

COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito. Mientras que **COLFONDOS** se allanó a lo solicitado en el escrito de demanda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 27 de octubre de 2021, ABSOLVIÓ a las demandadas **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones de la demandada elevadas por el señor **JHON JAIRO RESTREPO LÓPEZ**, al considerar que de las pruebas aportadas por la pasiva junto con el interrogatorio absuelto por el demandante, se corroboraba que al afiliado le impartieron información acerca de las consecuencias del cambio de régimen pensional; y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objetivo que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a la pretensiones de la demanda, alegando en síntesis que las entidades accionadas no cumplieron con el deber de información en los términos enunciados por la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, en la medida que si bien le realizaron una proyección, de estas operaciones no tuvo conocimiento que el derecho pensional en el RAIS, se configuraba con el capital ahorrado, en la medida que tan solo le hablaron de rendimientos financieros, tan es así que siempre tuvo el convencimiento que la prestación sería muy similar al salario que estaba devengando. Que atendiendo los parámetros de la jurisprudencia, la información no solo debe ser suficiente, sino también clara, veraz y completa, y que en las proyecciones que le fueron efectuadas no hubo claridad, puesto que dejo sentado en el interrogatorio que sabía que se podía pensionar a una edad, mas no cuando cumpliera un determinado capital. Finalmente agregó que la carga de la prueba está en cabeza de las demandadas y que en el presente asunto no existen pruebas que acrediten la asesoría impartida.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. y efectuado por el (la) señor **JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ**, por intermedio de la **AFP COLFONDOS S.A.** el día 17 de marzo de 1997 **2.** En caso afirmativo, si

tiene derecho a que **AFP COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A**. y **PORVENIR S.A.** devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del Régimen de Prima Media con prestación definida, solicitó trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a través de la **AFP COLFONDOS S.A.,** el dia **17 de marzo de 1997**, posteriormente a **SANTANDER hoy PROTECCIÓN** -23 de abril de 2002-, seguidamente a **HORIZONTE S.A**.-10 de agosto de 2003-, después a **ING S.A**.-16 de abril de 2004 y finalmente a **PORVENIR S.A.** actuación esta última registrada el 20 de febrero de 2006 (folio 95)

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

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente, COLPENSIONES aporto expediente administrativo e historia laboral del afiliado JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ, documento este último que da cuenta de aportes efectuados desde el 1 septiembre de 1979 al 30 de abril de 1997, reuniendo un total de 591.14 semanas. Mientras que la AFP COLFONDOS indicó: *"me permito allanarme a la demanda"*. En tanto PROTECCION S.A. aportó: copia formulario de afiliación a SANTANDER S.A., historial de vinculaciones expedido por el SIAFF, constancia de traslado de aporte a COLFONDOS S.A., conceptos emitidos por la Superfinanciera y comunicados de prensa; Mientras PORVENIR S.A., incorporó: formulario de afiliación a HORIZONTE año 2003 y PORVENIR S.A., año 2006, certificado de vinculaciones expedido por el SIAFF, relación histórica de movimientos, historia laboral OBP, constancia de afiliación a la citada administradora, historia laboral consolidada, conceptos emitidos por la Superfinanciera y comunicados de prensa, es decir, que los fondos demandados no incorporaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de marzo de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 17 de marzo de 1997, el demandante tenía 591.14 semanas cotizadas a COLPENSIONES, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 04 de junio de 1961) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023, en cambio en el RAIS, para tener una mesada pensional

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

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

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

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

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

A lo que se agrega que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por surtido de la manifestación realizada por el actor, referente a que le indicaron que recibiría unos

rendimientos financieros, que dada la proyección realizada en su momento, su mesada pensional, podía ser superior al salario que devengaba, y que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual, pues nótese que solo le indicaron ventajas, cuando la información referenciada, implica también las consecuencias y desventajas del cambio de régimen pensional.

Ahora bien, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

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

De conformidad con las consideraciones anteriores se tiene que lo procedente es declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS, mediante formulario diligenciado el 17 de marzo de 1997, así como los traslados horizontales efectuados a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera de las mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros que posea el demandante en su cuenta, además todos los fondos privados demandados, deberán devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Respecto a la devolución de gastos de administración, se trae a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad.*

31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).".

Por lo anterior se condenará a **PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a **COLPENSIONES**, y generados durante el lapso en el que el accionante estuvo afiliado a las mencionadas AFP.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en su lugar se **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ del **ISS** hoy **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, el 17 de marzo de 1997, y en consecuencia los traslados horizontales, realizados con posterioridad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia, las de la primera instancia se **REVOCAN** y se imponen a las entidades **demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.**

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor **JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ** identificado con C.C N° 19.467.872, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad, por intermedio de COLFONDOS S.A., realizado el día 17 de marzo de 1997, y en consecuencia los traslados horizontales, realizados con posterioridad, según se expuso.

SEGUNDO: **DECLARAR** válidamente vinculado al demandante JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ identificado con C.C N° 19.467.872, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de este régimen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: **CONDENAR** a la demandada **AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ** identificado con C.C N° 19.467.872, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: **CONDENAR A COLFONDOS S.A Y PROTECCIÓN S.A** a remitir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación

del señor JOHN JAIRO RESTREPO LÓPEZ identificado con C.C N° 19.467.872.

QUINTO: **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de la primera instancia a cargo de las entidades **demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.**

SEXTO: **EXHORTAR** a la Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501220190050401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501220190050401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501220190050401)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 013-2019-00697-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**GLORIA CRISTINA OROZCO GIL**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES** **AFP PORVENIR S.A.** **AFP PROTECCION S.A.**
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 09 de diciembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **GLORIA CRISTINA OROZCO GIL,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES,**

debidamente sustentada como aparece de 2 a 22, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. **DECLARAR** que tanto la sociedad PROTECCION S.A. como PORVENIR S.A., la asesoraron de manera errada e inadecuada, sin un análisis previo y minucioso de las condiciones que gravitan en torno a sus especificas condiciones pensionales.
2. **DECLARAR** la ineficacia o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, realizada inicialmente a través de la compañía PROTECCIÓN S.A. y con posterioridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual, junto con los rendimientos y semanas cotizadas.
2. **ORDENAR** a COLPENSIONES, aceptar el traslado al régimen que administra, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse afiliado al **RAIS.**
3. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **COLPENSIONES** (folio 106-109); **PORVENIR S.A.** (folio 130-146) y **PROTECCION S.A.** (folio 271-283), de acuerdo a los autos de fecha 26 de noviembre de 2020 y 19 de abril de 2021 respectivamente, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 05 de noviembre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la **AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.**, y de contera aquella efectuada con posterioridad a **PORVENIR S.A. CONDENÓ a**

PROTECCIÓN S.A. y **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga cada una en su poder. **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a tener como afiliada a la demandante, a recibir los dineros ya referenciados y actualizar la historia laboral de la demandante. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas y **CONDENÓ** en costas a la demanda **PROTECCION S.A.**

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando que en atención al derecho de libre escogencia contemplado en la Ley 100 de 1993, la afiliada decidió de manera libre y voluntaria trasladarse al Régimen de Ahorro individual, y así se logró establecer del Interrogatorio de parte absuelto, como del formulario de afiliación que suscribió. Por otra parte señaló que, la demandante se encuentra incursa dentro de la prohibición legal prevista en la norma citada, por cuanto al faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, no pude retornar al régimen que administra, más cuando previo al cumplimiento de los 47 años, no hizo uso de esa prerrogativa, ni se interesó por su situación pensional. Finalmente adujo, que la inconformidad de la afiliada, en cuanto a que en el RAIS no se cumplen sus expectativas pensionales, no pueden ser argumentos valederos para declarar la ineficacia, pues en uno u otro régimen podrá acceder a las prestaciones pensionales.

Entre tanto **PORVENIR S.A.**, manifestó, que no se configuró causal alguna para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la accionante al RAIS, que si bien existen múltiples precedentes jurisprudenciales, en cuanto al deber de información, no es menos cierto, que no se valoraron las normas o preceptos jurídicos que regían el asunto para el año 1995, anualidad en la que se efectuó el traslado. Que la demandante realizó tres traslados horizontales, cada uno de los cuales iba precedido de la información o asesoría necesaria, por lo que en su concepto no se puede hablar de un incumplimiento en el deber de información, sumado a que de los extractos y demás herramientas a su alcance, la asegurada pudo haber conocido su ahorro pensional. Precisó que no se presentó ningún vicio en el consentimiento, que además la demandante como consumidora financiera, tenía unos deberes, entre los cuales se encontraban actualizar sus datos y asesorarse sobre las condiciones, característica y acceso del sistema pensional.

Enunció que no hay lugar a devolver suma alguna por rendimientos financieros o cuotas de administración, ya que estos rubros solo se genera por su vinculación al régimen de ahorro individual, por lo que al declararse la ineficacia de la afiliación, nunca se generaron, ante la inexistencia del acto jurídico.

Finalmente **PROTECCIÓN S.A.**, solo interpuso recurso de apelación respecto de la devolución de los gastos de administración y primas de reaseguró, bajo el argumento que son descuentos que están autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Que además los aportes con sus respectivos rendimientos financieros fueron remitidos a PORVENIR S.A.; que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al fondo, no hubo gestión o descuento directo de los aportes por administración, ya que se trató de cotizaciones recuperadas de la Caja de Previsión a la cual se encontraba vinculada, por lo que considera, que no adeuda suma alguna por los conceptos en mención. Agregó que ordenar el pago de estos rubros a favor de Colpensiones, constituye un enriquecimiento sin justa causa, para esta última entidad, ya que las comisiones referenciadas no financian la pensión de la asegurada.

Manifestó que se aplicó de manera parcial y desconociendo el principio de inescindibilidad de la norma, lo contemplado en el artículo 1704 del Código Civil, ya que al aplicar los efectos de la nulidad a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, se entiende que nunca existió el contrato de afiliación, no administró ningún recurso, no hubo cobro de cuota y no se generaron rendimientos.

Finalmente, afirmó que la prescripción afecto esta condena, en la medida que se trata de dineros que no financian la pensión y de acreencias de tracto sucesivo.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. efectuado por la señora **GLORIA CRISTINA OROZCO GIL**, el día 11 de septiembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PROTECCION Y PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la **AFP DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 11 de septiembre de 1995 (folio 288 reverso) y con posterioridad se vinculó a **PORVENIR S.A.** ***-09 de marzo de 1998***-(fl.248)

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

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

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

Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de

afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente, Colpensiones aportó el expediente administrativo e historia laboral de la actora, documentos que dan cuenta que, realizó cotizaciones al RPM desde el 6 de octubre de 1983 al 1 de diciembre de 1983, reuniendo un total de 8.14

semanas. Igualmente efectuó aportes a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DISTRITAL, desde el 1 de julio de 1987 al 15 de agosto de 1995 (folio 54-112). Mientras que la AFP Protección S.A., aportó: copia del formulario de vinculación, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF; constancia de traslado de aportes a PORVENIR S.A., concepto emitido por la SUPERFINANCIERA y comunicados de prensa. Entre tanto PORVENIR S.A. allegó: copia de formulario de afiliación suscrito por la demandante, historial de vinculaciones elaborado por el SIAFF, copia de la relación de aportes de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, historia laboral consolidada, certificación de afiliación, respuesta dada por la mencionada AFP, respecto del derecho pensional de la accionante y certificado de Existencia y Representación legal, es decir, que los fondos demandados no allegaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el dia 11 de septiembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaria para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 11 de septiembre de 1995, la demandante tenía 425.99 semanas al RPM (fl.54), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 13 de enero de 1961– fl. 54) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2018 (fecha para la cual contaría con más de 1.300 semanas), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional

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

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de las mencionadas entidades, con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1. ° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió

esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

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

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

Finalmente, en relación al punto de apelación de la demandada Colpensiones, en cuanto que la demandante, está inmersa dentro de la prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora GLORIA CRISTINA OROZCO GIL del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 11 de septiembre de 1995, y en consecuencia el traslado posterior a la AFP PORVENIR S.A.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 05 de noviembre de 2021 por el juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501320190069701)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310501320190069701)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501320190069701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2013-00732-01

Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**LUISA FERNANDA SILVA MURILLO**
DEMANDADO:	**GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA**
	JEUNESSE COLOMBIA SAS
	JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD
ASUNTO:	**RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegatos, según lo ordenado en auto del 04 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO instauró demanda ordinaria laboral contra de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA,

JEUNESSE COLOMBIA SAS y JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, debidamente sustentada como aparece a folios 5 a 7 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Que entre la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO, y las demandadas, existió un contrato individual escrito de trabajo a término indefinido, que se ejecutó desde el 27 de julio de 2009 hasta el 31 de mayo de 2012, fecha en la cual la trabajadora fue obligada a renunciar, siendo su último salario la suma de $2.000.000, ocupando el cargo de Gerente.
2. Que se declare que el salario que la trabajadora devengaba para el 31 de mayo de 2012, fecha de la renuncia motivada y obligada por las condiciones de indignidad en que la puso su patrono trabajador era de $2.000.000.
3. Que se declare que los demandados de manera solidaria no le han cancelado a la demandante la liquidación que corresponde a la relación laboral causada desde el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, comprendiendo en este ítem las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios correspondientes a todo el periodo laborado, los periodos de vacaciones correspondientes a todo el periodo laborado, que no fueron disfrutados por culpa imputable al patrono.
4. Que los demandados solidariamente no han cancelado a la demandante la liquidación que corresponde a la relación laboral causada desde el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, comprendiendo los factores de cesantías, intereses a las cesantías, los periodos de vacaciones que no fueron disfrutados por culpa imputable al patrono, acorde con lo contemplado en el artículo 64 literal a numeral 2 del CST, modificado por la Ley 789 de 2002, la indemnización contemplada en el Art. 65 del CST, teniendo en cuenta que ala presentación de esta demanda, aun no se ha cancelado las prestaciones sociales, la indexación o corrección monetaria sobre las anteriores condenas, las costas y agencias en derecho.
5. Que se declare que los demandados de manera solidaria no le han cancelado al trabajador la afiliación a salud, pensión, aseguradora de riesgos profesionales, subsidio familiar, caja de compensación familiar, subsidio de transporte y aportes parafiscales.
6. Que se declare que los demandados no le hicieron entrega al trabajador el vestido y calzado durante el tiempo de la prestación del servicio.

7. Que se declare que los demandados, de manera solidaria, debe pagar a la trabajadora la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 64 del CST, literal a).
8. Que se declare de manera solidaria que los demandados deberán cancelar la indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST, modificado por el Lay 789 de 2002, artículo 29, teniendo en cuenta que los demandados no han cancelado al momento de la terminación de la relación laboral, los salarios y prestaciones debidas.

CONDENAS:

1. Al valor del auxilio de cesantías causado desde el día 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012.
2. La indemnización por no haber recibido vestido y calzado de labor durante el tiempo de la ejecución del contrato individual de trabajo.
3. La compensación monetaria de vacaciones durante el tiempo de servicios causado desde el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012.
4. Las primas de servicio durante la ejecución del contrato de trabajo dentro del periodo comprendido desde el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012.
5. La indemnización moratoria por falta de consignación de las cesantías dentro el periodo comprendido desde el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, consignación que ha debido hacerse en un fondo de cesantías de conformidad con lo contemplado en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, que señala la indemnización por no cancelación y consignación de las cesantías a un fondo administrador de cesantías.
6. Los intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado dentro del periodo comprendido del 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012.
7. La indemnización moratoria por el no pago oportuno y completo de los intereses a las cesantías causado desde el periodo comprendido desde el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012.
8. La indemnización por falta de afiliación a una caja de compensación familiar causado dentro del periodo comprendido entre el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012.
9. La indemnización moratoria por falta de pago oportuno y completo derivada de la terminación unilateral del contrato sin justa causa contemplada en el Art. 64 del CST.
10. La indemnización moratoria por falta de pago oportuno y completo de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo

causado dentro del periodo comprendido entre el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, de conformidad con el Art. 65 del CST.

11. Al pago de las cotizaciones de Seguridad Social integral en Salud, pensiones y riesgos laborales, pago que deberá hacerse directamente a la entidad designada por la demandante.
12. La indemnización moratoria por falta de pago oportuno y completo de aportes parafiscales y a la seguridad social a la terminación del contrato de trabajo.
13. La corrección monetaria sobre los conceptos que no tienen indemnización moratoria.
14. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada JUAN GUILLERMO LATIDFF RICHARD contestó la demanda (fls. 183 a 208), así como JEUNESSE COLOMBIA SAS (fls. 209 a 224) y GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA a través de Curador Ad Litem (fls. 285 a 287), de acuerdo al auto del 6 de diciembre de 2017 visible a folios 287 y 288. Se opusieron a las pretensiones del(a) demandante y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de septiembre de 2019, **DECLARÓ** que entre la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO, como trabajadora, y la sucursal en Colombia de la sociedad extranjera GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, con domicilio en Estados Unidos, existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, contrato que terminó por decisión unilateral de la trabajadora.

DECLARÓ PROBADAS las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de responsabilidad solidaria y cobro de lo no debido propuestas por los codemandados JEUNESSE COLOMBIA SAS y JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD.

CONDENÓ a GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA perteneciente a la sociedad con domicilio en el exterior GREATLIFE

INTERNATIONAL LLC a pagar a la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO, los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican:

a) Por auxilio de cesantías, la suma de $427.777,78 para el año 2009; $1.000.000 para el año 2010; $1.500.000 para el año 2011 y $625.000 para el año 2012. Valores a los cuales deberá deducirse la suma de $1.658.851, que fue consignado a órdenes del Fondo Nacional del Ahorro.
b) Por intereses a las cesantías los siguientes valores: a) $21.959,26, b) $120.000, c) $180.000 y d) $31.250 para cada uno de los años antes mencionados.
c) Por primas de servicios: año 2009 $427.777,78; 2010 $1.000.000; 2011 $1.500.000 y 2012 $625.000.
d) Vacaciones; $213.888,89 para año 2009; $500.000 para el año 2010; $750.000 para el año 2011 y $625.000 para el año 2012.
Valores que deberán ser indexados mes a mes desde la fecha de terminación del contrato mayo de 2012 hasta cuando sean efectivamente pagados por la demandada.

CONDENÓ a GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA a pagar la suma de $36.550.000 por sanción moratoria, a razón de $50.000 diarios del 1° de junio de 2012 al 1° de junio de 2014 y a partir del primer día del mes 25, deberá pagar intereses de mora a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera y hasta cuando le sean cubiertos a la demandante los valores de auxilio de cesantía y primas de servicio.

CONDENÓ a la demandada GREATLIGE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA a cancelar a favor de la demandante y al Fondo de Pensiones que la demandante indique, los aportes a pensión causados entre el 27 de julio de 2009 hasta el 31 de mayo de 2012, según cálculo actuarial que expida la entidad administradora de pensiones destinataria de los aportes y teniendo en cuenta que se trata de cotizaciones en mora. Lo anterior, según los ingresos bases de cotización ya señalados.

ABSOLVIÓ a los demandados JEUNESSE COLOMBIA SAS y JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD de las pretensiones incoadas en su contra y a GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAR COLOMBIA de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS a la demandada GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA en proporción del 70%, incluyendo como agencias en derecho la suma de $2.500.000.

COSTAS a cargo de la parte demandante, a favor de los demandados JEUNESSE COLOMBIA SAS y JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, incluyendo como agencias en derecho por valor de $300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. **SUSTITUCIÓN PATRONAL:** Señala que si bien se encuentra de acuerdo, de manera parcial, con el fallo proferido en primera instancia, lo cierto es que considera que debe endilgársele responsabilidad a JEUNESSE COLOMBIA SAS y a JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, toda vez que del material aportado en el expediente, hay constancias de manejos de dineros que por autorización que tenía la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO de manejar las cuentas de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, el 30 de enero de 2012 le fue informado que la empresa había sido comprada por JEUNESSE COLOMBIA SAS, no tenía como conocer en ese momento, pero si posteriormente si se supo de la transacción, pese a que no exista la constancia como lo menciona el Juzgador.
   Lo que quiere decir que la señora LUISA FERNANDA manejó las cuentas de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, en pro de la sociedad JEUNESSE COLOMBIA SAS constituida en abril, momento en el cual JEUNESSE absorbe a GREATLIFE INTERNATIONAL LLC.
   Por otro lado, no puede tomarse como un hecho aparte la existencia de usuarios y contraseñas, asignados con el dominio de JEUNESSE COLOMBIA SAS, que valorado, en su integridad junto con las demás pruebas aportadas al expediente, concluyendo que el vínculo inicialmente fue con GREATLIFE INTERNATIONAL LLC que se convirtió posteriormente en JEUNESSE COLOMBIA SAS.
   Ahora, en el evento en que se llegue a confirmar la decisión de primera instancia, y se concluya que GREATLIFE INTERNATIONAL LLC es una empresa fantasma actualmente, la sentencia a favor de la demandante quedaría para enmarcar, por cuanto no hay a quin cobrarle, por lo que es de

vital importancia que se estudie la sustitución patronal, en tanto que GREATLIFE INTERNATIONAL LLC fue absorvida por JEUNESSE COLOMBIA SAS, de lo contrario, se estaria desconociendo los derechos laborales de los trabajadores que venian laborando para la anterior empresa GREATLIFE INTERNATIONAL LLC y que se convirtió en JEUNESSE COLOMBIA SAS.

2. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA**: Indica que la relación laboral no se dio por terminada con la sociedad GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, sino que se dio por terminada con JEUNESSE COLOMBIA SAS, al momento en que remitió los correos electrónicos le informó JEUNESSE COLOMBIA SAS a la demandante sobre su terminación y que, la misma se dio a raíz de presiones internas.

3. **COSTAS EN CONTRA DE LA DEMANDANTE**: Manifiesta que la demandante se ve afectada al reconocer el pago de costas y agencias en derecho a favor de las demandada JEUNESSE COLOMBIA SAS y el señor JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, por lo que solicita se revoque la condena impuesta en costas en primera instancia a cargo de la demandante.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El **problema juridico** se centra en determinar: **1.** Si entre la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO y la sociedad JEUNESSE COLOMBIA SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido del 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, y si se configuró una sustitución patronal con la empresa GREATLIFE INTERNACIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA. **2.** Si le contrato de trabajo fue terminado sin justa causa. **3.** Costas en primera instancia a cargo de la parte demandante.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL - SUSTITUCIÓN PATRONAL:

En el caso bajo examen, no existe discusión alguna que la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad GREATLIFE INTERNATIONAL LLC el 27 de julio de 2009, para desempeñar el cargo de "Asistente", devengando un salario de $1.000.000, conforme el contrato de trabajo visible a folios 93 a 96 del expediente.

Así las cosas, el Juzgado de instancia declaró que entre la señora LUISA FERNANDA SILVA MURILLO, como trabajadora, y la sucursal en Colombia de la sociedad extranjera GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, con domicilio en Estados Unidos, como empleador, existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término indefinido entre el 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, contrato que terminó por decisión unilateral de la trabajadora.

No obstante lo anterior, la parte demandante presentó recurso de apelación, solicitando se declare la sustitución patronal entre la sociedad GREATLIFE INTERNATIONAL LLC y JEUNERSSE COLOMBIA SAS, como quiera que éste último absorbió a la primera, y que de conformidad con las pruebas obrantes en el expedientes, tendientes a acreditar tal situación, tal es el caso que la demandante manejó las cuentas de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, en pro de la sociedad JEUNESSE COLOMBIA SAS, la existencia de usuarios y contraseñas, asignados con el dominio de JEUNESSE COLOMBIA SAS, entre otras cosas, que valorado, en su integridad junto con las demás pruebas aportadas al expediente, concluyen que el vinculo inicialmente fue con GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, el cual fue sustituido posteriormente en JEUNESSE COLOMBIA SAS.

Así las cosas, conforme al alcance del artículo 67 del CST y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia SL5073 de 2021, reiteración de la sentencia SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, para que opere la sustitución patronal se requiere que haya un cambio patronal, la continuidad en el desarrollo de las actividades del establecimiento, así como la prolongación de los servicios prestados por los trabajadores después del cambio, en la manera como lo venían haciendo con anterioridad al mismo (CSJ SL18010-2016 reiterada en CSJ SL4409-2021).

Esa figura se puede demostrar a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley, pues no requiere prueba solemne ni *ad probationem*, el cambio puede ocurrir por cualquier causa: venta, arrendamiento, cambio o razón social, etc. Y puede darse de una persona natural por otra natural o jurídica o viceversa de una jurídica a una natural.

La continuidad de la empresa que se refiere la norma, hace alusión a las actividades esenciales que se venían ejecutando y la continuidad del trabajador hace alusión a las necesidades de su permanencia en la empresa cuando se produce el cambio con la siguiente prestación de los mismos servicios a favor del nuevo empleador, sin que sea necesario demostrar el contrato de compraventa, como en este caso se aduce, porque de acuerdo con el citado *artículo 67*, no es tal acto jurídico del que deviene la sustitución, sino los demás elementos referidos.

Así las cosas, para efectos de acreditar los supuestos que configuran la sustitución de empleadores, el ordenamiento jurídico no prevé prueba *ad sustantiam actus*, por lo que le es dable al juzgador establecerla por cualquiera de los medios probatorios posibles;

El punto a resolver entonces se centra en determinar, si entre GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA y JEUNESSE COLOMBIA SAS, se dio una sustitución patronal, para lo cual se requiere: *i)* cambio de empleador; *ii)* la permanencia de la empresa; y, *iii)* la continuidad del contrato de trabajo y/o prestación de servicios por parte del trabajador, situación que debe ser verificable desde lo fáctico en cada caso (CSJ SL1943-2016).

En ese orden, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5073 de 2021 consideró que la figura de la sustitución patronal busca proteger la existencia de los contratos de trabajo, estimando su unidad, salvaguardándolos de la terminación de nexos contractuales apenas aparentes, como quedó dicho en sentencia CSJ SL, 4 ag. 2009, rad. 31808, cuando explicó:

> *"En tales condiciones no puede estimarse de manera rigurosa que la sustitución patronal se frustre siempre que aparezca un nuevo contrato de trabajo con el empleador sustituto, sino que deben analizarse las circunstancias en las que culminó el vínculo con el empleador sustituido y las condiciones de ejecución del nuevo."*

Pero también lo es que, cuando se trata de determinar el rompimiento o no de la continuidad de la relación laboral del trabajador por el hecho de la suscripción de

una nueva contratación en el momento de la ocurrencia de la sustitución del empleador, es necesario revisar las circunstancias que en particular determinan si se dan los supuestos legales para la aplicación de la figura jurídica o si, por el contrario, se encuentra excluida, lo que se entra a verificar a partir del examen de las pruebas legalmente recaudadas en el plenario.

Pues bien, al revisar el primer requisito, esto es, el cambio de empleador; así como la permanencia de la empresa, nos debemos remitir al objeto mercantil de las sociedades GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA y JEUNESSE COLOMBIA SAS, según los certificados de existencia y representación legal que reposan a folios 24 – 25 y 26 – 27 respectivamente.

La primera de ellas, GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA, domiciliada en Estados Unidos, en el Estado de Georgia, de sus estatutos y resolución se acordó el establecimiento en Colombia de una sucursal. Corresponde a una filial con el objeto de desarrollar actividades de venta, importación y exportación de productos, así como la representación y mercadeo de productos mediante una fuerza independiente de ventas (fls. 24 y 25).

Por su parte, la sociedad JEUNESSE COLOMBIA SAS, corresponde a una persona jurídica de derecho privado, constituida como sociedad por acción simplificada inscrita el 25 de abril de 2012, como actividad económica, presenta la importación, exportación, comercialización, distribución, compra y venta al por mayor y al detal de productos cosméticos y suplementos naturales alimenticios y en general cualquier producto de la misma naturaleza de los dos mencionados con anterioridad.

De lo anterior se puede concluir que ambas sociedades tienen objetos sociales similares, situación que en primera medida encaja dentro de las hipótesis que prevé la norma que se esta analizando.

Por otro lado, se debe revisar el segundo requisito, esto es, *la permanencia de la empresa;* es decir, que la primera continuó pero bajo el nombre de la segunda, en virtud de la venta o transacción comercial que refiere la parte demandante, esto es, la absorción que realizó JEUNESSE COLOMBIA SAS a GREATLIFE INTERNACIONAL LLC.

No obstante lo anterior, la venta o transacción comercial que refiere la demandante no tiene ningún respaldo probatorio en el expediente, pese a que no se requiere alguna formalidad probatoria para demostrar tal aspecto, esto es, el negocio jurídico en virtud del cual se origina la sustitución patronal, no reposa prueba alguna que demuestre dicha situación, ya sea compraventa, arrendamiento, absorción, etc., entre las sociedades mencionadas, máxime si se tiene en cuenta que GREATLIFE INTERNATIONAL LLC corresponde a un establecimiento de comercio, por tratarse de una sucursal en Colombia, en tanto que el domicilio de la MATRIZ corresponde a Estados Unidos de América, razón por la cual, si bien es posible la absorción de un establecimiento de comercio, al tener una matriz controlante, debe estar autorizado por ésta la absorción de la misma, sin que obre prueba de ello.

Por otro lado, de conformidad con los certificados de existencia y representación tanto de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC y de JEUNESSE COLOMBIA SA, no existe la anotación de la supuesta absorción efectuada en enero de 2012, pese a que dichos certificados datan del 8 de julio de 2013 respectivamente, por lo que se entendería que estarían totalmente independientes.

No obstante lo anterior, se practicó el **interrogatorio de parte de la demandante**, quien afirmó que suscribió inicialmente un contrato de trabajo a término indefinido con GREATLIFE INTERNATIONAL LLC el 27 de julio de 2009, la que aduce, se mantuvo vigente hasta el 31 de mayo de 2012. Que se desempeñó inicialmente como Asistente entre el 2009 y el 2011, dedicándose a organizar las salas de reunión para las negociaciones comerciales entre las empresas, momento en el cual pasó a ser Gerente, dada la renuncia que presentó la Sra. Marly Pérez, encargándose del manejo administrativo de la sucursal, según indicaciones que describe de manera genérica. Que posteriormente se le informó sobre la venta de la empresa, y que a partir de ese momento, empezó a recibir nuevas órdenes, se le informó de las políticas y reglamentos de esa empresa, aperturas de CDTs, manejo de cuentas para la apertura de la nueva sede de la nueva sociedad. Indicó además que GREATLIFE INTERNATIONAL LLC a través de su dueño, el señor PAUL LEE SCOTT, en el mes de enero de 2012, le informó que la sociedad había sido adquirida por JEUNESSE COLOMBIA SAS, informándole adicionalmente que el personal y las funciones con que contaba la sucursal en Colombia de GREATLIFE iba a continuar siendo el mismo, cambio que se daría a partir del 31 de enero de 2012, razón por la cual debía hacer entrega de la oficina ubicada en la Calle 100 con autopista, que las demandadas acordaron trasladar el mobiliario a la casa del

señor LACONTE, como medida provisional, hasta tanto JEUNESSE COLOMBIA SAS se hubiera ubicado en una oficina.

Indicó además, que entre las demandadas al parecer existió una relación comercial que según señaló, correspondía a la comercialización de un producto, al parecer farmacéuticos, que primero comercializaba GREENLIFE INTERNATIONAL LLC y luego paso a ser comercializados por JEUNESSE COLOMBIA SAS en razón a la fusión de las mismas, sin embargo, señala que desconoce que exista algún documento que acredite la fusión, teniendo en cuenta que las actuaciones fueron adelantadas en USA, empero la fusión se dio y en un evento en abril de 2012 en el Hotel Cosmos se dio la apertura oficial de JEUNESSE COLOMBIA SAS, en el que se informó que el señor LATIF retomaba la dirección de la empresa.

De acuerdo con el interrogatorio de parte rendido por la demandante, no se tiene ninguna certeza o se extrae, que de cuenta acerca de la operación entre las empresa como para llegar a la conclusión que en efecto, se trató de una fusión, venta, cesión o figura comercial similar.

No obstante lo anterior, se recibió el testimonio del señor **HÉCTOR ANTONIO RUBIO CASTRO**, quien indicó que conoció a la demandante en el año 2009, como trabajadora de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, en razón que el señor Rubio Castro se encargaba del manejo de la parte gráfica y de publicidad de esa empresa, que conoció que la demandante era subgerente y trabajadora directa de esa empresa. Que para el mes de enero de 2012, se le informó el cambio de gerente y la designación de la demandante por medio de correo electrónico remitido por la señora Cynthia Trejo, quien era la mano derecha del dueño de la sociedad. Concluyó que en el mes de abril de 2012, el testigo presentó una última cotización de sus servicios a nombre de JEUNESSE COLOMBIA SAS, y que fue la demandante quien pagó, presentándose como Gerente de la sociedad.

Se recibió también el testimonio del señor **JAIME OMAR RINCÓN PARADA,** quien indicó tener su oficina de abogadas en la misma sede donde quedaba GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, define a ésta empresa como una de multinivel, en donde la demandante era la Asistente de Gerencia, a órdenes de Marly Pérez, a quien conoció, que frecuentaba la oficina de la demandante, evidenció video llamadas que realizaba la demandante con un señor SCOOT, quien decía que era el dueño de la empresa. Que no tiene claridad de las funciones asignadas a la demandante, sin

embargo, supo que había sido ascendida al cargo de Gerente en agosto de 2011, sin embargo frente a la sustitución patronal, en nada aporta.

Luego, conforme los medios de prueba antes analizados en nada aportan para acreditar la sustitución patronal que alega la parte demandante, y ahora apelante.

Ahora, reposa en el expediente copia del contrato individual de trabajo suscrito entre la demandante y la sociedad GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA el 27 de julio de 2009 (fls. 93 a 96), certificación expedida el 19 de julio de 2013 por COLSUBSIDIO, que da cuenta que la actora estuvo afiliada a esa Caja de Compensación desde el 12 de agosto de 2009 hasta el 1º de abril de 2012 (fl. 87), certificación de afiliación del 15 de julio de 2013 al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, que permite concluir que la demandante estuvo afiliada y que se le consignaron valores por concepto de Auxilio de Cesantías a dicho Fondo, por parte de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA.

Así mismo, reposa autorización dirigida a BANCOLOMBIA de traslado de firmas, suscrita por el señor JOSE ELÍAN DEL HIERRO como apoderado general de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA, a folios 70 a 75 y 82 a 83 copia de comunicaciones del 3 y 26 de junio de 2012 dirigidas a los señores SCOTT, GINA GABRIELA, SCOTT PAUL y JOSE ELÍAS DEL HERRO, representantes de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA.

En el expediente también reposan otros documentos, como la impresión de mensajes de datos, algunos con notas manuscritas, al parecer por la misma demandante, así como correos electrónicos remitidos por JUAN GUILLERMO LATIFF, del 27 de enero de 2012, en donde manifiesta a la demandante que va a hacer un traslado de equipos de su oficina a su hogar, hasta tano se cuente con la aprobación para la otra oficina (fl. 33).

Así mismo, reposa a folio 34 comunicación dirigida a la señora Cecilia Oramas, propietaria de la oficina 404 del Edificio Proksol, suscrita por la aquí demandante, haciendo entrega real y material de la oficina, así como de los parqueaderos 7, 23 y 24, haciendo constar que se entregaban en buen estado (fl. 34).

Reposa también copia de correo electrónico enviado por una señora Debbie Kurley a la demandante, quien le asigna un correo y contraseña, con dominio jeunesseglobal.com (fl. 35), así como nuevo correo informando el correo al cual

debía reportar en la compañía JEUNESSE COLOMBIA SAS (fl. 36). Correo de bienvenida al equipo de JEUNESSE COLOMBIA SAS (fl. 37), traducción oficial de los correos visibles a folios 319 y 320.

A folio 39 reposa correo electrónico remitido a la demandante por parte del demandado JUAN GUILLERMO LATIFF R, en calidad de Consultor Administrativo JEUNESSE COLOMBIA SAS, en donde le solicita información a la demandante, respecto del envío de un producto a un distribuidor de carácter urgente.

Correo electrónico enviado por JEUNESSE COLOMBIA SAS a la demandante, donde informa que JEUNESSE GLOBAL completa la adquisición de GREATLIFE INTERNATIONAL (fls. 54 a 56).

Correo electrónico del 5 de abril de 2012, en el que el señor JUAN GUILLERMO LATIFF R se dirige a la demandante como administradora de la oficina de JEUNESSE COLOMBIA SAS, indicándole que debe recoger unos productos en su lugar de residencia (fl. 57), traducción oficial folios 321 a 322.

Por otro lado, reposan múltiples formularios de solicitud de negociación de transferencia o cheque – compra por parte de BANCOLOMBIA de fecha 21 de febrero de 2012 (fl. 44), 21 de marzo de 2012 (fl. 53), 11 de abril de 2012 (fl. 62), entre otras, en los cuales se relaciona la identificación de la empresa o persona natural que compra o vende divisas, en la que, contrario a lo indicado por el apelante, si bien se relaciona a la demandante, lo cierto es que lo hace con el dominio de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, siendo fechas posteriores a la supuesta absorción de JEUNESSE COLOMBIA SAS a GREATLIFE INTERNATIONAL LLC.

Así las cosas, revisado en conjunto los medios de prueba que reposan en el expediente, si bien la demandante atribuye a las demandadas unas órdenes impartidas a JEUNESSE COLOMBIA SAS con el fin de atribuirle una sustitución patronal, lo cierto es que no se logra establecer ninguna relación entre JEUNESSE COLOMBIA SAS y GREATLIFE INTERNACIONAL LLC, pues como se indicó en precedencia, no existe la anotación de la compra o absorción de dichas sociedades en el certificado de existencia y representación, por lo que los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, no permiten colegir la existencia de la sustitución patronal alegada por la demandante, en tanto que no se demostró el cambio de empleador, la continuidad de la empresa o

identidad del establecimiento, ni la continuidad de servicios de la trabajadora, en efecto, máxime si se tiene en cuenta que las funciones de la demandante variaron, de lo que se concluye que GREATLIFE INTERNATIONAL LLC y JEUNISSE COLOMBIA SAS son personas jurídicas independientes, con estructuras y elementos organizacionales distintos, tal y como lo acreditan sus certificados de existencia y representación legal, sin que aparezca ningún cambio en su razón social.

Y, aunque sus objetos sociales pueden encontrarse relacionados con el su objeto de desarrollar actividades de venta, importación y exportación de productos, permite concluir que nos encontramos frente a sociedades independientes, y que las unió la posibilidad de desarrollar un proyecto de negocio, pero con independencia económica y administrativa, por lo que se advierte, no nos encontramos frente a los elementos de la sustitución de empleadores que pregonó la demandante, resaltando que no se acreditó la unidad contractual laboral pretendida, pues, los medios de persuasión demuestran que entre GREATLIFE INTERNATIONAL LLC y la señora LUIS FERNANDA SILVA MURILLO existió un contrato de trabajo de duración indefinida, vigente del 27 de julio de 2009 al 31 de mayo de 2012, en que la demandante desempeñó el cargo de Asistente, que dan cuenta el señalado contrato de trabajo (fls. 93 a 96), carta de renuncia (fls. 70), ratificación de carta de renuncia dirigida a GREATLIFE INTERNACIONAL LLC que data del 4 de junio de 2012 (fl. 70 a 73), carta requiriendo pronunciamiento respecto de la carta de renuncia (fls. 74 a 75); en consecuencia, se **confirmará** en este aspecto la decisión apelada.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

El Juzgado de primer grado absolvió a las demandadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que le incumbia a la demandante demostrar claramente las circunstancias que invocó y que señaló al momento de tomar la decisión de renunciar y que fueron aducidas como razón para no estar vinculada con GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, lo que finalmente no ocurrió.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación indicando que la relación laboral no se dio por terminada con la sociedad GREATLIFE INTERNATIONAL LLC, sino que se dio por terminada con JEUNESSE COLOMBIA SAS, al momento en que remitió los correos electrónicos le informó

JEUNESSE COLOMBIA SAS a la demandante sobre su terminación y que, la misma se dio a raíz de presiones internas.

No obstante lo anterior, y contrario a lo afirmado por el apelante, al remitirnos a la carta de renuncia presentada por la actora visible a folios 70 y 71 del plenario, la cual se aporta de manera incompleta, se observa que la misma data del 4 de junio de 2012, la cual va dirigida al SCOTT GINA GABRIELA, SCOTT PAUL LEE y JOSE ELIAS DEL HIERRO HOYOS, en calidad de representantes legales de GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA, en el que la demandante manifiesta su deseo de dar por terminada la relación laboral con ésta última a partir del 31 de mayo de 2012, por cuanto se le suspendió el uso de la oficina y no podía contar con los elementos necesarios para poder desarrollar su trabajo con idoneidad, máxime cuando le pidieron rendir un informe, del cual no tenía infraestructura humana, administrativa y tecnológica para rendir el informe solicitado, aunado a diferentes irregularidades, tal como la falta de apoyo con un contador y revisor fiscal, no acceso al correo empresarial que la misma empresa generó, sin que por tanto haya podido acceder a la información electrónica, haciendo imposible la tarea de rendir informes, por no tener información fidedigna.

En ese orden de ideas, no puede perderse de vista que la misma demandante, pese a la fecha de presentación de renuncia, esto es, 4 de junio de 2012, dirige su carta de terminación laboral a los representantes legales GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA, y si bien manifiesta diferentes situaciones con JEUNESSE COLOMBIA SA, lo cierto es que todas las situaciones que rodean el hecho de terminación tienen que ver en realidad con GREATLIFE INTERNATIONAL LLC SUCURSAL COLOMBIA, confirmando y reconociendo una vez que éste último como su empleador, por lo que no puede aceptarse que la misma dio por terminada la relación laboral con JEUNESSE COLOMBIA SAS, como lo pretende en su recurso de apelación, razón por la cual habrá de despacharse igualmente su súplica, **CONFIRMANDO** su absolución.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA A CARGO DE LA DEMANDANTE:

El Juzgado de primer grado condenó en costas a la demandante y a favor de JEUNESSE COLOMBIA SAS y el señor JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, incluyendo como agencias en $300.000.

Inconforme con la anterior decisión, señala el apelante que la demandante se ve afectada al reconocer el pago de costas y agencias en derecho a favor de las demandada JEUNESSE COLOMBIA SAS y el señor JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, por lo que solicita se revoque la condena impuesta en costas en primera instancia a cargo de la demandante.

No obstante, es dable recordar que los artículos 365 y 366 del CGP consagran la condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

Así pues, es pertinente recordar que las costas son aquellas erogaciones económicas que comportan la atención de un proceso judicial, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho (valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha triunfado en el trámite del conflicto) que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que para este caso, lo es el extremo activo (AL5355 de 2017).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, **bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago.**

Lo anterior permite apreciar que la aplicación de costas en el proceso laboral no obedece a un criterio egoísta o civilista, pues incluso tiene un sustento constitucional y, por demás, es producto del cumplimiento del mandato legal consagrado en el artículo 145 del CPTSS, como inveteradamente lo ha apuntado la H. Corte Suprema de Justicia (CSJ AL739-2014).

En efecto, su existencia en estas diligencias no riñe con el ordenamiento jurídico y, por el contrario, es coherente con la finalidad y significado del principio de gratuidad; menos aún constituye una carga desproporcionada e irrazonable para la parte débil de la relación laboral, ni debe generar un efecto intimidador para acceder a esta jurisdicción, en la medida que la persona que no cuente con recursos suficientes

para sufragar, no solo las costas, sino las demás cargas y expensas propias de este proceso, bien puede invocar el amparo de pobreza, asimismo aplicable por la remisión analógica del citado art. 145 del CPTSS.

Y como no es viable acudir a criterios subjetivos para determinar la exoneración de la parte vencida, según se extrae de lo expuesto con precedencia, es claro que tampoco es posible su reducción, pues se itera, **las costas se imponen en forma objetiva** una vez se verifique que efectivamente se causaron, en tanto que la parte demandante resultó vencida en juicio respecto de la sociedad JEUNESSE COLOMBIA SAS y JUAN GUILLERMO LATIFF RICHARD, además de que no resultan excesivas, toda vez que en los términos del ACUERDO No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en tratándose de procesos declarativos de primera instancia, señala una tarifa de agencias en derecho de *«(ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido»*, por lo que la suma fijada de $300.000 pesos a cargo de la actora, claramente se ajusta a lo previsto en la precitada disposición, en tanto es proporcionada teniendo en cuenta el tope máximo, además de estar adecuada a los criterios expresados por la Sala en cuanto a la fijación de agencias en derecho a cargo de la parte demandante, por lo que no hay lugar a revocar la decisión.

Bastan los anteriores argumentos para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720130073201)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501720130073201)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720130073201)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2016-00017-01

Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA**

DEMANDADO: **SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA ECOPETROL SA**

ASUNTO : **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el dia 13 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 29 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA** instauró demanda ordinaria laboral contra de **SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA** con el

objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 95 y 96):

1) Se declare que existió CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO entre la sociedad SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y el señor ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA, durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014.
2) Se declare que existió solución de continuidad entre los diferentes CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO INFERIORES A UN AÑO y los CONTRATOS INDIVIDUALES POR LA DURACIÓN DE UNA OBRA O LABOR CONTRATADA y sus correspondientes prórrogas, suscritos entre el demandante y SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA.
3) Se declare que dicho CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO fue firmado en el marco del contrato No 5203135 suscrito entre las mencionadas empresas SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA, incluyendo lo respectivo al salario devengado por los trabajadores que cumplirían la función de escoltas.
4) Se declare la solidaridad respecto del pago de las acreencias laborales entre SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA.
5) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago de la diferencia salarial dejada de percibir por el demandante, durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 31 de marzo de 2014, de conformidad con el emolumento salarial que contractualmente se le debía pagar.
6) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago a favor del demandante la diferencia correspondiente por concepto de cesantías del periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014.
7) Se condene solidariamente SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago a favor del demandante de la diferencia correspondiente por concepto de intereses a las cesantías del periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014.
8) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago a favor del demandante de la diferencia correspondiente por concepto de primas de servicios del periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014.

9) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago a favor del demandante de la diferencia correspondiente la compensación en dinero por concepto de vacaciones del periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014.

10) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA, al pago a favor del demandante, de la indemnización moratoria, prevista por el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, causada a partir del 1º de abril de 2014 hasta el momento en que efectúe el pago de las acreencias laborales.

11) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA, al pago del demandante de la sanción producto del no pago oportuno y completo de las cesantías adeudadas al demandante, de acuerdo al Art. 99 de la Ley 50 de 1990, durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 208 hasta el 28 de febrero de 2014.

12) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago a favor del demandante de la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, consistente en el doble de la suma percibida por los intereses causados entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 28 de febrero de 2014.

13) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago a favor del demandante de los intereses moratorios por el no pago oportuno y completo de los salarios y prestaciones sociales de acuerdo al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por su labor prestada durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 24 de febrero de 2014.

14) Se condene solidariamente a SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA y ECOPETROL SA al pago indexado de las sumas que no constituyen salarios, ni prestaciones sociales, desde la terminación de la relación laboral, de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA contestó la demanda (fls. 129 a 140), así como ECOPETROL SA (fls. 265 a 318), de acuerdo al auto del 12 de julio de 2019 visible a folio 349 del expediente digital. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 12 de julio de 2019, se admitió el llamamiento en garantía formulado a SEGUROS DEL ESTADO SA por parte de ECOPETOL SA (fl. 349 y 350).

Así pues, SEGUROS DEL ESTADO SA contestó la demanda y el llamamiento en garantía conforme documental visible a folios 388 a 416, de acuerdo al auto del 14 de noviembre de 2019 (fl. 417 y 418 del expediente digital). Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

En audiencia celebrada el 27 de febrero de 2020 se declaró probada la excepción previa denominada FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA, propuesta por ECOPETROL SA, y por la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO SA. Se dispuso la terminación del proceso respecto de éstas, y en consecuencia la desvinculación del presente trámite tanto a ECOPETROL SA como a SEGUROS DEL ESTADO SA. Condenó en costas a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $200.000. Se ordenó continuar el presente proceso únicamente con SEVICOL LTDA (fls. 421 y 422 del expediente digital).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de noviembre de 2020. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación y buena fe propuestas por la demandada SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA.

ABSOLVIÓ a la parte demandada SEVICOL LTDA, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA.

COSTAS a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $250.000.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La Sala avocará el conocimiento del presente asunto en el *grado jurisdiccional de Consulta* a favor de la parte demandante, dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta el pago de la diferencia salarial dejada de percibir por el demandante, durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero de 2008 hasta el 31 de marzo de 2014, de conformidad con el emolumento salarial que contractualmente se le debía pagar. **2.** Si procede la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes, su modalidad contractual y los extremos temporales de la misma, encontrándose plenamente establecido que el demandante estuvo vinculado laboralmente con SEVICOL LTDA, en ejecución de varios contratos de trabajo de duración de obra o labor contratada, desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 31 de octubre de 2014, para desempeñar el cargo de "Escolta" o "Conductor escolta", para desempeñar sus labores en desarrollo del objeto comercial propio de las actividades que estaba prestando SEVICOL LTDA a favor de ECOPETROL SA, circunstancias fácticas que fueron aceptadas por la demandada desde la contestación de la demanda y además se acreditan con las documentales visibles a folios 3, 6, 9, 12, 33 contentivas del contrato de obra o labor, y sus liquidaciones, aviso de terminación del contrato de trabajo (fl. 147) y liquidación final de acreencias sociales a favor del demandante vista a folio 148 del expediente digital.

SALARIO DEVENGADO POR EL ACTOR:

Ahora, en lo referente al salario devengado por el señor ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA, el cual constituyó uno de los principales problemas jurídicos, se tiene que de conformidad con la certificación expedida por SEVICOL LTDA visible a folio 33

del expediente digital, señala que el demandante devengaba un salario básico mensual por valor de $1.687.080, conforme fue pactado en el contrato de trabajo visible a folio 145 y 146 del expediente digital, que con recargos de horas extras, dominicales y demás trabajo suplementario, arrojó un valor final de $2.557.895.

Ahora bien, solicita el apoderado de la parte demandante se re-liquide las prestaciones sociales reconocidas al señor ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA, a efectos de que sean incluidos todos los emolumentos salariales que contractualmente se le debía pagar en ejecución de varios contratos de trabajo de duración de obra o labor contratada, desde el 13 de febrero de 2008 hasta el 31 de octubre de 2014, en tanto que a su consideración, el empleador solo tuvo en cuenta para cuantificar sus acreencias laborales, un salario inferior al realmente devengado.

No obstante lo anterior, debe resaltarse que la parte demandante no se preocupó en esclarecer en su escrito de demanda, de manera clara y precisa, cuales eran esos emolumentos que echaba de menos, y que conformaban su salario para liquidar las acreencias laborales.

Por su parte, la demandada SEVICOL LTDA se basó en que al ex trabajador hoy demandante, se le cancelaron la totalidad de sus acreencias, y en consecuencia no se le adeuda ningún concepto, señalando que se cubrieron durante la vigencia de la relación laboral, todas las acreencias laborales a su favor.

Así las cosas, si bien la parte demandante aduce que la liquidación final de sus acreencias laborales no se hizo conforme el salario realmente devengado, en su exposición tanto de hechos, como de pretensiones, no precisó cuales conceptos echaba de menos a efectos de analizar si efectivamente hicieron falta incluirlos en la liquidación final, y ante tal situación, no es posible entrar a realizar suposiciones para encontrar cuales son los verdaderos motivos de inconformidad del actor.

Frente al tema, vale la pena traer a colación reciente pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3752 con Rad. 742309 del 27 de julio de 2021, en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó:

> *"Se debe recordar que, de conformidad con el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, concerniente al principio de la carga de la prueba,* ***quien pretende un reajuste salarial tiene la obligación de demostrar en juicio la existencia del***

estipendio que busca sea integrado a la base con la que se liquidó la prestación.

Esta Corte ha instruido que corresponde a las partes acreditar los supuestos de hecho en que soportan sus pretensiones. En concreto, en sentencia CSJ SL21779-2004, reiterada en CSJ SL4032-2017, se manifestó:

> *[...]* ***quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda****, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone u excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado."*

Así pues, al no desplegar la parte demandante actividad alguna para explicar y mencionar de manera clara, cuales eran los conceptos que echaban de menos para conformar su salario y que no fueron tenidos en cuenta en la liquidación final de acreencias laborales, se insiste que no se puede inferir los conceptos que a juicio de la parte actora echo de menos, no quedando otro camino que concluir que la demandada cubrió en debida forma todos lo conceptos que devengaba el actor, máxime si se tiene en cuenta que al revisar la liquidación final visible a folio 157 del expediente digital, da cuenta de los valores cancelados al señor ADALBERTO LUIS TOVAR ARRIETA, la misma da cuenta que los conceptos pagados, tales como prima, vacaciones, auxilio de cesantías y sus intereses, se liquidaron con fundamento en un salario básico y un componente variable, que sumados, establecían la base salarial, no quedando otro camino que CONFIRMAR este punto de decisión de primera instancia.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

Bajo los anteriores supuestos, y contrario a lo afirmado por la parte demandante en su escrito de demanda, para la Sala se encuentra acreditada la buena fe por parte de la empresa demandada, en tanto que conforme la documental obrante a folio 153 del expediente digital, si bien la relación laboral se dio por terminada el 5 de julio de 2014, la liquidación fue elaborada el 12 de julio de 2014, la cual cuenta con la firma de recibido por parte del actor, sin que haya escrito que tenía alguna inconformidad al respecto, lo que confirma la buena fe de la empresa demandada, absolviendo igualmente a la demandada SEVICOL LTDA al reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** la sentencia consultada.

COSTAS:

Sin **costas** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020 por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720160001701)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501720160001701)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720160001701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 017-2020-00088-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**MARTHA LENIS NIÑO MORENO**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
	AFP PORVENIR S.A.
	AFP PROTECCION S.A.
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte accionada Colpensiones, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARTHA LENIS NIÑO MORENO,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES,** debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. **DECLARAR** la nulidad absoluta e ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, realizada inicialmente a través de la compañia ING hoy PROTECCIÓN S.A. y con posterioridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.
2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el regreso automático al Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, frutos, intereses, bonos pensionales y porcentaje de gastos de administración.
2. **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, aceptar el traslado al régimen que administra, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse afiliado al **RAIS.**
3. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez, establecida en el articulo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el articulo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 22 de marzo de 2017.
4. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **COLPENSIONES** (folio 155-166 del expediente digital); **PORVENIR S.A.** (folio 202-226) y **PROTECCION S.A.** (folio 305-325), de acuerdo

al auto de fecha 4 de junio de 2021, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 03 de noviembre de 2021, **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, error de derecho no vicia el consentimiento y aprovechamiento indebido de recursos públicos. **DECLARÓ** que el traslado, efectuado por la Sra. MARTHA LENIS NIÑO MORENO, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por ING Pensiones y Cesantías, hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. **DECLARÓ** que la señora NIÑO MORENO se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrador por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su traslado. **ORDENÓ** a la administradora de fondos de pensiones **PORVENIR S.A.,** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que conforman en la actualidad la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos y rendimientos, ordenándose además a PORVENIR S.A., trasladar o devolver los gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. **CONDENÓ** a **PROTECCIÓN S.A.**, a devolver los gastos de administración que en su momento descontó, y que deberá ser asumido por esa entidad de su propio patrimonio. **ORDENÓ** a **COLPENSIONES** recibir el traslado de fondos que efectúen las codemandadas **PROTECCIÓN S.A.,** y **PORVENIR S.A.,** y convalidarlos en la historia laboral de la demandante. **DECLARÓ PROBADA DE OFICIO** la excepción de petición anticipada respecto a la prestación pensional, y condenó **EN COSTAS** a **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.,** y **PORVENIR S.A.**

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, bajo el argumento que en el acto de traslado efectuado por la demandante, ha sido un tercero que ha actuado de buena fe, en la medida que respeto el derecho de libre escogencia de régimen, quien decidió de manera libre, voluntaria y sin presiones acogerse al régimen que ella consideraba, en este caso el RAIS. Aseguró que el deber de información ha tenido

diversas etapas dentro del ordenamiento jurídico, por lo que considera que este presupuesto debe ser estudiado a la luz de los preceptos jurídicos vigentes para la época de traslado o suscripción del formulario. Que en el caso de la demandante, para al momento del cambio de régimen, no era obligación dejar soporte documental sobre la asesoria impartida, sino tan solo que esta se realizará de manera verbal. Por otra parte indicó que no es aceptable que aún cuando no participo en el acto de traslado, deba asumir las prestaciones económicas. Por ultimo agregó, que no se debió emitir condena en costas, dado que fue un tercero de buena fe y el acto de traslado, estaba sujeto a los parámetros legales.

Entre tanto **PORVENIR S.A.,** manifestó, que no conoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se presentó el traslado de la demandante al RAIS, ya que su afiliación inicial fue a través de PROTECCION S.A. Aseguró que para el año 2002, momento para el cual la accionante se vinculó a PORVENIR, brindó información clara y comprensible del cambio de régimen pensional a la luz de lo establecido en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Que además para la calenda en que se firmó el formulario de vinculación, la señora NIÑO MORENO, era mayor de edad y totalmente capaz, sumado a que dicha actuación la realizó de manera libre y voluntaria. Afirmó que no podía rechazar la solicitud de la parte actora, ya que cumplia con todos los requisitos para la afiliación, por lo que procedió a tenerla como su afiliada, brindándole la respectiva asesoria. Enunció que no se desconoció el articulo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que no atento o desconoció el derecho del trabajador a la libre escogencia de régimen pensional.

Finalmente señaló que no habia lugar a emitir condena por gastos de administración, ya que se trata de rubro que también se genera en el RPM, no financia la pensiones, es objeto del fenómeno jurídico de la prescripción por tratarse de una prestación de tracto sucesivo, aunado a que durante su afiliación al RAIS, hubo cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.

Finalmente **PROTECCIÓN S.A.**, solo interpuso recurso de apelación respecto de la devolución de los gastos de administración y primas de reaseguró, bajo el argumento que son descuentos que están autorizado por la ley como contraprestación de la buena administración de la cuenta de ahorro individual de la afiliada; que de ordenarse la devolución de estos conceptos, constituiria un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, ya que las comisiones referenciadas no financian la pensión de la asegurada, sumado a que remitió todos los dineros a PORVENIR S.A., entidad que en la actualidad administra los recursos.

Así mismo preciso, que no existe norma que obligue a la devolución de estos gastos. Que las consecuencias que acarrea la ineficacia, es retrotraer las cosas a su estado inicial, por lo que de aplicarse estas, considera que el acto jurídico de afiliación al RAIS nunca existió, como tampoco la administración de la cuenta, ni gastos por esa gestión, ni rendimientos financieros. Agregó que los seguros previsionales, fueron adquiridos producto de la afiliación al RAIS, cuyo pago se efectuó a una aseguradora, para financiar las prestaciones por invalidez y muerte, en caso de ocurrir el siniestro, además que se trata de terceros de buena fe que no intervinieron en la suscripción o afiliación. Por último adujo que la prescripción afectó esta acreencia, ya que se causan periódicamente y no financian el beneficio pensional.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. efectuado por la señora **MARTHA LENIS NIÑO MORENO,** el dia 22 de junio de 2000. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PROTECCION Y PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la **AFP SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, el 22 de junio de 2000 (folio 326) y con posterioridad se vinculó a **PORVENIR S.A.-31 de mayo de 2002**- (fl.252)

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

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

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

Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

En el caso presente, Colpensiones aportó el expediente administrativo e historia laboral de la actora, documentos que dan cuenta que, realizó cotizaciones al RPM desde el 6 de diciembre de 1989 al 30 de junio de 2000, reuniendo un total de 276.43 semanas (expediente administrativo). Mientras que la AFP Protección S.A., aportó: copia del formulario de vinculación, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF; constancia de traslado de aportes a PORVENIR S.A., concepto emitido por la SUPERFINANCIERA y comunicados de prensa. Entre tanto PORVENIR S.A. allegó: copia de formulario de afiliación suscrito por la demandante, historial de vinculaciones elaborado por el SIAFF, comunicados de prensa, copia de la relación de aportes de la cuenta de ahorro individual de la parte actora, historia laboral consolidada, certificación de afiliación, concepto sobre cambio de régimen pensional, emitido por la SUPERFINANCIERA, y certificado de Existencia y Representación legal, es decir, que los fondos demandados no allegaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de junio de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones

que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 22 de junio de 2000, la demandante tenía 276.43 semanas al RPM (expediente administrativo), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 22 de marzo de 1960– fl. 39) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017 (fecha para la cual contaría con más de 1.300 semanas), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de las mencionadas entidades, con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1. ° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad

objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada-PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.- en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que*

esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARTHA LENIS NIÑO MORENO** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 22 de junio de 2000, y en consecuencia el traslado posterior a PORVENIR S.A.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, la entidad en caso de aceptar la tesis expuesta en el recurso de alzada-COLPENSIONES-, no demostró las conductas que conllevaran a su exoneración, máxime si se trata de un tema reiterado.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2021 por el juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720200008801)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501720200008801)

Aclara Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501720200008801)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 018-2019-00819-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**ALIRIO RAMÍREZ GUTIÉRREZ**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES** **PALMAS MONTERREY S.A.**
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (PALMAS MONTERREY S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (PALMAS MONTERREY S.A.), así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como COLPENSIONES Y PALMA MONTERREY S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **ALIRIO RAMÍREZ GUTIÉRREZ,** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES Y PALMAS MONTERREY S.A.,** debidamente sustentada como aparece de folio 2 a 3, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía **PALMAS MONTERREY S.A**.
2. **DECLARAR** que **PALMAS MONTERREY S.A.** no realizó los aportes al sistema general en pensiones desde el 25 de septiembre de 1985 al 16 de mayo de 1986.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a efectuar el cálculo actuarial de las cotizaciones dejadas de realizar entre el 25 de septiembre de 1985 al 19 de mayo de 1986.
2. **CONDENAR** a **PALMAS MONTERREY S.A**. a pagar a la entidad de seguridad social, el cálculo actuarial de los periodos ya referenciados.
3. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: **COLPENSIONES** (fl 32) y **PALMAS MONTERREY S.A.** (fls), de acuerdo a los autos de fecha 30 de agosto de 2021, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá en** sentencia del 08 de noviembre de 2021, **DECLARÓ** que entre el demandante ALIRIO RAMIREZ GUTIERREZ y PALMAS MONTERREY S.A. existió una relación laboral vigente a partir del 25 de septiembre de 1985 a la fecha. **CONDENÓ** a la empresa **PALMAS MONTERREY S.A**, a realizar el traslado, previo el cálculo actuarial elaborado y actualizado por COLPENSIONES, la suma correspondiente a las cotizaciones del periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 1985 al 19 de mayo de 1986. **CONDENÓ** a COLPENSIONES a efectuar el correspondiente CALCULO ACTUARIAL de las cotizaciones comprendidas entre el 25 de septiembre de 1985 y el 19 de mayo de 1986, a favor del señor ALIRIO

RAMIREZ GUTIERREZ y a cargo de PALMAS MONTERREY, con un ingreso base de liquidación del salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada PALMAS MONTERREY S.A., presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando en síntesis que en ningún momento incurrió en una omisión en el pago de los aportes pensiónales del trabajador, por cuanto para las fechas enunciadas en la demanda, no existía la obligación, toda vez que la cobertura del ISS, solo empezó en el año 1992, por lo que al ordenarse el pago de las cotizaciones, por virtud de un cambio jurisprudencial, la distribución del aporte debía ser asumido tanto por el empleador como por el trabajador. Igualmente indicó que no se debió emitir condena en costas, bajo los mismos argumentos ya expuestos, esto es, que no hubo una omisión, sino la tesis adoptada por el A-quo, fue por un cambio jurisprudencial.

No obstante la interposición del recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES*, dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS, que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: si al demandante le asiste derecho a que se traslade a Colpensiones el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 1985 al 19 de mayo de 1986, laborado para la compañía PALMAS MONTERREY S.A.

En esta instancia, no hay discusión en cuanto a que el demandante ALIRIO RAMÍREZ GUTIÉRREZ, labora al servicio de la sociedad PALMAS MONTERREY S.A., desde el 25 de septiembre de 1985, pues así se dejo sentado en la sentencia de primera instancia, sin que la mentada compañía haya controvertido este supuesto fáctico, mas cuando en el escrito de contestación, así lo indicó: "*Entre la empresa PALMAS MONTERREY y el señor RAMÍREZ GUTIÉRREZ existió una relación laboral mediante contrato de trabajo a término indefinido, la cual inició el 25 de septiembre de 1985.*"

Hechas estas precisiones y antes de definir la responsabilidad de las entidades accionadas, ha de definirse inicialmente si hay lugar al reconocimiento del cálculo actuarial, para lo cual tenemos que la sentencia con radicado 41745 del 16 de julio de 2014, criterio reiterado en las sentencia SL14388 de 2015 y SL1551 de 2021 proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, han indicado que si bien no es posible hablar que los empleadores omitieron la afiliación cuando inscribieron a sus trabajadores, tan pronto como se les hizo el llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura, no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación, de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales:

> *"a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, **debían estar a cargo del empleador,** por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.» (negrilla y subrayado fuera de texto).*

Ahora, si bien es cierto se tuvo una tesis inicial consistente en que el empleador era inmune a toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no la alcanzó, partiendo de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1989, y el Acuerdo 049 de 1990, se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Así las cosas, tenemos que mediante Decreto n.°1617 de 1987, se ordenó extender la cobertura del ISS para el Municipio de Puerto Wilches, a partir de esa anualidad-1987-. No obstante lo anterior, con base a los precedentes

jurisprudenciales que, aunque la demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores a la entidad de seguridad social, en la fecha antes mencionada, lo cierto es, que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador, razón por la cual habrá de emitirse, condena por este concepto .

A lo que se agrega, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señalo la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial.

Aunado a lo anterior, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore, por lo que es a través de este mecanismo que se cubrirá los aportes al sistema general de pensiones, por el tiempo laborado por el demandante a la compañía demandada, entre el 25 de septiembre de 1985 al 19 de mayo de 1986.

Ahora bien, en cuanto al argumento relacionado, a que la cuota parte del cálculo actuarial debe ser bipartita, la Sala debe indicar que el mismo no está llamado a prosperar, en primer lugar porque la Sala de Casación Laboral, en las sentencias ya referenciadas, ha sido enfática en ordenar que el pago de ese cálculo está exclusivamente en cabeza del empleador, pues con independencia de la razón que se tuvo para no afiliar a su trabajador, éste no se puede desligar de las obligaciones respecto del sistema de seguridad social, de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión y, en segundo lugar, porque no puede perderse de vista que la Ley 90 de 1946 impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos o reserva de capital para realizar las cotizaciones al Seguro Social mientras este sistema entraba en vigencia, obligación que no desapareció sino que quedó postergada en este caso hasta la fecha en que finalmente se autorizó la

inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios en el Municipio de Puerto Wilches.

Por lo anterior se concluye que le corresponde a COLPENSIONES, entidad a la cual se encuentra afiliado el actor, realizar el respectivo calculo actuarial, correspondientes al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones por parte de su empleador 25 de septiembre de 1985 al 19 de mayo de 1986, con base en el salario ya enunciado por el A-quo, esto es, salario mínimo para la época, sin que este tema haya sido objeto del recurso de apelación. Mientras que PALMAS MONTERREY S.A., deberá pagar a COLPENSIONES a nombre de señor ALIRIO RAMIREZ GUTIERREZ, el valor del cálculo actuarial por el tiempo que este no estuvo afiliado al sistema general de pensiones.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El articulo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, la entidad en caso de aceptar la tesis expuesta en el recurso de alzada, no demostró las conductas que conllevaran a su exoneración, máxime cuando se trata de un tema ya reiterado por la jurisprudencia-*pago de aportes a través de calculo actuarial*-.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2021 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501820190081901)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310501820190081901)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501820190081901)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 019-2016-00120-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **ODILIO CUBILLOS BUSTOS**
DEMANDADO: **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN**
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por el demandante y la entidad demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el dia 23 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 06 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ODILIO CUBILLOS BUSTOS** instauró demanda ordinaria laboral en contra de **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD SAN MARTÍN** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 4 y 19):

DECLARACIONES:

1) **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo con la institución educativa, vigente entre el 1 de febrero de 1997 al 6 de abril de 2015.
2) **DECLARAR** que a la terminación del vinculo laboral, no le fueron pagados los salarios de los meses octubre, noviembre y diciembre de 2014, y enero y febrero de 2015.
3) **DECLARAR** que a la terminación de la relación laboral no le cancelaron las primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses sobre las cesantías.
4) **DECLARAR** que la entidad accionada no le efectuó los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, a pesar de haberle realizado los descuentos.

CONDENAS:

1) **CONDENAR** a la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN a pagar los salarios de los meses octubre, noviembre y diciembre de 2014 y enero y febrero de 2015.
2) **CONDENAR** a la pasiva al pago de las primas de servicios causadas para los años 2014 y 2015
3) **CONDENAR** a la institución educativa demandada al pago de tres periodos de vacaciones.
4) **CONDENAR** a la accionada al pago de las cesantías causadas durante el tiempo laborado en los años 2013 y 2014.
5) **CONDENAR** a la FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN al pago de los intereses sobre las cesantías al tiempo laborado desde el 2004 al 2015.
6) **CONDENAR** al pago de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990, así como aquella indemnización regalada en el artículo 65 del C.S.T.
7) **CONDENAR** al pago de los aportes pensionales.
8) Costas procesales.

Por auto del 13 de junio de 2017, el juzgado de origen tuvo por no contestada la demanda por parte de la **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** (folio 78).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de abril de 2021, **DECLARÓ** que entre **ODILIO CUBILLOS BUSTOS** y la **FUNDACION**

UNIVERSITARIA SAN MARTIN, existió una relación laboral entre el 1 de febrero de 1997 al 6 de abril de 2015, desempeñando el cargo de vigilante, con una última asignación de $1.290.746. **CONDENÓ** a la demandada **FUNDACION UNIVERSITARIA SAN MARTIN**, a pagar a favor del demandante las siguientes sumas:

***$5.478.651** por concepto de salarios no cancelados por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2014, enero y febrero de 2015.
***$1.613.432** por vacaciones proporcionales.
***$1.697.142.40** por concepto de primas de servicio del año 2014 y fracción de 2015.
***$1.697.142.40** por auxilio de cesantia de los años 2014 y 2015
***$1.304.710.80** por concepto de intereses a las cesantías.
***$43.024** diarios desde el 7 de abril de 2015 hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superfinanciera.
***$1.979.143** por concepto de sanción por no consignación de las cesantias de que trata el articulo 99 de la Ley 50 de 1990.

CONDENÓ a la entidad demandada a pagar los aportes pensionales causados durante los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2006, 2008, 2010, 2011, 2012 y 2013, tomando como ingreso base de cotización los salarios devengados en los años dejados de pagar respectivamente, para lo cual **COLPENSIONES** deberá realizar el respectivo cálculo, a efectos de determinar la suma a cancelar y condenó en costas a la accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

> **SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTIAS:** *"si me permito interponer formalmente recurso de apelación solo respecto de un aspecto: la sanción que el despacho profirió por la no consignación de las cesantías, pido al Tribunal que revise el monto de la condena, el despacho ha condenado por cerca de $1.900.000 pesos como indemnización generada por el art. 99 de la Ley 50 de 1990, y hasta donde entiendo lo probado en el proceso es que el no pago de las cesantías fue de dos periodos, dos años, ello llevaría a que la*

sanción que se liquidó en 1'900.000, sea notoriamente más alta, entonces ruego al tribunal que en sede de apelación proceda a revisar el monto de la condena proferida por la no consignación de las cesantías en los fondos que corresponde, según los parámetros dados por el art. 99 de la ley 50 de 90. Solamente en ese aspecto dado interpongo recurso de apelación, el resto de condenas las acojo en nombre de mi cliente y nuevamente muchas gracias señora Juez por el juicioso estudio que hizo de caso. Ruego al tribual reformar esa parte de la condena y confirmar lo demás del fallo, muchas gracias."

La **parte demandada** presentó recurso de apelación:

"En este estado de la diligencia me permito interponer el recurso de apelación, especialmente en la condena del artículo 65 del CST, como se indicó en los alegatos de conclusión y como en un hecho de amplio conocimiento, la Fundación Universitaria San Martín, fue intervenida por el Ministerio de Educación a través de la Ley 1740 del año 2014 y en razón a ello se profirió la resolución y diferentes normas, entre ellas la Resolución 1702 del 10 de febrero del 2015, que ordenó la suspensión de todos los pagos causados en razón a la intervención generada por el Ministerio Educación, entre ellas, adicionalmente ordenó la suspensión de todos los procesos ejecutivos, los que actualmente se encuentran suspendidos y adicionalmente que dichas medidas se encuentran vigentes. ¿Esto por qué se argumenta Honorables magistrados? Como ya se ha indicado la mala fe se estudia en el querer omitir total o parcialmente el pago de una obligación laboral a la terminación del vínculo contractual que existió entre el trabajador y el empleador, más especificamente en lo que tiene que ver con salarios y prestaciones sociales, dicho esto queda desvirtuado por la intervención o las medidas de salvamento establecidas con la resolución ya indicada que desde el 10 de febrero de del 2015 quedaron desvirtuadas cualquier análisis que se haga frente a la presunción de mala fe, porque al no tener la capacidad de pago por la instrucción de una entidad pública como es el ministerio de educación, no se le puede endilgar a la fundación universitaria san Martín, indistintamente de lo que haya pasado en vigencia de la relación laboral, sobre los pagos que no se hayan hecho en vigencia del mismo sobre el pago de aportes, consignación de cesantías y demás, la sanción del art. 65 únicamente se puede mirar de cara a la terminación del contrato laboral a futuro sin tener en cuenta si el

empleado obro o no de mala fe con anterioridad a la finalización del vínculo contractual y es que no se puede presumir que el hecho de que no haya realizado el pago per se implique el pago de una sanción como es la del art. 65 y es que es así de simple, si la finalización universitaria hubiera podido realizar estos pagos a hoy no estaríamos con todos estos procesos ejecutivos y con todos los procesos judiciales que actualmente tiene la institución. Y es que, claramente, una cosa es tener el dinero y otra es tener la capacidad o la autonomía de hacer este pago, entonces, cuando un tercero le impide a la fundación universitaria san Martín hacer pagos en razón a la resolución 1702 del 10 de febrero de 2015, ahí queda desvirtuada la presunción, porque es que desde la terminación del contrato no se puede indicar que la fundación san Martín intento omitir total o parcialmente el pago de la liquidación final de prestaciones sociales. En este sentido dejo sustentado, honorables magistrados, ruego respetuosamente se revoque dicha condena en lo que respecta a la sanción del art. 65 CST en razón a los argumentos ya expuestos, muchas gracias."

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **i).** Si la suma hallada por sanción moratoria se ajusta a los parámetros establecidos en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y **ii)** Si hay lugar a condenar a la Fundación Universitaria San Martín por concepto de indemnización moratoria.

Existencia de la relación laboral:

No es motivo de discusión que, entre las partes existió una relación laboral, la cual estuvo ligada mediante un contrato de trabajo a término fijo, vigente desde el 1º de febrero de 1997 al 6 de abril de 2015, desempeñando el cargo de vigilante, con una última asignación igual a **$1.290.746,** mientras que el salario de 2014, fue equivalente **$1´180.844,** pues así quedo sentado en la sentencia de primera

instancia, sin que frente a estos supuestos factico, se encuentre reparo alguno en esta instancia.

En este orden de ideas, atendiendo los puntos objeto de inconformidad, pasa esta Sala de decisión en primer lugar a definir lo relacionado con la cuantía de la sanción por no consignación de las cesantías.

En efecto, tenemos que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, establece frente al pago de las cesantías, lo siguiente:

> *"Art. 99.- El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: ...3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.*
>
> *4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*

Luego entonces, de conformidad con la normativa expuesta, la sanción enunciada, surge a la vida jurídica a partir del 15 de febrero de cada anualidad, en la medida que antes de ese día, el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía, por lo tanto si este no cumple con dicha obligación en la fecha señalada, la sanción enunciada empieza su vigencia.

Ahora, con fundamento en el numeral 4 del precepto jurídico ya transcrito, si a la terminación del contrato de trabajo, quedan saldos por pagar de cesantías y que no hayan sido entregados al fondo, las mismas deben ser canceladas directamente al trabajador. Pero desde este momento, la omisión del citado pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato.

El anterior argumento, tiene su sustento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL15097 de 2017, al precisar:

> *"En tal contexto, desde ya se advierte que la razón está del lado del recurrente, pues tal como lo sostuvo esta Sala en sentencia CSJ SL, 27 mar. 2000, 14379, reiterada posteriormente en la CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 37766, la sanción moratoria establecida en la L. 50/1990, art. 99, se causa hasta la fecha en que termina el contrato de trabajo, en tanto a partir de esa data cesa la obligación de consignar la cesantía en un fondo, por cuanto lo procedente entonces es que el empleador efectúe el pago directamente al trabajador, junto con los demás salarios y prestaciones sociales a que haya lugar.*
> *Luego, el Tribunal al prohijar la decisión del juez de primer grado, de imponer dicha sanción hasta que "el demandado realice el pago oportuno", le hizo producir a la disposición efectos no queridos por el legislador, pues lo que ella persigue es sancionar al empleador que no ha consignado antes del 15 de febrero del año siguiente, el valor de la cesantía correspondiente al año o fracción del anterior, liquidada a 31 de diciembre, con el equivalente a un salario diario, desde el 15 de febrero, pero de ninguna manera más allá del fenecimiento del vínculo laboral.*

Así las cosas, dado que en esta instancia no existe discusión frente a la condena impuesta por cesantías de los años 2014 y 2015, correspondiente a $1'180.844 y $516.298, respectivamente, como tampoco frente a la condena de la sanción por no consignación de cesantías, se considera, que las cesantías del año 2014, debían ser consignadas en el fondo a más tardar el 14 de febrero de 2015, y dado que no se consignaron, la sanción empezó a correr el 15 de febrero de esa anualidad hasta la fecha de finalización del vínculo laboral, que lo fue el 6 de abril de 2015, por lo tanto transcurrió 51 días de sanción, que equivalen a $2.007.436.5, mientras que la condena emitida por el Juzgado de origen fue de $1.979.143, existiendo una diferencia de $28.293.5, por lo que se modificara en esta aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, frente a la inconformidad de la entidad demandada, relacionada con la indemnización moratoria, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios

y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

A lo anterior se agrega, que su aplicación no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de esa sanción.

En ese sentido, debe indicarse que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

> *"Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.*
> *Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de*

acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe"

Así las cosas, se tiene que la parte demandada, alega que se emitieron las condenas sin tener en cuenta la intervención por parte del Ministerio de Educación Nacional, en virtud de las facultades que le fueron conferidas por la Ley 1740 de 2014 materializadas a través de las Resoluciones No. 841 y No. 01702 de 2015, empero considera esta Sala de Decisión, que el planteamiento de la pasiva no es suficiente para derruir la conclusión de primer grado, pues si bien quiere hacer ver que con ocasión a la vigilancia especial del Ministerio de Educación, se generó el impago de las prestaciones del demandante, y así mismo era un imposible proceder a cancelarlas, lo cierto es que, a lo largo del proceso se corroboró que independiente del acto administrativo mencionado, tanto antes como después de este, la entidad demandada venia incumpliendo con sus obligaciones laborales, por ejemplo en el caso de los salarios, el impago se presentó para los meses octubre, noviembre y diciembre de 2014, enero y febrero de 2015, sin que se encuentre una justificación de éste incumplimiento frente al pago de los meses anteriores a octubre de 2014 y posteriores a febrero de 2015, incluso estas últimas mensualidades, cuando ya se habia expedido la Resolución.

En relación con este tema, de vieja data la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha señalado que incluso circunstancias como las intervenciones no son argumento para justificar dicho incumplimiento. Así lo reiteró en la Sentencia SL3117-2018:

...) la intervención administrativa de cualquier autoridad sobre la administración o los bienes de una empresa, no puede ser catalogada como fuerza mayor por no tratarse de un acto extraño a la actividad desarrollada o completamente imprevisible, así se ha expuesto por esta Corporación en providencia CSJ SL, 4 abr. 2006, rad. 26775 (...)".

Por lo tanto, al no existir conductas que permitieran evidenciar la buena fe de la accionada frente al pago de salarios y prestaciones sociales, se confirmara en este aspecto la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la Fundación Universitaria San Martín a pagar al señor **ODILIO CUBILLOS BUSTOS** la suma de $2.007.436.5, por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 23 de abril de 2021por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501920160012001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501920160012001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501920160012001)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 20-2019-00580-01

Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA**
DEMANDADO: **CORPORACION CLUB EL NOGAL**
ASUNTO : **APELACION PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (folios 9 a 17), así como de del Club el Nogal (folio 4 a 7) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA PATRICIA NIÑO** instauró demanda ordinaria laboral contra de **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** con el objeto de obtener sentencia

condenatoria a su favor por los siguientes conceptos, así como en la demanda acumulada (fl. 13 del expediente digital):

DECLARATORIAS:

1) Que entre CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA y la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL se ejecutó contrato de trabajo desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.

2) Que el referido contrato fue a término indefinido.

3) Que el promedio de salario pactado por las partes fue de $3.893.125 en el último año de servicios.

4) Que la demandada no pagó el valor del auxilio de cesantías causado desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.

5) Que la demandada no pagó el valor de la prima de servicios causado desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.

6) Que la demandada no pago el valor de los intereses de cesantías causados desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.

7) Que la demandada no pagó el valor de las vacaciones causadas durante toda la relación laboral, esto es, desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.

8) Que la demandada no pagó el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.

9) Que la demandada despidió sin justa causa a la demandante el 2 de abril de 2018 (Sic).

10) Que, a la terminación de la relación laboral, la sociedad demandad ano hizo entrega del soporte de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social por los últimos 3 meses de relación laboral.

CONDENATORIAS:

1) Al pago del auxilio de cesantías causado desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017, por un valor de 35.232.781.

2) Al pago del valor de la prima legal de servicios causados desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017, por un valor de 35.232.781.

3) Al pago de los intereses de cesantías causados desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017, por un valor de $4.227.934.

4) Al pago de las vacaciones causadas desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017 por la suma de $417.616.391.
5) Al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017.
6) Al pago por concepto de indemnización por despido sin justa causa por un valor de $24.786.229.
7) Al pago de la sanción moratoria establecida en el Art. 65 del CST por la no entrega de liquidación final de acreencias laborales desde el 25 de noviembre de 2017 y hasta que se le haga efectivo el pago, lo cual, a fecha 31 de julio de 2019 asciende a la suma de $76.641.125.
8) Al pago de la sanción moratoria establecida en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías en el correspondiente fondo de cesantías de los últimos 3 años de relación laboral en los siguientes términos:
   a. Desde el 15 de febrero de 2017 al 24 de noviembre de 2017 por un valor de $32.381.176.
   b. Desde el 15 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016, por valor de $38.427.115.
   c. Desde el 15 de febrero de 2015 al 31 de diciembre de 2015 por un valor de $35.896.728.
9) Al pago de la sanción moratoria por el no pago de aportes al Sistema de Seguridad Social contados desde la terminación del contrario, el 24 de noviembre de 2017 hasta que se haga efectivo el pago de dichos aportes, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 64 del CST y jurisprudencia concordante, lo cual, a fecha de 31 de julio de 2019 asciende a la suma de $78.641.125.
10) Condenar a la demandada a pagar las referidas sumas de dinero de manera indexada.
11) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **COPORACION CLUB EL NOGAL** contestó la demanda (fls. 565 a 592) de acuerdo al auto proferido el 13 de diciembre de 2019 visible a folio 707 del expediente digital. Se opuso a las pretensiones de la demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 20° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de noviembre de 2020. **DECLARÒ** que entre CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA y la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL, existió un vinculo laboral regido por un contrato de trabajo vigente cuyos extremos se dieron entre el 07 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017; devengando como último salario la suma de $4.979.756.

CONDENÓ a la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos:

Cesantias 2008	$428.262
Cesantias 2009	$2.855.079
Cesantias 2010	$2.855.079
Cesantias 2011	$2.855.079
Cesantias 2012	$2.855.079
Cesantias 2013	$2.855.079
Cesantias 2014	$4.004.073
Cesantias 2015	$3.869.959
Cesantias 2016	$1.966.000
Cesantias 2017	$4.481.780
Intereses a las cesantias 2016	$196.600
Intereses a las Cesantias 2017	$497.975
Primas 2016	$1.501.806
Primas 2017	$4.481.780
Vacaciones 2015	$1.478.109
Vacaciones 2016	$983.000
Vacaciones 2017	$2.240.890

CONDENÓ a la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL, a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA la indemnización o sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo Administrador que eligiera la demandante, correspondiente al valor de un día de salario, equivalente a $128.998,63 desde el 26 de marzo de 2016 hasta el 15 de febrero de 2017 y de

$65.533,33 diarios a partir del 16 de febrero de 2017 hasta el 24 de noviembre de 2017.

CONDENÓ a la COPORACIÓN EL NOGAL, a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA, la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, a razón de $149.993 diarios, desde el 25 de noviembre de 2017 hasta el 25 de noviembre de 2019, esto es, la suma de $119.514.144. A partir del 26 de noviembre de 2019, se pagarán los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados sobre los salarios y prestaciones sociales debidos hasta cuando el pago de estos se efectúe.

CONDENÓ a la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL, a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA la suma de $31.704.466 por concepto de indemnización por despido injusto.

CONDENÓ a la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL, a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA y por tanto, a cotizar al Sistema General de Pensiones, el porcentaje que corresponde de los aportes, con base en el salario acreditado en juicio como excedente entre el valor consignado y el monto que se desprende de aplicar como ingreso base de cotización el salario devengado por la demandante, así como las cotizaciones que no se hayan realizado entre el 07 de noviembre de 2008 y el 24 de noviembre de 2017. Para ello se solicitará al fondo al cual se encuentra afiliada la demandante, que realice el cálculo actuarial, con el fin que la demandada efectúe los pagos correspondientes, conforme a los salarios acá reconocidos, teniendo como IBC para los años 2008 a 2013 la suma mensual de $2.855.079, para el año 2014 la suma de $4.004.073, año 2015 la suma de $3.869.959, para el año 2016 la suma de $1.966.000 y para el año 2017 la suma de $4.979.759.

ABSOLVIÓ a la demandada CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL de las demás pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS a cargo de la demandada CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 7 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada Club el Nogal** presentó recurso de apelación:

1. **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a la demandada, como quiera que si bien el Juzgado indica que habiéndose demostrado que existía una prestación personal del servicio, en desarrollo del Art. 24 se aplicaba la presunción a efectos de determinar que la relación está regida por un contrato de trabajo, haciendo énfasis en que el Juzgado afirmó que la demandada no logró desvirtuar tal presunción, a pesar de los esfuerzos que se adelantaron en el trámite del debate probatorio.

   En ese sentido, se aparta de la decisión de primera instancia, por cuanto considera que, si se cumplió con la carga probatoria, en el sentido que se desvirtuó la presunción de que trata el Art. 24, en tanto que las actividades desarrolladas por la demandante, y que consistían en la prestación del servicio de masajes no podían ser autónomas. No obstante, señala que no existe ninguna práctica de costumbre que suponga que una persona que se dedica a actividades de masajistas no son autónomas, de hecho esta es una de las actividades por excelencia donde las personas que practican esta profesión las desarrollen de manera autónoma e independiente, de manera que no queda clara la razón por la que el Juzgado consideró que estas actividades no son autónomas, por el contrario, lo que quedó demostrado en el proceso, el CLUB EL NOGAL jamás le impuso a la demandante las condiciones de dichas actividades, máxime cuando el testimonio de Erika Gabriela Moreno indicó que en su calidad de fisioterapeuta tenía todas las habilidades y conocimientos técnicos para desarrollar sus actividades, de manera que no quedó demostrado que la demandada hubiera dado algún tipo de instrucción de cómo debía desarrollar sus actividades.

   Por otro lado, el Juzgado hace énfasis en la disponibilidad de tiempo que debía tener la demandante, y señala que causalmente era la misma de las demás trabajadoras, sin embargo la misma demandante, en su interrogatorio de parte indicó que en el Club demandado existen unas cabinas, en donde se desarrolla el contrato de concesión que al suscribirlo envían una carta a la demandada en donde informan la disponibilidad para explotar un espacio con ocasión a la concesión, en el que se desarrolla en una franja de tiempo establecida, el que se abre el servicio a los socios o invitados del Club que puede ser de 7:00 AM a 7:00 PM, en la que se maneja según disponibilidad horario del socio o del invitado. Precisa que la franja de 7:00 AM a 7:00 PM la ponía a disposición el Club y la demandante escogía la franja de la tarde.

Ahora, llama la atención que la demandante nunca tuvo ninguna inconformidad, pese a que suscribió 6 contratos de concesión con el CLUB EL NOGAL, indicando en cada uno de ellos, la disponibilidad con la que contaba para ejecutar el contrato de concesión, máxime si se tiene en cuenta que la actora se afilió como independiente al Sistema de Seguridad Social, autorizando que las cotizaciones se hicieran a través de la planilla.

Por otro lado, llama la atención que la aquí demandante es una profesional en fisioterapia, por lo que tenía conocimiento de los contratos que suscribía, por lo que no se puede entender que existió un engaño o un acto fraudulento, porque no se trata de una persona que tiene una capacidad escolaridad baja, sino que, por el contrario, se trata de una profesional en fisioterapeuta, quien suscribió múltiples contratos, con autonomía e independencia.

Respecto del argumento incoado por el Juzgado, relacionado a que la demandante no tenía autonomía en el ejercicio de sus actividades, en tanto que debían ser realizadas en el Club el Nogal, debe traerse a colación las reglas de la experiencia y la sana crítica, así como el sentido común, que la demandante no podía entrar o salir cuando quisiera, sino que, podía bloquear su agenda, al decirle al Club demandado de manera libre, que ciertos días no iba a estar, o que la cita previamente programada, podía dársela a otra persona, sin que sea admisible en cualquier parte del mundo que un trabajador dependiente subordinado, se dé el lujo de decir que no va a ir, o que no va a estar, por lo que esa clase de particularidades, señala que, a pesar de existir efectivamente la prestación personal del servicio, desdibujan la existencia de una relación laboral.

Por otro lado, señala el Juzgado que se acredita la existencia de la relación laboral por otorgarle el uniforme a la demandante, sin embargo, lo cierto es que el Club el Nogal orientaba como debía ser el uniforme, precisamente para que fuera anti fluido con el fin de cumplir con las normas de bioseguridad impuestas por el Ministerio de Salud, pero la demandante podía mandarlo a confeccionar con la tela que comprara, en el lugar que ella escogiera, por lo que no es correcto afirmar que el Club el Nogal suministrara uniformes, porque no es cierto.

Respecto de las herramientas con las que desarrollaba su trabajo, indica que el Club nunca le suministró herramientas, pues más allá del mobiliario (camillas y toallas), era la demandante la que llevaba los elementos con los que suministraba los masajes, esto es, cremas, aceites, aparatos, etc., sin embargo el otorgar camillas y toallas le da a entender al Juzgado que constituye un indicio de subordinación, lo cual no lo es, pues en el contrato

de concesión quedó señalado que la demandante debia cancelar un porcentaje de la facturación que se hacia por el servicio de masajes, y es que según la regla de la experiencia, los clubes envia la cuenta de cobro de dichos masajes al socio que utilizó el servicio, sin que tal situación sea una actitud fraudulenta, condiciones que fueron previamente pactadas en el contrato, y fue un acuerdo entre las partes, acorde a la reglas de la experiencia.

Adicionalmente, manifiesta que la demandante no podia ser independiente porque las actividades que ejercia eran propias del club el nogal, sin embargo la Ley Laboral en ninguna parte establece que para hacer o crear empresa tiene que contratar todos los servicios que son propios del objeto social mediante un contrato directo de trabajo, máxime si se tiene en cuenta la teoria del contratista independiente desarrollada por la sentencia 593 de 2014 cuando se pronuncia sobre la exequibilidad del artículo 34 del CST, que dice claramente que cuando existen actividades misionales, se puede tercerizar o no, y el hecho que la actividad que ejecuta sea propia u originaria de la empresa, no impide que se hagan otro tipo de contratos.

Finalmente, queda demostrado que el Club demandado impusiera alguna sanción disciplinaria o llamado de atención a la demandante, en tanto que la única prueba para argumentar esto es la declaración de una señora Mayerly, quien manifestó que la demandante le dijo que la habían regañado, esto es, una declaración de oídas, la cual no puede tener ninguna validez probatoria, quedando demostrado que la demandante era una concesionaria que desarrollaba su actividad de manera autónoma e independiente.

De tal manera que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que quedó acreditado que entre las partes quedó acreditado que se suscribieron 6 contratos de concesión, los cuales obran en el proceso, y que nunca fueron objeto de inconformidad por la demandante.

2. **BUENA FE DEMANDADA**: En gracia de discusión, en el caso que la sentencia se confirme por parte ésta Corporación, señala que la actuación del club el nogal fue de buena fe, pues su entendimiento fue claro en que la vinculación entre las partes obedeció a un contrato de concesión y bajo ese entendido actuó, que no fue solo uno, sino seis, suscritos por la demandante sin hacer ningún solo tipo de reparo, compró sus uniformes, sin hacer algún reparo de porque el club no se los suministraba, así como las herramientas de trabajo. Que se afilió de manera independiente al Sistema de Seguridad Social, autorizó al club el nogal a realizar los pagos a las planillas Y,

reiterando, sin hacer algún tipo de reclamo, por lo que de los hechos que rodearon la situación no puede concluirse que se actuó con mala fe, máxime si se tiene en cuenta que cuando se notificó a la demandante la terminación del último contrato, no reclamó absolutamente nada, jamás dijo nada; pues acceder a ésta pretensión estaria originando un enriquecimiento sin justa causa de la demandante.

3. **SALARIOS DEVENGADOS POR LA DEMANDANTE**: Finalmente, señala que no logra entender de donde el Juzgado obtuvo la suma de $4.900.000 como salario devengado por la demandante en el último año de servicio, máxime si se tiene en cuenta que en cumplimiento al requerimiento efectuado por el Juzgado el club demandado aportó una certificación que da cuenta de los valores que fueron facturados en el marco de cada uno de los contratos de concesión que celebró la demandante con el club el nogal, por lo que solicita la revisión del salario devengado por la demandante, así como las cifras condenadas en primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si de conformidad con el material probatorio recaudado dentro del plenario, existió entre la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO y la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, una relación laboral, con vigencia desde el 07 de noviembre de 2008 hasta el 24 de noviembre de 2017, o si, por el contrario, como lo afirma la parte demandada, la relación estuvo sujeta mediante un contrato de concesión. **2.** En caso afirmativo, si proceden las condenas impuestas en primera instancia, teniendo en cuenta el verdadero salario devengado por la demandante. **3.** Si el Club demandado actuó con buena fe.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Así las cosas, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda, conforme lo concluyera el juzgador de primer grado.

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

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

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

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

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

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de

trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

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

Descendiendo al *sublime*, la demandante alega que prestó sus servicios para el Club accionado en una relación laboral desde el 07 de noviembre de 2008 al 24 de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de masajista.

La sociedad demandada por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, así como en el recurso de apelación, indicando que de conformidad con las pruebas testimoniales y documentales que reposan dentro del plenario, las partes suscribieron no solo uno, sino seis contratos de concesión, el cual tenia por objeto la explotación de los servicios de masajistas, las cuales se desarrollaban bajo la propia cuenta y riesgo de la demandante, actividades que la actora desarrolló con plena autonómica, técnica y administrativa, sin que por tanto la actora tuviera que cumplir un horario de trabajo, incluso podía dejar de ir a turnos para desarrollar su actividad como lo deseara, con el fin de organizar la agenda de los socios que pretendían que les hiciera un masaje, y por último, por cuanto nunca proporcionó elementos para el ejercicio de sus funciones, resaltando que se facturaba cada servicio prestado por la demandante, para que el socio que disfruto del masaje, cancelara la factura generada, concluyendo que el dinero que recibía la demandante no provenía del Club El Nogal, sino que por el contrario, proviene de los socios que disfrutan el servicio, finalmente, por cuanto solo le suministró una orientación para que el uniforme fuera anti fluido, pero podía confeccionarlo donde quisiera.

Así las cosas, la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que, quien invoca la condición de trabajador, debe además de afirmarlo, acreditar la prestación personal del servicio y sólo entonces se presume el contrato de trabajo, como lo predica el artículo 24 del C.S.T. Bien sabido es, que a quien invoca la condición de trabajador no le basta con afirmar que el contrato de trabajo se estructuró, sino que debe acreditar la prestación personal del servicio para que en aplicación del artículo 24 del CSTSS se presuma el contrato de trabajo y en ese orden de ideas, queda en cabeza de la parte demandada la carga de desvirtuar la existencia de subordinación

y entonces, demostrar la existencia de un contrato con caracteristicas diferentes a uno de trabajo, , precisando que la parte demandada señala que el elemento de subordinación no se encuentra acreditado dentro del presente asunto.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la demandante allegó al plenario 6 contratos de concesión suscrito el 07 de noviembre de 2008, otrosí al contrato de concesión suscrito el 5 de abril de 2010. Un contrato de concesión No. 411 de 2013 suscrito el 14 de noviembre de 2013. Contrato de concesión No. 330 suscrito el 30 de octubre de 2014, otro sí al anterior contrato de concesión suscrito el 28 de abril de 2015. Así mismo, contrato de concesión No. 388 de 2015, suscrito el 06 de noviembre de 2015. Aportó igualmente Contrato de Concesión No. 371 de 2016, suscrito por el 1° de noviembre de 2016. Aportó sendos correos electrónicos entre el Club el Nogal y la demandante, en donde remiten a la demandante contratos de concesión suscritos entre las partes. Finalmente, allegó Contrato de Concesión No. 150 de 2017, suscrito el 1° de junio de 2017, otro si No. 1 al contrato de concesión No. 150 de 2017, suscrito el 31 de octubre de 2017.

Obra carta de terminación de contrato de concesión, que data del 24 de noviembre de 2017 en la que la demandada le indica a la señora CLAUDIA PATRICIA lo siguiente:

> *"Estimada señora Claudia,*
>
> *Mediante la presente comunicación, le informo que esta Corporación ha decidido dar por terminado el contrato de concesión No. 150 suscrito entre las partes el 1 de junio de 2017, a partir del 24 de noviembre de 2017.*
>
> *La Corporación Club El Nogal ha tomado esta decisión con base en la cláusula vigésima primera del contrato de concesión en mención, que prevé entre otras, como causal de terminación: "(...) 4) Por irrespeto a los socios, invitados, huéspedes, personal del CONCEDENTE y/o otros concesionarios."*

Así mismo, reposa documental suscrita por la demandante del 23 de enero de 2010, dirigida a la señora FABIOLA MORALES – Jefe de Masajes del Club el Nogal, quien le solicita autorización de turnos para ciertos dias específicos. Así mismo, carta del 29 de enero de 2010 en la que la demandante aclara el horario laboral a partir del 1° de febrero de 2010.

Obra constancia del 3 de diciembre de 2009 suscrita por la Gerente de Servicio al Socio de la Corporación el Club el Nogal, en la que certifica que la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA tiene suscrito con el Club el Nogal un contrato de

concesión de espacio individual, para que ejerza y explote su profesión u oficio como masajista, que en dicho contrato, el plazo pactado, es de 3 meses, con cláusula de prórroga automática si alguna de las partes no manifiesta su intención de darlo por terminado con una anterioridad de 15 días a la fecha de la terminación, percibiendo una suma de $1.334. 850 promedio mensual.

Constancia que data del 14 de octubre de 2010, en la que certifica que la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA tiene suscrito con el Club el Nogal un contrato de concesión de espacio, suscrito desde el 15 de noviembre de 2008, para que ejerza y explote su profesión u oficio como masajista, percibiendo una suma de $1.513.103 promedio mensual.

Constancia del 17 de noviembre de 2011, en la que certifica que la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA tiene suscrito con el Club el Nogal un contrato de concesión de espacio, suscrito desde el 15 de noviembre de 2008, para que ejerza y explote su profesión u oficio como masajista, percibiendo una suma de $2.331.729 promedio mensual.

Fueron aportados igualmente sendas facturas de venta tanto por turnos no utilizados, así como masajes prestados, planilla de aportes en línea en la que se relaciona la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL como aportante, por lo que se observa que la demandada realizó los pagos a Seguridad Social a favor de la demandante por lo menos hasta marzo de 2016. Comunicación del 11 de marzo de 2016 en la que le informan que a partir del mes de abril de 2016 la demandante deberá realizar los pagos a Seguridad Social personalmente.

Anuncios para capacitar a las masajistas del Club el Nogal, así como a reuniones Grupo Vocero Masajes, anuncio del uso de los uniformes masajes para el año 2017.

Por su parte, la sociedad demandada aportó certificación del 26 de noviembre de 2019, en la que detalla los términos y tiempos de prestación del servicio por la parte demandante mediante los 6 contratos de concesión suscritos con la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA.

Por otro lado, se recibió el **interrogatorio de parte** de la representante legal del Club El Nogal, quien indicó que en los eventos en que se suscriben contratos de concesión se procede previo a suscribirlos dialogar con las concesionaras para orientarlas como deben redactar el documento, así como organizarse previo la

disponibilidad del horario; indicó que debían organizar los términos en que iba a estar escrito el contrato de concesión, sin que significara que el Nogal redactara el documento, sino que debían corregirles apreciaciones en su redacción porque en ciertas ocasiones lo hacían como si fuera un contrato laboral, y con la finalidad de dejar claro que se trataba de un contrato de concesión, el cual consistía en brindarles un espacio para realizar sus labores como masajistas, aclaró que el área de masajes no tenía Jefe, pues dicha área tenía una Dirección de Bienestar y Belleza, la cual se encargaba del correcto desarrollo de las actividades del área. Indicó además, que las concesionarias no solicitaban ni se les otorgaban permisos, como quiera que no tenían Jefes, simplemente podían bloquear su agenda, y manejar su tiempo, por lo que no tienen la imposición de un horario específico, y escogen en que grupo desempeñar su labor, si en la mañana o en la tarde, que lo único que hacían eran recomendaciones a las concesionarias en pro de la buena imagen del Club demandado.

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la señora **CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA**, quien indicó que efectivamente suscribió 6 contrato de concesión entre el año 2008 y el 2017 para prestar el servicio de masajista, que, al momento de suscribir un contrato de concesión con la demandada, se realizaba con referencia de un documento que hacía referencia a una hoja que se les hacía redactar como requisito para firmar el contrato de concesión. Que prácticamente, la demandante debía redactar la carta, y una vez la pasaba, le podían hacer varias correcciones de redacción, pero nunca le hicieron algún reparo respecto de la carta de ofrecimiento que ésta presentaba, el cual era un requisito previo a la suscripción del contrato de concesión. En relación al pago a Seguridad Social precisó que se realizaba mediante planilla, el descuento se efectuaba y el Club era quien la pagaba. En cuanto al uniforme que debía usar, relató que si bien era de su propiedad, lo cierto es que la asignación del color, diseño y el horario del uso los hacía por imposición del Club, incluso indicó que la demandada le dio una tarjeta del lugar en donde podía comprarlo. Finalmente, manifestó que los implementos de trabajo eran de su propiedad.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **RAUL EDUARDO PAEZ** quien indicó que se encuentra laborando actualmente para el Club el Nogal desde el año 1995, en el cargo de Supervisor de lavandería inicialmente, luego como Gerente de Operaciones, Director de Servicios General y actualmente como Director de Deportes. Indicó que distinguió a la demandante cuando fue Jefe de Lavandería, razón por la cual supervisaba el contrato de concesión de masajes desde el 2010 a

2013, por lo que supervisaba el servicio de masajes prestado a los socios del Club demandado para los años 2010 a 2013, sin embargo aclara que la supervisión consistía en las quejas que podían llegar a tener los socios del club, mas no la labor prestada por las masajistas como tal, como quiera que habían muchas cabinas de masaje, sin embargo se realizaba una retroalimentación con las concesionarias. En lo que tiene que ver con la asignación de la agenda a la demandante, indicó que lo que se hacía era que las concesionarias entregaban su disponibilidad, y de acuerdo a ello, los socios solicitaban las citas para los masajes. Por otro lado, indicó que se le hacía una evaluación a la prestación del servicio, en desarrollo de la gestión de calidad del Club. Que en lo que tiene que ver con los aportes a Seguridad Social señaló que las concesionarias debían realizarlo mediante planillas, pero el Club les descontaba de su dinero. Que la concesionaria debía llevar su uniforme, así como los elementos de trabajo, sin embargo, por cumplir normas impuestas por el Ministerio de Salud, debían ser anti fluidos, a pesar de que el color y diseño era convenio con la masajista. En relación a la actividad realizada por la demandante, indicó que no se le daba ninguna instrucción, pues la cabina donde desempeñaba sus actividades eran aisladas e independientes. Finalmente indicó que, la masajista podía bloquear su agenda de manera voluntaria, sin embargo, debía informar al Club que día no iba a estar para realiza el bloqueo al interior del Club.

Así mismo, se recibió los testimonios de las señoras **JEIMMY PAOLA PEDRAZA MOQUE** y **GABRIELA MORENO**, quienes coincidieron en indicar que fueron compañeras de trabajo de la demandante, desempeñándose igualmente como masajistas en las instalaciones del Club el Nogal. Que la señora NIÑO VALDERRAMA desempeñaba su rol de masajista en el turno de la tarde, esto es, de 2:00 PM a 10:00 PM, que tenían un jefe que estaba pendiente del cumplimiento del horario, así como de las quejas o reclamaciones presentadas por los socios del Club, y los permisos solicitados. Que en el evento en que fueran a ausentarse, debían informar a la demandada, con el fin que bloqueara la agenda, y que era obligatorio presentar el soporte de la audiencia. Que en el evento en que un socio no llegara a la cita para recibir el masaje, las masajistas no podían retirarse de las instalaciones del Club, sin embargo, debían realizar 3 llamadas al cliente para confirmar su no asistencia. Que, en algunas ocasiones, la demandante prestó el servicio de masajes en el área del SPA del Club. Que, para la finalización de cada año, se realizaban unas auto evaluaciones, en las que se revisaba tanto las quejas presentadas por los socios, como la puntualidad en el cumplimiento del horario. Que, en relación a los uniformes, precisaron que el Club les informaba el diseño que debían usar, y las masajistas debían mandarlo a hacer. Que las herramientas para

hacer los masajes eran de propiedad de cada masajista. La señora PEDRAZA MOQUE especificó que, los pagos a Seguridad Social se realizaban por intermedio del Club demandado, a través de una planilla. Finalmente indicó que en el evento en que una masajista quisiera pedir vacaciones, debía solicitarlo con 15 días de anticipación, con el fin de bloquear la agenda, sin embargo, debía dejar un reemplazo y la solicitud debía ser aprobada por el Jefe directo.

Por su parte, la señora **KATIA GUZMAN ARIAS** indicó que, también fue contratada como masajista, bajo la misma modalidad de contrato de concesión del espacio. Que el servicio se prestaba de domingo a domingo. Que la deponente supervisaba los contratos de concesión. Que, para acceder a dicho contrato, las masajistas deben manifestar a través de una carta su disponibilidad para hacer uso de la concesión, que la disponibilidad era voluntaria, en tanto que las masajistas manifiestan en que forma quieren prestar el servicio, esto es, los días y los horarios., Que en el evento en que las masajistas quisieran ausentarse, debían informar y pasar una solicitud por escrito, comunicando que van a ausentarse. Que los elementos para desarrollar su actividad son propios de las masajistas, en tanto que, el Club tan solo suministraba el espacio, camillas y toallas. Que el uniforme debía ser anti fluido, pero debían ser de los colores acordados con el club. Que los pagos de los aportes a Seguridad Social se realizaban por intermedio del Club.

Finalmente, se recibió el testimonio de la señora **HELENA ROMERO CHACON**, quien indicó ser la recepcionista. Que en virtud del contrato de concesión que maneja el club, se habilita un espacio a las masajistas para que puedan prestar sus servicios, sin embargo, indicó que no siempre se presta el mismo cubículo, pues el espacio se habilitaba según disponibilidad, por cuanto para dicho espacio no se maneja un horario, sino una disponibilidad, que en el caso de la demandante siempre fue de 2:00 PM a 10:00 PM. Que, en virtud de la suscripción del contrato de concesión, no se impartían órdenes. Que en el evento en que la masajista no pudiera asistir al turno, debía informarlo para bloquear la agenda y comunicarlo al socio. Que el Club no le suministraba elementos de trabajo, así como tampoco los uniformes, así como tampoco algún procedimiento para desarrollar tal función, lo único que debía hacer era pasar una carta en la que precisara las horas y días en los cuales podía trabajar y con base en dicha comunicación, se agendaban las citas de los socios.

De acuerdo a lo anterior, y contrario a lo afirmado por la recurrente, sea del caso precisar que los testimonios de JEIMMY PAOLA PEDRAZA MOQUE y GABRIELA

MORENO, se caracterizaron por ser coherentes y claros, sin que evidencien contradicción o parcialidad, entonces, ofrecen a la Sala credibilidad, en tanto, expresaron las circunstancias fácticas que conocían y les constaba respecto del objeto de litigio, máxime si se tiene en cuenta que fueron personas que prestaron el mismo servicio de la demandante, siendo relevante señalar que manifestaron de manera contundente que la demandante debía cumplir con el turno asignado, y cumplir las funciones propias de masajista. Así mismo, señalaron que, en el evento en que fueran a ausentarse, debían informar a la demandada, con el fin que bloquear la agenda, y que era obligatorio presentar el soporte de la ausencia. Que en el evento en que un socio no llegara a la cita para recibir el masaje, las masajistas no podían retirarse de las instalaciones del Club, sin embargo, debían realizar 3 llamadas al cliente para confirmar su no asistencia. Que le realizaban auto evaluaciones, en las que se revisaba tanto las quejas presentadas por los socios, como la puntualidad en el cumplimiento del horario. Que los uniformes los compraban las masajistas, y era el Club quien les informaba el diseño que debían usar. Que las herramientas para hacer los masajes eran de propiedad de cada masajista. Que los pagos a Seguridad Social se realizaban por intermedio del Club demandado, a través de una planilla. Finalmente indicó que en el evento en que una masajista quisiera pedir vacaciones, debía solicitarlo con 15 días de anticipación, con el fin de bloquear la agenda, sin embargo, debía dejar un reemplazo y la solicitud debía ser aprobada por el Jefe directo.

En el caso bajo examen, con los medios de convicción y piezas procesales reseñados en precedencia, valorados en conjunto, permiten colegir que efectivamente la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA prestó servicios a la Corporación Club El Nogal, no solo conforme los contratos de concesión aportados por las partes, así como las certificaciones emitidas por la encartada, donde dan cuenta que la prestación del mismo se dio desde el 07 de noviembre de 2008 al 24 de noviembre de 2017, así como con las copias de los pagos de las planillas a seguridad social, sino también con la aceptación que hiciera la representante legal de la parte demandada quien manifestó que era cierto que mediante contrato de concesión la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA se desempeñaba como masajista, por lo que queda totalmente probada la prestación personal del servicio, en ese sentido se invierte la carga de la prueba a la parte demandada con el fin de desvirtuar que esos servicios personales no se ejecutaron bajo un contrato de trabajo si no conforme a las estipulaciones del contrato comercial de concesión suscrito entre las partes, esto es, que la labor fue autónoma e independiente, tal y como se afirma en el recurso de apelación.

En el *examine*, el Club El Nogal no desvirtuó la presunción legal del contrato de trabajo contenida en el artículo 24 del CST, por el contrario, se acreditó que en el transcurso de la relación las condiciones fueron desarrolladas bajo actos constitutivos de subordinación al impartírsele órdenes a Niño Valderrama, conforme las comunicaciones emitidas por el Club el Nogal, en las que se evidencia diferentes directrices respecto del horario de trabajo, certificación de reporte de ingreso y salida de la demandante a las instalaciones, utilización de uniformes, registro de planillas, reuniones programadas, capacitaciones, entre otras. Así mismo, conforme la declaración de los testigos, intenta encubrir la existencia de órdenes impartidas a la demandante, indicando que la actora debía sujetarse a la disponibilidad ofrecida por el club para prestar el servicio de masajes, así como a la solicitud de servicios por parte de los socios, lo cierto es que tales manifestaciones no hacen otra cosa que corroborar que la actividad de masajista desarrollada por la señora NIÑO VALDERRAMA no puede prestarse en forma autónoma e independiente, pues no es la demandante la encargada de organizar de manera libre las citas con los socios, sino que por el contrario, depende de los socios, así como de las instalaciones del club, sujetándose adicionalmente a la programación de turnos impuestos por el club demandados.

No debe perderse de vista que si bien la demandante tenía la posibilidad de escoger el turno de la mañana o de la tarde o incluso la carta que presentaba para manifestar la escogencia de su turno, dicha situación, per se, no le permite configurar una independencia en sus labores, en tanto que de todas formas estaba sujeta tanto a los socios del club, como a los horarios del mismo, como de la organización que éste impusiera, siendo obligatorio acogerse a uno de los turnos ofrecidos por el club, de lo contrario, podía escoger ir una o dos horas al día, o en una misma semana, asistir en diferentes horarios, sin embargo, la demandante estaba limitada al turno que le ofrecía el club, y en ese sentido se evidencia que la demandante efectivamente cumplió sus funciones, empero bajo las condiciones que le impuso el Club., sin la posibilidad de ejercer su actividad con autonomía e independencia, pues, cumplía sus labores con los clientes o invitados en el cubículo que le asignaran, y si bien debía llevar sus elementos de trabajo, tales como aceites, o aparatos para realizar el masaje, etc., lo cierto es que debía desarrollar su labor en las instalaciones de la sociedad demandada, con la camilla y toallas de la demandada.

Por otro lado, si bien el club demandado no suministraba de manera directa los uniformes que debía usar la demandante, lo cierto es que, si debían ser conforme las directrices por ésta impartida, incluso la demandante manifestó que se le dio una tarjeta en donde podía mandar a hacer el uniforme. Ahora, si bien la recurrente señala que no le suministraba el uniforme y que lo único que se le indicaba era que debía ser anti fluido, lo cierto es que esta es una maniobra para intentar encubrir una verdadera relación laboral, como quiera que quedó demostrado que al igual que la imposición de los horarios, la demandante no podía llegar con cualquier uniforme o color de uniforme, pues le imponían el uso de uno específico en días específicos, sin que el hecho que la demandante podía mandarlos a hacer en cualquier lugar sea configurativo de autonomía e independencia, en tanto que debía usar por lo menor el color uniforme impuesto por el club, el cual debía ser el mismo que usaba el trabajador de planta o el que estaba incluido en nómina, únicamente bajo el argumento de uniformidad y cumplimiento de estándares del Ministerio de Salud.

Ahora bien, dada la naturaleza jurídica de la demandada, al tratarse de un Club, podía ejercer sus funciones, ya fuera en el SPA, o en los cubículos tantas veces mencionados, aunado al hecho que en caso de ausentarse, no solamente debía presentar una carta solicitando permiso para ausentarse, sino que, tal situación debía ser autorizada por su Jefe directo, y en el evento en que quisiera pedir vacaciones, debía solicitarlo con 15 días de anticipación, y las mismas debían ser aprobadas, aunado al hecho que debía dejar un reemplazo, con lo que evidentemente se acredita la existencia de una subordinación jurídica, así como los demás elementos constitutivos del contrato de trabajo que impone el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

Y, aunque la enjuiciada haya dado una denominación diferente al vínculo, "contrato de concesión", ello no desvirtúa la existencia de una verdadera relación laboral, además, no debe perderse de vista, de conformidad con las planillas de aportes a Seguridad Social por la demandante, si bien se indican que la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA, era una 'trabajadora independiente', lo cierto es que el Club el Nogal era quien cancelaba directamente los aportes a Seguridad Social para los años de 2008 a marzo de 2016, mes en el cual se le remite una carta a la demandante quien le informa que el club ya no seguirá pagando los aportes a Seguridad Social, y que a partir del siguiente mes, deberá realizarlos de manera personal la demandante.

Ahora, si bien el Club demandado es un centro cultural, deportivo, social, gastronómico y empresarial, el cual no se desprendería en un primer vistazo el servicio como el que ofrecía la demandante de masajes, lo cierto es que de conformidad con las declaraciones los testigos, el servicio de masajes, el club lo ha ofrecido por más de 10 años, en tanto que la demandante fue vinculada desde el 7 de noviembre de 2008 con el fin de ofrecer dicho servicio, por lo que podría incluso decirse que se encuentra como una actividad del giro ordinario de la demandada, desvirtuando de esta manera el contrato de concesión suscrito entre las partes.

Por otro lado, no debe perderse de vista que conforme el material probatorio recaudado, todo el manejo del negocio a nivel administrativo y cobro de tarifas, se encuentra a cargo de la sociedad demandada, y si bien en efecto la demandada cancelaba a la actora los servicios, por lo que era la pasiva quien pagada directamente a la demandante una suma de dinero, bajo el argumento que era el pago que realizaba el socio del club por el servicio recibido, dejando ver la realidad de la situación, al tratarse del pago de un salario, como contraprestación de sus funciones, **siendo el club también beneficiado por dicha actividad**, conforme se observa de la nota de contabilidad de concesión, en la cual se descontaba del pago a la demandante un concepto por la concesión del espacio.

En ese orden de ideas, se encuentra plenamente establecido que la demandante se encontraba sujeta a las directrices y vigilancia de las supervisoras, quien incluso podía ejercer "llamados de atención" al que estaba sujeta al momento de alguna queja de una socia del club, o hechos tales como no poder abandonar el sitio de trabajo antes del cumplimiento de la jornada, o solicitar autorización si no podía asistir, sin que pueda acreditarse una autonomía o independencia en sus funciones, dejando ver la subordinación que le impartían a la demandante, **confirmando** de ésta manera la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos laborales desde el 07 de noviembre de 2008 al 24 de noviembre de 2017, los cuales no existió inconformidad alguna por ninguna de las partes.

SALARIO DEVENGADO POR LA DEMANDANTE:

Le mereció reparto a la parte demandada el valor del salario declaro por el Juzgado de primera instancia, en tanto que no entiende de dónde sacó la cifra de $4.979.756, con la cual se liquidaron las condenas impuestas en primer grado.

En lo que tiene que ver con el salario devengado, si bien a la demandante le cancelaban un salario variable mes a mes, en atención a los masajes que realizara a los socios del club, lo cierto es que de conformidad con la documental que reposan en el expediente, específicamente de las cuentas de notas de contabilidad de concesión, las cuales no fueron desconocidas por la demandada, se logra determinar el valor quincenal que recibió la demandante por su labor de masajes prestada, por lo que se estableció un salario promedio devengado en cada anualidad de la vigencia de la relación laboral, precisando que como quiera que de los años 2008 a 2014 no reposa documental alguna que acredite el salario devengado por la demandante, por lo que se tomará un SMLMV para cada anualidad, y como quiera que a partir del año 2015 a 2017 si reposa prueba que acredite el salario devengado por la demandante, se calculó un promedio mensual respecto de estos últimos 3 años, ante la percepción de un salario variable, de la siguiente manera:

AÑO	Salario
2008	$461.500
2009	$496.900
2010	$515.000
2011	$535.600
2012	$566.700
2013	$589.500
2014	$616.000
2015	$1.025.325
2016	$994.328
2017	$1.729.207

Previo a realizar los cálculos aritméticos, ha de precisarse que no se presentó inconformidad alguna respecto de la excepción de prescripción parcialmente probada por el Juez de primera instancia, en ese sentido la Sala se releva del estudio de la misma, aplicándola al cálculo de las acreencias laborales, dejando incólume la decisión, es decir, quedando afectadas los intereses a las cesantías con anterioridad al **26 de marzo de 2016** (3 años previos a la reclamación administrativa) y las vacaciones con anterioridad al **26 de marzo de 2015** (4 años previos a la reclamación administrativa.

AUXILIO DE CESANTÍAS

Como la parte demandada no acreditó el pago de las cesantías durante todo el periodo laborado, conforme lo establecido en el artículo 259 del CST es procedente

el pago, por lo que, con ayuda al profesional del Grupo Liquidador adscrito de la Sala Laboral, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, el cálculo asciende a la suma de $6.964.864,30, **MODIFICANDO** en este sentido el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia.

INTERESES A LAS CESANTIAS Y SANCIÓN POR NO PAGO:

La sala encuentra que la demandada no acreditó el pago, por lo tanto, adeuda por concepto de intereses a las cesantías la suma de $259.225,65, **modificando** en este sentido el literal b) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión.

PRIMA DE SERVICIOS

En atención a la prescripción trienal declara en primera instancia, al no haberse acreditado el pago, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión procede condena por la suma de $2.315.842,41, en ese sentido, se **modificará** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia.

COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES

Como quiera que no se acreditara el pago por este concepto, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, la demandada adeuda el monto de $1.666.924,34, por lo que, se **modificará** la condena impuesta por el juez de instancia en el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS:

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de

depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

Revisada la conducta del empleador, para la Sala no se acredita buena fe en su actuar, pues se advierte la intención de omitir el pago de las obligaciones a su cargo al intentar encubrir la relación laboral con la demandante, en consecuencia, conforme liquidación efectuada con apoyo al profesional del Grupo Liquidador de la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, procede una condena por la suma de $66.925.550,40, por lo que, se **modificará** la condena impuesta por el juez de instancia en el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:

Conforme lo dispone el artículo 64 del CST, en caso de terminación del contrato sin justa causa por parte del empleador, dando lugar a las justas causas contempladas en la ley, se reconocerá una indemnización la cual corresponde para quienes devengan menos de 10 SMLMV -como el presente caso- a 30 días de salario por el primer año y 20 días de salario por cada año adicional o fracción de año.

Así pues, como quedó establecido, la relación laboral finiquitó el 24 de noviembre de 2017 mediante comunicación en la que se le indica a la señora CLAUDIA PATRICIA lo siguiente:

> *"Estimada señora Claudia,*
>
> *Mediante la presente comunicación, le informo que esta Corporación ha decidido dar por terminado el contrato de concesión No. 150 suscrito entre las partes el 1 de junio de 2017, a partir del 24 de noviembre de 2017.*
>
> *La Corporación Club El Nogal ha tomado esta decisión con base en la cláusula vigésima primera del contrato de concesión en mención, que prevé entre otras, como causal de terminación: "(...) 4) Por irrespeto a los socios, invitados, huéspedes, personal del CONCEDENTE y/o otros concesionarios."*

En ese orden, la cláusula 21° del contrato de concesión en mención, prevé entre otras cosas, como causal de terminación: *"(...) Cuarto: Por irrespeto a los socios invitados, huésped, personal del concedente y otros concesionarios"*.

Así pues, la parte que decide dar por finalizado el contrato, deberá exponer los motivos de terminación, sin que posteriormente puedan alegarse válidamente causales o motivos diferentes, de lo cual se tiene que el trabajador que pretenda el reconocimiento de la indemnización por despido, debe demostrar el hecho del despido, para que de esa manera se traslade la carga al empleador para que acredite las causales por las cuales condujeron a tomar dicha decisión de terminar el vínculo laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe señalarse, tal y como lo indicó el Juez de instancia, que ni en la contestación de la demanda, ni en las pruebas aportadas con la misma se hizo referencia a las causales invocadas de tiempo, modo y lugar que condujeron tomar la decisión de terminar el vínculo laboral existente entre las partes, así como tampoco fue aportado algún llamado de atención, memorando, o situación concreta que condujeran a la demandada a tomar la decisión de terminar el vínculo laboral, y en ese sentido no se encuentra acreditada ninguna justa causa para dar finalizada la relación laboral de manera unilateral.

Teniendo en cuenta lo anterior, procederá condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST, al realizar las operaciones aritméticas con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integral de ésta sentencia, se MODIFICARÁ el NUMERAL QUINTO, con el fin de CONDENAR al CLUB EL NOGAL a cancelar a la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA la suma de $11.009.284,7 por concepto de indemnización por despido sin justa causa

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El artículo 65 del CST dispone que si *a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que «*la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró*

elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)».

Así mismo, en sentencia SL 3936 del 2018 la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido pacifica en señalar que, en aquellos casos en los que exista controversia fundada en la existencia del contrato de trabajo, habrá lugar de la exoneración de la consignación de los derechos laborales, y por ende a la indemnización moratoria, sin embargo ello ocurre si el empleador demuestra que tuvo razones, tanto circunstanciales como jurídicamente poderosas, para discutir la calidad del contrato celebrado, de lo contrario no puede deprecarse su actuar de buena fe.

En el presente caso, la demandada adujo que siempre actuó bajo el convencimiento que entre las partes existió un contrato de concesión, lo que en principio haría presumir su buena fe, en el entendido que pudo haber estado bajo el convencimiento que no se encontraba obligado a cancelarle acreencias laborales a la actora, sin embargo, dicho convencimiento se desvirtúa, si se tiene en cuenta que dentro del plenario se acredito una verdadera relación laboral, mediante un contrato de trabajo a término indefinido.

El anterior actuar generó un perjuicio para la actora, al omitir, sin razón válida, el pago de las prestaciones causadas y debidas al momento de la terminación de la relación laboral, y si bien se ha adoctrinado por el máximo Tribunal que en los eventos en que se discute la naturaleza del vinculo, con razones atendibles y razonables, es factible exonerar al empleador de esta condena, tal presupuesto en este caso no se aprecia satisfecho, pues resultó evidente la naturaleza subordinada del servicio prestado, cuando la demandada le efectuó diferentes directrices y recomendaciones para el ejercicio de su actividad laboral, por lo que tal discusión no fue razonable ni atendible.

No obstante lo anterior, como quiera que se modificó el salario percibido por la demandante, se **MODIFICARÁ** la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, de un día de salario por cada día de retardo, liquidados desde el **25 de noviembre de 2017**, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y hasta el **25 de noviembre de 2019**, esto es, por el término de 24 meses e intereses moratorios a partir del mes 25, hasta que se haga efectiva la condena.

De acuerdo a la liquidación efectuada por el Profesional del Grupo Liquidador adscrito a ésta Sala, a razón de $57.640 diarios, la cual ascenderá a la suma de $41.500.800, liquidada desde el **25 de noviembre de 2017**, día siguiente a la terminación del vínculo laboral, y hasta el **25 de noviembre de 2019**. **MODIFICANDO** en este sentido el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia.

Confirmar en lo demás por no ser objeto expreso de apelación.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia así:

a. Por auxilio de cesantías el monto de $6.964.864,30.
b. Por intereses a las cesantías por la suma de $259.225,65.
c. Por prima de servicios, la suma de $2.315.842,41.
d. Por vacaciones, la suma de $1.666.924,34.

SEGUNDO: MODIFICAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR al CLUB EL NOGAL a pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIO NIÑO VALDERRAMA la suma de $66.925.550,40 por concepto de indemnización o sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo Administrador de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

TERCERO: MODIFICAR el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR al CLUB EL NOGAL a pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIO NIÑO VALDERRAMA la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del CST, a razón de $57.640 diarios, desde el 25 de noviembre de

2017 hasta el 25 de noviembre de 2019, esto es, la suma de $41.500.800. A partir del mes 25, esto es, 26 de noviembre de 2019, se pagarán los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera causados sobre los salarios y prestaciones sociales debidos hasta cuando el pago de estos se efectúe.

CUARTO: **MODIFICAR** el NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENÓ** a la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL, a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA NIÑO VALDERRAMA la suma de $11.009.284,57 por concepto de indemnización por despido injusto.

QUINTO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502020190058001)

DAVID. A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502020190058001)

Salvo Voto!

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502020190058001)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL			
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA			
RADICACIÓN: 11001310502020201958001			
DEMANDANTE: CLAUDIA NIÑO			
DEMANDADO: CLUB EL NOGAL			
FECHA SENTENCIA	**1a. INSTANCIA**	**2a. INSTANCIA**	**CASACIÓN**
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales y sanciones según instrucciones del despacho			

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde	7-nov	2008
	Hasta	24-nov	2017
Último Salario Devengado			

Tabla Salarial		
Año	**Salario Mensual**	**Aux.**
2008	$ 461.500,00	
2009	$ 496.900,00	
2010	$ 515.000,00	
2011	$ 535.600,00	
2012	$ 566.700,00	
2013	$ 589.500,00	
2014	$ 616.000,00	
2015	$ 1.025.325,00	
2016	$ 964.328,00	
2017	$ 1.729.207,00	

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2008				
Periodo de liquidación	Desde	7/11/2008	Hasta	31/12/2008
	Salario fijo mensual:		$ 461.500,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 15.383,33	
	Dias trabajados:		54	
Cesantías	Salario mensual (*) x Dias trabajados / 360		**$ 69.225,00**	

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2009				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2009	Hasta	31/12/2009
	Salario fijo mensual:		$ 496.900,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 16.563,33	
	Dias trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Dias trabajados / 360		**$ 496.900,00**	

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2010				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2010	Hasta	31/12/2010
	Salario fijo mensual:		$ 515.000,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 17.166,67	
	Dias trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Dias trabajados / 360		**$ 515.000,00**	

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2011				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2011	Hasta	31/12/2011
	Salario fijo mensual:		$ 535.600,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 17.853,33	
	Dias trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Dias trabajados / 360		**$ 535.600,00**	

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2012	Hasta	31/12/2012
	Salario fijo mensual:		$ 566.700,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 18.890,00	
	Dias trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Dias trabajados / 360		**$ 566.700,00**	

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2013	Hasta	31/12/2013
	Salario fijo mensual:		$ 589.500,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	

	Salario diario:		$ 19.650,00	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados / 360		**$ 589.500,00**	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2014	Hasta	31/12/2014
	Salario fijo mensual:		$ 616.000,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 20.533,33	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados / 360		**$ 616.000,00**	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2015	Hasta	31/12/2015
	Salario fijo mensual:		$ 1.025.325,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 34.177,50	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados / 360		**$ 1.025.325,00**	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados / 720		**$ 391.617,19**	desde 26-03-2015
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2016	Hasta	31/12/2016
	Salario fijo mensual:		$ 994.328,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 33.144,27	
	Días trabajados:		360	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados / 360		**$ 994.328,00**	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% / 360		**$ 91.146,73**	desde 26-03-2016
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre / 360		**$ 759.556,11**	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados / 720		**$ 497.164,00**	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2017	Hasta	24/11/2017
	Salario fijo mensual:		$ 1.729.207,00	
	Auxilio transporte:		$ -	
	Factor Variable		$ -	
	Salario diario:		$ 57.640,23	
	Días trabajados:		324	
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados / 360		**$ 1.556.286,30**	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12% / 360		**$ 168.078,92**	
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre / 360		**$ 1.556.286,30**	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados / 720		**$ 778.143,15**	

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	**Cesantías**	**Intereses sobre**	**Prima de servicios**	**Vacaciones**
2.008	$ 69.225,00			
2.009	$ 496.900,00			
2.010	$ 515.000,00			
2.011	$ 535.600,00			
2.012	$ 566.700,00			
2.013	$ 589.500,00			
2.014	$ 616.000,00			
2.015	$ 1.025.325,00			$ 391.617,19
2.016	$ 994.328,00	$ 91.146,73	$ 759.556,11	$ 497.164,00
2.017	$ 1.556.286,30	$ 168.078,92	$ 1.556.286,30	$ 778.143,15
Totales	**$ 6.964.864**	**$ 259.226**	**$ 2.315.842**	**$ 1.665.924**

Tabla Sanción por no Consignación de Cesantías Art. 99 Ley 50 de 1990					
Año	Periodo		No. Días de Sanción	Sanción	Total
2008	16/02/2009	15/02/2010	360	$ 15.383,33	$ 5.538.000,00
2009	16/02/2010	15/02/2011	360	$ 16.563,33	$ 5.962.800,00
2010	16/02/2011	15/02/2012	360	$ 17.166,67	$ 6.180.000,00

2011	16/02/2012	15/02/2013	360	$ 17.853,33	$ 6.427.200,00
2012	16/02/2013	15/02/2014	360	$ 18.890,00	$ 6.800.400,00
2013	16/02/2014	15/02/2015	360	$ 19.850,00	$ 7.074.000,00
2014	16/02/2015	15/02/2016	360	$ 20.533,33	$ 7.392.000,00
2015	16/02/2016	15/02/2017	360	$ 34.177,50	$ 12.303.900,00
2016	16/02/2017	24/11/2017	279	$ 33.144,27	$ 9.247.250,40
	Total Indemnización por no pago cesantías				**$ 66.925.550,40**

Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.					
Periodo		No. Años Laborados	No. Dias Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
7/11/2008	6/11/2009	1,00	30	$ 57.640,23	$ 1.729.207,00
7/11/2009	24/11/2017	8,05	20		$ 9.280.077,57
Total Indemnización				**$ 11.009.284,57**	

Tabla Sanción Moratoria - Art. 65 C.S.T.				
Fecha Inicial	Fecha Final	No. Dias	Sanción Moratoria Diaria	Total Sanción
25/11/2017	24/11/2019	720	$ 57.640,23	$ 41.500.968,00
Total Sanción Moratoria				**$ 41.500.968,00**

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	$ 6.964.864,30
Intereses Sobre las Cesantías	$ 259.225,60
Prima de Servicios	$ 2.315.842,41
Vacaciones	$ 1.666.924,34
Indemnización por no consignación Cesantías - Art. 99 Ley 50 de 1990	$ 66.925.550,40
Indemnización por despido sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.	$ 11.009.284,57
Sanción Moratoria - Art. 65 C.S.T.	$ 41.500.968,00
Total Liquidación	**$ 130.642.659,67**

Fuente	
Observaciones	1. 2. La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho

Fecha liquidación: lunes, 28 de febrero de 2022

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 020-2019-00903-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **TRINIDAD ORTEGA LÓPEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, como demandada-COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 18 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **TRINIDAD ORTEGA LOPEZ,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES,** debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. **DECLARAR** que fue inducida en error por parte de la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. para la calenda en que efectuó el cambio de régimen pensional.
2. **DECLARAR** la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, realizado a través de la compañía PORVENIR S.A.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, frutos, intereses, bonos pensionales, saldos y sumas adicionales.
2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, aceptar el traslado al régimen que administra, y computar dentro de su historia laboral, el tiempo durante el cual estuvo afiliado al RAIS.
3. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez, establecida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 22 de marzo de 2017.
4. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** (expediente digital), de acuerdo al auto de fecha 16 de julio de 2021, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 03 de agosto de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **PORVENIR S.A.** y efectuado por la señora **TRINIDAD ORTEGA LOPEZ**, el 1 de agosto de 1994. **DECLARÓ** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. ORDENÓ** a la administradora **AFP PORVENIR S.A.**, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada **TRINIDAD ORTEGA LOPEZ,** junto con los rendimientos financieros causados, con destino a **COLPENSIONES** y los bonos

pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. Y CONDENÓ en costas a las entidades accionadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, bajo el argumento que la demandante no logró demostrar alguno de los vicios del consentimiento contemplados en el artículo 1740 del Código Civil, para la calenda en que se efectuó el cambio de régimen pensional. Afirmó que se está frente a un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico. Que los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por la parte que los alega y no puede ser trasladada esa carga a la entidad demandada. Que la declaratoria de ineficacia, conlleva a la descapitalización del sistema y así lo ha dejado sentado la Corte Constitucional, al indicar que nadie se puede beneficiar o subsidiar de los recursos realizados por otros afiliados.

Entre tanto **PORVENIR S.A.,** manifestó, que si bien existen diversos precedentes jurisprudenciales sobre el deber de información, considera que se debe estudiar cada caso en particular, teniendo en cuenta para ello la normativa vigente para la época en que se efectúa el traslado, que en el caso de la demandante, ni impartió esa asesoría en los términos aducidos por el juzgador de primera instancia, ya ningún precepto jurídico lo exigía y que el único requisito valido era el formulario de afiliación. Adujo que al declararse la ineficacia del traslado, implicaba que el acto de afiliación no se realizó y por ende no había lugar a devolver los beneficios que se generaron producto de la vinculación al RAIS por más de 25 años. Que la accionante al absolver el interrogatorio ocultó información sobre la asesoría que en su momento se le brindó. Así mismo precisó que no se debió emitir condena por gastos de administración, al considerar que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estos descuentos también se efectúan en el RPM, sumado a que al no existir la actuación, no se generó la gestión, ni los gastos de administración, a lo que agrega que el fenómeno jurídico de la prescripción afectó esta acreencia. Finalmente señaló, que ordenar el pago de estos conceptos a COLPENSIONES, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, más aun cuando no existe norma que lo ordene

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. efectuado por la señora TRINIDAD ORTEGA LÓPEZ, el día 01 de agosto de 1994. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se trasladó a la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, el 01 de agosto de 1994 (folio 29 del cuaderno de contestación)

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

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

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

Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debia tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos minimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, Colpensiones aportó historia laboral de la actora, documento que da cuenta que, realizó cotizaciones al RPM desde el 19 de febrero de 1986 al 05 de mayo de 1993, reuniendo un total de 376.14 semanas (expediente digital). Mientras que la AFP PORVENIR S.A. allegó: copia de formulario de afiliación suscrito por la demandante, historial de vinculaciones elaborado por el SIAFF, comunicados de prensa, relación histórica de movimientos en la mencionada AFP, historia laboral consolidada, certificación de afiliación, concepto sobre cambio de régimen pensional emitido por la SUPERFINANCIERA, y certificado de Existencia y Representación legal, respuestas dada por PORVENIR S.A. a los requerimientos de la accionante, es decir, que los fondos demandados no allegaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 01 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 1 de agosto de 1994, la demandante tenía 376.14 semanas al RPM (expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 24 de octubre de 1959– fl. 55) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2016 (fecha para la cual contaría con más de 1.300 semanas), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993,

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

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada Porvenir S.A., en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de las mencionadas entidades, con relación a que la demanda se encuentra motivada por un

descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1. ° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido

información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **TRINIDAD ORTEGA LÓPEZ** del ISS hoy

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.,** el 1 de agosto de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 03 de agosto de 2021 por el juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.) y a favor de la parte accionante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a

medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502020190090301)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502020190090301)

Aclara Voto.

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502020190090301)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 022-2018-00337-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**JOSE GUILLERMO RODRÍGUEZ QUINCHE**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES** **AFP PORVENIR S.A.** **PROTECCIÓN S.A.** **COLFONDOS**
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.), así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mencionada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como COLPENSIONES, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 25 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **JOSE GUILLERMO RODRÍGUEZ QUINCHE,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES,** debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la nulidad o ineficacia del traslado realizado del Regimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.
2. **DECLARAR** que para todos los efectos legales, siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a las entidades demandadas, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual.
2. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: **COLPENSIONES** (fls 132-158 expediente digital), **PROTECCIÓN S.A.** (fls 169-174), y **PORVENIR S.A.** (fls 1-21), de acuerdo a los autos de fecha 25 de noviembre de 2020 y 30 de junio de 2021, respectivamente, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

Igualmente mediante providencia del 30 de junio de 2021, el Juzgado de origen ordenó la vinculación de COLFONDOS S.A., entidad que también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 04 de noviembre de 2021, **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado efectuado por el **JOSE GUILLERMO RODRIGUEZ QUINCHE** al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 26 de abril de 1994, incluido los traslados realizados dentro

del mismo régimen. **ORDENÓ** a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliado el señor JOSE GUILLERMO RODRIGUEZ QUINCHE, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas, y **CONDENÓ** en costas a las demandadas COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, indicando que el juzgado de Primera instancia desconoció la prohibición legal establecida en el articulo 13 de la ley 100 de 1993, en la que estaba inmerso el demandante por encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Que no se debe dar aplicación a los precedentes jurisprudenciales, dado que del material probatorio recaudado, en especial, del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se evidenciaba que los diferentes promotores de los fondos a los que estuvo afiliado, le explicaron las minucias o condiciones del RAIS, además de haber expresado que conocia de las caracteristicas del mencionado régimen. Por último afirmó que la inconformidad del accionante, respecto de la cuantía de la prestación, no es argumento válido para alegar la falta de información.

Entre tanto **PROTECCIÓN S.A.** solo presentó recurso de apelación respecto de la condena por gastos de administración, bajo el argumento que es una suma que devenga el fondo de pensiones por mandato de la Ley y como retribución por la administración que realiza para incrementar el patrimonio del afiliado. Adujo que si se declaró la ineficacia del negocio jurídico, lo correcto es retrotraer las cosas a su estado anterior, caso en el cual el demandante tendria derecho a la devolución del dinero con sus rendimientos, mas no a los gastos de administración, pues esta acreencias le pertenece al Fondo, y de ordenarse la devolución de este rubro, no habria lugar a los rendimientos, ya que estos son productos de la gestión de la entidad.

Por su parte **PORVENIR S.A.,** afirmó, que para el momento en que el demandante realizó el traslado de régimen pensional no existía la obligación de impartir a los afiliados, información en los términos reclamados en el escrito inicial, como tampoco dejar plasmada dicha asesoría, aunado a que el cambio de régimen ocurrió hace más de 15 o 20 años, por parte de otra administradora. Así mismo preciso que la información dada al actor, se debió sujetar a las normas vigentes para la época del traslado. En cuanto a la devolución de los gastos de administración, señaló que los mismos no fueron solicitados en la demanda; que este rubro tiene una finalidad legal específica, regulada en la ley 100 de 1993, consistente en generar rendimientos financieros, producto de la buena gestión del fondo, obligación que cumplió; además expresó que estas sumas ya se agotaron y se cumplieron durante la vinculación. Manifestó que del interrogatorio de parte absuelto por el accionante, se podía corroborar que tuvo conocimiento del manejo de su cuenta de ahorro individual, como también de los rendimientos a los que tendría derecho y las oportunidades para trasladarse, y que dada la profesión del actor, éste no podía alegar un desconocimiento frente a su situación pensional.

En relación con la condena en costas, indicó que no fue la entidad que generó el cambio de régimen pensional, y que cumplió con todas las obligaciones vigentes para el momento.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. y efectuado por el (la) señor JOSE GUILLERMO RODRÍGUEZ QUINCHE, por intermedio de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el día **26 de abril de 1994**; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **AFP PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A**. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del Régimen de Prima Media con prestación definida, solicitó trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a través de la **AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.,** el día 26 de abril de 1994, posteriormente a **HORIZONTE-PORVENIR S.A**-23 de octubre de 2002, seguidamente a **COLFONDOS**-27 de julio de 2004 y finalmente a **PORVENIR S.A.** actuación esta última registrada el 21 de abril de 2010 (folio 57 expediente digital)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos minimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se

podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

En el caso presente, Colpensiones aportó expediente administrativo e historia laboral del señor JOSE GUILLERMO RODRIGUEZ QUINCHE, documento este último que da cuenta de aportes efectuados por el afiliado desde el 26 de septiembre de 1988 al 15 de noviembre de 1988, reuniendo un total de 7.29 semanas (expediente administrativo). Mientras que la AFP Porvenir aportó: historia laboral consolidada, copias de los formularios de afiliación, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF, certificación de afiliación, relación histórica de movimientos, conceptos emitidos por la Superfinanciera y comunicados de prensa; entre tanto COLFONDOS, incorporó: certificado de vinculaciones expedido por el SIAFF, formulario de vinculación, reporte estado de cuenta, comunicados de prensa y certificado de existencia y representación legal. Mientras PROTECCION S.A. no aportó ningún medio probatorio, tan solo solicitó se tuvieran en cuenta aquellos

documentos aportados por la parte actora, es decir, que los fondos demandados no incorporaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de abril de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 26 de abril de 1994, el demandante tenía 7.29 semanas cotizadas a COLPENSIONES, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 22 de diciembre de 1964) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2026, en cambio en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata,

de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de la demandada COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección

pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., en cuanto a que cada una de las administradoras a las que estuvo afiliado el actor, debe realizar devolución de gastos de administración, se trae a colación reciente pronunciamiento de nuestro

máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).",* despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por COLPENSIONES.

Por lo anterior se condenara a **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A**. a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a **COLPENSIONES,** y generados durante el lapso en el que el accionante estuvo afiliado a las mencionadas AFP.

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

Finalmente, en relación al punto de apelación de la demandada Colpensiones, en cuanto que el demandante, está inmerso dentro de la prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **JOSE GUILLERMO RODRÍGUEZ QUINCHE** del **ISS** hoy **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a la **AFP ING HOY PROTECCION S.A.**, el 26 de abril de 1994, y en consecuencia los traslados horizontales, realizados con posterioridad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El articulo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, la entidad en caso de aceptar la tesis expuesta en el recurso de alzada-PORVENIR S.A.-, no demostró las conductas que conllevaran a su exoneración, máxime si se trata de un tema reiterado.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 04 de noviembre de 2021 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220180033701)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502220180033701)

Aclaro Voto!

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220180033701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 022-2018-00664-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**ALVARO HERNAN RODRÍGUEZ BECERRA**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES** **PROTECCIÓN S.A.** **COLFONDOS**
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.), así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mencionada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como COLPENSIONES, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 23 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **ALVARO HERNÁN RODRÍGUEZ BECERRA,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A.** y

COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, inicialmente efectuado a través de DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. y con posterioridad a COLFONDOS S.A.
2. **DECLARAR** que se encuentra afiliado sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES y que es esta entidad la que debe reconocer el derecho pensional.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a COLFONDOS S.A., a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración.
2. **CONDENAR** a PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual.
3. **ORDENAR a** COLPENSIONES a ACTIVAR la afiliación dentro del régimen que administra.
4. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contesto la demanda: **COLPENSIONES** (fls 531-562 expediente digital), **PROTECCIÓN S.A.** (fls 441-481), y COLFONDOS S.A. (fls 371-407), de acuerdo a los autos de fecha 22 de agosto de 2019 y 18 de diciembre de 2019, respectivamente, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 20 de septiembre de 2021, **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado efectuado por **ALVARO HERNAN RODRIGUEZ BECERRA**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 19 de octubre de 1998, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen. **ORDENÓ** a **COLFONDOS S.A**, fondo al que se

encuentra afiliado **ALVARO HERNÁN RODRIGUEZ BECERRA**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, entidad está ultima que está en la obligación de recibirlos debidamente indexado y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **ORDENÓ** a **COLFONDOS S.A Y PROTECCIÓN S.A** a remitir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas y **CONDENÓ** en costas a las demandadas **PROTECCIÓN S.A, Y COLFONDOS.**

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, indicando que no intervino en el acto de afiliación realizado por el demandante al RAIS, que además el asegurado se encuentra en una prohibición legal para retornar el Régimen de Prima Media, más cuando ha efectuado actos de ratificación que permiten determinar su voluntad de permanecer en el RAIS. Que aceptar la tesis adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, conllevaría a la descapitalización del sistema, en la medida que el demandante se estaría beneficiando de los aportes realizados por los restantes afiliados al tratarse de un fondo común, por cuanto no existe un cálculo actuarial que permita evidenciar que los dineros que se está recibiendo de la cuenta de ahorro, sean equivalentes a las cotizaciones realizadas en el RPM. Finalmente citó las sentencias C-1024 de 2004 y SU 062 DE 2010, para soportar su argumento de descapitalización del Régimen de Prima Media

Entre tanto **PROTECCIÓN S.A.** solo presentó recurso de apelación respecto de la condena por gastos de administración, bajo el argumento que es un descuento autorizado por la Ley y no por capricho de la entidad. Adujo que las cotizaciones, como los rendimientos financieros, fueron trasladados a COLFONDOS S.A., sumado a que el haberse decretado la ineficacia de la afiliación, las consecuencias es retrotraer las cosas a su estado anterior, caso en el cual el demandante tendría derecho a la devolución de los aportes únicamente, sin los rendimientos, pues solo se generan producto de la afiliación al RAIS, como tampoco los gastos de administración. Así mismo indicado que el seguro previsional, se adquirió con una aseguradora para cubrir el riesgo de invalidez y sobrevivencia, prima que fue

pagada mes a mes, sumado a que se trata de un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre Colpensiones y Protección.

Por su parte **COLFONDOS S.A. manifestó:** "*respetuosamente me permito interponer recurso de apelación, frente a la providencia proferida por su despacho, recurso que paso a sustentar en los siguientes términos, en donde existe una posición, es respecto a que se devuelva los dineros en forma indexada a COLPENSIONES, de que trata el numeral segundo de esta sentencia, actuación que se le está imponiendo, y que no es de recibo, ya que los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro pensional del actor, se están incluidos rendimientos, y estos estarían en contravía ya que Colpensiones tendría un enriquecimiento sin justa causa, ya que los dineros que se le van a entregar, como lo dije anteriormente tienen unos rendimientos financieros por están ahora administrado por Colfondos, y que se puede decir que están ajustados a la indexación que ahora se pretenden cobrar, por lo anterior le solicito a la señora juez se me conceda el recurso de apelación*"

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. y efectuado por el (la) señor ALVARO HERNÁN RODRIGUEZ BECERRA, por intermedio de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el dia 19 de octubre de 1998 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **AFP COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A**. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del Régimen de Prima Media con prestación definida, solicitó trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a través de la **AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A.**, el dia 19 de octubre de 1998, posteriormente a **COLFONDOS**-20 de mayo de 2002-, seguidamente a SANTANDER S.A.-26 de febrero de 2004- y finalmente a **COLFONDOS S.A.** actuación esta última registrada el 28 de febrero de 2011 (expediente digital)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco

condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

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

En el caso presente, el demandante aporto su historia laboral, documento que da cuenta de aportes efectuados por el afiliado desde el septiembre de 1968 a noviembre de 1985, reuniendo un total de 530,86 semanas. Mientras que la AFP PROTECCION S.A. aportó: copia formulario de afiliación a SANTANDER S.A., año 2004, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF, reporte estado de cuenta, conceptos emitidos por la Superfinanciera y comunicados de prensa; entre tanto COLFONDOS, incorporó: formulario de afiliación año 2011, certificado de vinculaciones expedido por el SIAFF, historia laboral OBP y constancia de afiliación a la citada administradora, es decir, que los fondos demandados no incorporaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el dia 19 de octubre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaria para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por

mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 19 de octubre de 1998, el demandante tenía 530.86 semanas cotizadas a COLPENSIONES, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 17 de enero de 1954) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2016, en cambio en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de

regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

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

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A., en cuanto a que cada una de las administradoras a las que estuvo afiliado el actor, debe realizar devolución de gastos de administración, se trae a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-*

2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por PROTECCION Y COLFONDOS S.A..

Por lo anterior se condenara a P**ROTECCIÓN S.A**. y COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a **COLPENSIONES.** y generados durante el lapso en el que el accionante estuvo afiliado a las mencionadas AFP.

A lo que se agrega que en ningún erro incurrió el A-quo en ordenar la devolución de las sumas mencionadas, debidamente indexadas, en la medida que asi lo ha dejado sentado nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, al expresar en la sentencia con rad. N.°64876 de 2019, lo siguiente: "***CONDENAR*** *a* ***COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS*** *a devolver a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES****, las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora, así como el saldo de su cuenta de ahorro individual*"

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

Finalmente, en relación al punto de apelación de la demandada Colpensiones, en cuanto que el demandante, está inmerso dentro de la prohibición legal descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor ALVARO HERNÁN RODRIGUEZ BECERRA del **ISS** hoy **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a la **AFP ING HOY PROTECCION S.A.**, el 19 de octubre de 1998, y en consecuencia los traslados horizontales, realizados con posterioridad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las entidades apelantes-COLFONDOS S.A. PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES-, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor del demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.) y a

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220180066401)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502020180066401)

Aclaro Voto!

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220180066401)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 024-2019-00512-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **VICTOR MANUEL MORENO PEREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA//GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA PARTE COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demanda, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Parte demandante como demandada -COLPENSIONES- presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 23 de agosto 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor VICTOR MANUEL MORENO PEREZ instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente de folio 2 a 9 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de enero de 2015.
2. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez, teniendo en cuenta como IBL, el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho pensional, desde el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, y una tasa de reemplazo del 90%.
3. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación.
4. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (folio 35-43), de acuerdo al auto de fecha 19 de octubre de 2020, entidad que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 21 de junio de 2021, **DECLARÓ** que el demandante, le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, desde el 1 de enero de 2015, teniendo como primera mesada pensional, la suma de $1.015.485,59, en 13 mesadas pensionales. **DECLARÓ** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2016. **CONDENÓ** a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez al actor, en 13 mesadas pensionales a partir del 1 de agosto de 2016, teniendo como mesada pensional para esa fecha de $1.084.233,96, debiendo pagar el retroactivo que se genere desde la mencionada calenda hasta la inclusión de nómina, autorizando realizar los descuentos a qué haya lugar por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud y **CONDENÓ** en costas a la entidad accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, indicando: "*atendiendo el traslado que me fue conferido, me permito sustentar recurso de apelación, en contra de la sentencia del A-quo , en cuanto a la prescripción, toda vez que si*

bien hay una prescripción trienal de conformidad con la norma, no es menos cierto, como consta y como se probó dentro del proceso, que mi poderdante radicó derecho de petición, solicitando el reconocimiento de la pensión el 19 de noviembre de 2018, es decir, que deberia contársele el retroactivo, no desde el 01 de agosto de 2016, sino desde el 19 de noviembre de 2015, con todo los demás estoy conforme"

Entre tanto la entidad demandada **COLPENSIONES,** señaló que el actor pretende es la reliquidación de la pensión con base en un 90%, con los aportes de toda su vida laboral, pero que el régimen de transición permite aplicar el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, por lo que para acceder a lo solicitado con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, se debía acreditar semanas de cotización al sistema general de pensional, antes del 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social, por lo que al no demostrar dicho presupuesto, el beneficio pensional se debía sujetar a lo contemplado en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y de la SS, la Sala examinará si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En esta instancia se encuentra probado que el actor para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 54 años de edad, pues nació el 09 de diciembre de 1939, según el documento de identificación que obra a folio 11 del plenario, situación que lo hace beneficiario del régimen de transición, por lo que es posible estudiar su situación pensional según el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que gozaran del régimen de transición y contabilizaran por lo menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a su entrada en vigencia-*29 de julio de 2005*-, o salvo para quienes causen el derecho pensional antes de la fecha precitada.

En el presente asunto, el actor cumplió 60 años de edad, el 09 de diciembre de 1999 y de acuerdo a los certificados de información laboral, contaba para dicha

calenda con 708,14 semanas de aportes sufragadas a Cajas de Previsión, que sumadas a las 366.29 semanas cotizadas a COLPENSIONES, entre el 01 de mayo de 2000 y el 31 de diciembre de 2019, arrojan un total de 1074,43 semanas, de las cuales 754.88 se efectuaron antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que se considera que las prerrogativas del régimen de transición en el caso del demandante se extendió hasta el 2014.

Así las cosas, dado que el actor conservó las prerrogativas del régimen de transición, más allá del 31 de julio de 2010, es posible analizar la procedencia del derecho pensional que pretende según el Acuerdo 049 de 1990.

El referido Acuerdo, consagra como requisitos para acceder a esta prestación, sesenta años de edad (60) por tratarse de un hombre y quinientas (500) semanas cotizadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o mil (1000) en cualquier tiempo.

Ahora, al analizar el material probatorio, se verifica que la edad de 60 años, la demostró 09 de diciembre de 1999, al haber nacido el mismo día y mes de 1939 (folio 11), acreditando 366.29 semanas de cotización al ISS, entre mayo de 2000 y diciembre de 2019; no obstante el demandante alega que realizó aportes a Cajas de Previsión, que al computarlos con el tiempo cotizado arroja más de las 1000 semanas de cotización, lo que lo hace beneficiaria de la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990.

En este punto, es oportuno señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral había señalado la improcedencia en la sumatoria de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con tiempos de servicios públicos a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que esta normatividad no previó expresamente tal posibilidad, como sí lo hizo unos años atrás la Ley 71 de 1988. Sin embargo, ante un nuevo estudio del asunto, el Alto Tribunal de la Jurisdicción ordinaria laboral, en la sentencia con radicado 70918 de 2020, modificó el anterior criterio, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

En la citada sentencia, la Sala de Casación Laboral precisó:

> *"el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.*
>
> *De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.*
>
> *En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.° del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas. Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado. Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano. La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna."*

En este orden de ideas, el demandante realizó 366,29 semanas de cotización a COLPENSIONES, entre los años 2000 y 2019, de las cuales 340,58 fueron realizadas hasta diciembre de 2014, que sumadas a las 708,14 semanas de aportes efectuados a cajas de previsión Caja de Previsión, entre enero de 1958 y abril de 1974, arrojan un total de 1048.8 semanas, cumpliendo de esta forma con el número de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a

la pensión de vejez y antes de que perdiera vigencia el régimen de transición-diciembre *de 2014*-.

A lo anterior se agrega que si bien los certificados de información laboral dan cuenta que el actor laboró en los tiempos que se relacionan a continuación, lo cierto es que hubo simultaneidad en los lapsos comprendido entre abril a diciembre de 1972, enero de 1973, y de febrero a abril de 1974, por lo que solo se computo un solo periodo, obteniéndose de esta forma el total ya enunciado, esto es, 708.14 semanas cotizadas a Cajas de Previsión, en la medida que los diferentes aportes se tienen en cuenta únicamente *"para establecer el promedio del salario de base correspondiente, para efectos del pago de las prestaciones económicas, sin que sobrepase el salario base máxime asegurable al momento de causarse el derecho"* conforme lo dispone el articulo 81 del Acuerdo 044 de 1989 aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, es decir, incrementa el ingreso base de cotización más no aumenta el tiempo de cotización o semanas aportadas (sentencia N.°42299):

-21 de enero de 1958 al 4 de febrero de 1960 a favor de la Gobernación del Meta, para un total de 734 semanas.
-1***6 de abril de 1962 al 16 de diciembre de 1962*** en la Gobernación del Meta
30 de septiembre de 1963 al 20 de enero de 1968 en la Gobernación del Meta, arrojando 1550 semanas.
-8 de febrero de 1960 al 31 de marzo de 1961 en la Secretaria de Educación del Distrito, arrojando 414 dias
-21 de octubre de 1968 al ***31 de enero de 1973*** en la Secretaria Distrital de Hacienda, arrojando 1541 días,
-***19 de enero de 1973 al 15 de abril de 1974*** en la Secretaria Distrital de Gobierno.
-***16 de abril de 1962 al 9 de diciembre de 1962*** en la Gobernación del Meta.
-***22 de febrero de 1974 al 28 de mayo de 1974*** en la Rama Judicial.
-***17 de abril de 1962 al 30 de noviembre de 1962.***

Por lo expuesto, el demandante causó el derecho pensional por vejez, en enero de 2014, pues para esa fecha acreditaba la edad de 60 años y 1000 semanas de cotización; sin embargo el disfrute será desde el 01 de enero de 2015, en la medida que si bien realizó aportes entre los ciclos abril a diciembre de 2019, lo cierto es que esta cotizaciones las efectuó dado el error en que lo hizo incurrir COLPENSIONES, negando el derecho pensional, y si bien la tesis adoptada por

la Sala de Casación Laboral, en cuanto la acumulación de tiempos de servicios para acceder al beneficio pensional de Acuerdo 049 de 1990, solo se presentó en el año 2020, lo cierto es que para diciembre de 2014, el accionante reunía también los presupuestos de la Ley 71 de 1988, para acceder a la prestación allí descrita

Luego entonces, dado que nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en diversas sentencias, tales como las sentencias SL 35605 de 2009, SL4611-2015, SL5603-2016, SL1744-2019 y SL281 de 2020, ha establecido, que si en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

En el presente asunto y tal como se señaló los requisitos para la causación del beneficio pensional fueron acreditados en enero de 2014, a lo que se agrega que el 12 de junio de 2015, solicitó nuevamente el derecho pensional, dado que la primera petición había sido radicado el 26 de noviembre de 2010, y la última cotización previa a la solicitud y radicación de la demanda lo fue para el ciclo diciembre de 2014; conductas que de manera alguna evidencian en forma inequívoca que su voluntad era la de obtener la pensión a partir del 1 de enero de 2015. Y si bien, se evidencia cotizaciones desde abril hasta el mes de diciembre de 2019, nótese que las mismas fueron realizadas aun con posterioridad a la presentación de la presente acción ordinaria, a través de la cual se está solicitando el derecho pensional desde el 01 de enero de 2015 (folio 3)

Ahora, en cuanto a la cuantía de la prestación, se debe indicar que el Ingreso Base de liquidación, debe ser hallado de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, norma que le era aplicable al demandante, en consideración que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, le hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, pues nótese que para el 01 de abril de 1994, contaba con 708.14 y 54 años de edad, por lo tanto el IBL ascendió a la suma ***$ 1.323.105,21***, que al aplicarle una tasa de reemplazo de 75%, dada la totalidad de semanas efectuadas y

aportadas hasta el 2014 -*1048.8 semanas*- se obtuvo de esta forma una primera mesada pensional en una cifra equivalente $992.328,90, suma inferior a la determinada por el A-quo, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se modificara en esta aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en relación con la excepción de prescripción, esta se declarara probada respecto de la mesadas pensionales causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2016, por cuanto si bien el actor presentó una primera petición el 26 de noviembre de 2010, para esa fecha aún no reunía los requisitos legales para obtener el derecho pensional, como si lo hizo aquel requerimiento presentado el 12 de junio de 2015, el que fue resuelto a través de la Resolución GNR 250331 del 18 de agosto de 2015, siendo objeto de los recursos de reposición y apelación, el último de los cuales fue atendido a través del Acto Administrativo VPB 1738 del 15 de enero de 2016, notificado el 26 de enero de esa misma anualidad, empero la demanda fue radicada el 01 de agosto de 2019, cuando ya había transcurrido el termino trienal, por lo que esta última actuación fue la que sirvió de base para contabilizar el medio exceptivo.

Por otra parte, cabe advertir que atendiendo lo dispuesto por el articulo 151 del C.P.T y S.S., el fenómeno jurídico de la prescripción se interrumpe por una sola vez, por lo que la petición presentada el 12 de junio de 2015, fue la que interrumpió la institución jurídica en mención, sin que ningún efecto surtiera la solicitud radicada el 19 de noviembre de 2018 (folio 13 y 33).

Por los expuestos, el demandante tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2015; no obstante en aplicación del fenómeno jurídico de la prescripción, la prestación debe ser reconocida desde el 01 de agosto de 2016, en cuantía de $ *1.059.510,00*, que deberá ser pagada por 13 mesadas anuales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, y en atención a la fecha de causación del beneficio pensional y en estos términos la sentencia de primera instancia será modificada.

Costas. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL UN NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de junio de 2021, en el entendido que la mesada pensional para el 01 de enero de 2015, asciendia a la suma $992.328,90, de conforme se expuso.

SEGUNDO: MODIFICAR EL UN NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA RECURRIDA Y CONSULTA, en el entendido que la cuantia de la mesada pensional para el 01 de agosto de 2016, asciende a la suma *$1.059.510,00*.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

CUARTO: SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310502420190051201)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad 11001310502420190051201)

Salvo Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310502420190051201)

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL n.° 024-2019-00512-01

VÍCTOR MANUEL MORENO PÉREZ contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

Con el acostumbrado respeto, salvo el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

Es de anotar que, en mi opinión, cuando las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de una reliquidación de la pensión de vejez, no es posible sumar tiempos de servicio público no cotizados al I.S.S., hoy Colpensiones S.A., con aportes efectuados a dicha entidad, con el fin de acreditar las semanas mínimas requeridas para el reconocimiento de la pensión de vejez, en aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, considero que, como de manera reiterada lo había sostenido la Honorable Corte Suprema de Justicia en la

reiterada e inveterada jurisprudencia (la cual fue recogida recientemente por la mayoría de sus miembros), la referida sumatoria resulta totalmente improcedente, toda vez que el régimen de transición remite a la legislación vigente, la cual es aplicable con anterioridad al sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, en lo relativo a la edad, ***el tiempo de servicios o semanas cotizadas*** y el monto de la pensión; y en el caso del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en ninguna de sus disposiciones permite la acumulación de tiempos prestados en el sector público-no cotizados al I.S.S., hoy Colpensiones, con los sufragados a otras entidades o cajas de previsión social; por lo tanto, hay que dejar totalmente claro que lo considerado en el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, establece como supuesto para la causación del derecho a la pensión de vejez, la acreditación de un mínimo de «***semanas de cotización***» que deben ser «***pagadas***» o «***sufragadas***» en los lapsos allí referidos, lo que en los términos expuestos, permite excluir los tiempos de servicios no cotizados a la entidad. (las negrillas son mías).

Así las cosas, se debe tener en cuenta que el mencionado Acuerdo fue expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios para la regulación exclusiva de las prestaciones reconocidas por el extinto I.S.S., en virtud de los aportes realizados a esa entidad, con una tasa de reemplazo y un ingreso base de liquidación que estaba de acuerdo con el funcionamiento mismo del régimen pensional, sin permitir ese tipo de acumulación de tiempos, lo cual sí fue previsto por el legislador en la Ley 71 de 1988, que es aplicable también en virtud del régimen de transición.

Por lo anterior, estoy totalmente convencido que lo

plasmado en la presente providencia, fue haber efectuado una mixtura de la regulación legal que contiene el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad, con las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 100 de 1993, con plena desconocimiento de los postulados constitucionales y legales ampliamente reconocidos.

En los anteriores términos, presento mi salvamento de voto.



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 024-2019-00767-01

Bogotá D.C., febrero, veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**JULIO CESAR MONTES OSPINA**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
ASUNTO:	**RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante y demandada-COLPENSIONES-, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 03 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JULIO CESAR MONTES OSPINA, instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente de folio 1 a 25, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 a partir del mes de enero de 2008.
2. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cuanto su cónyuge MARÍA IGNACIA CORTES CASTAÑEDA, convive y depende económicamente de él.

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la mesada 14, a partir de del mes de enero de 2008.
2. **CONDENAR** a la entidad de seguridad social, al reconocimiento y pago del incremento del 14% por cónyuge económicamente dependiente.
3. **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios, sobre las sumas adeudadas.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1. **CONDENAR** al pago de la mesada 14 a partir del mes de enero de 2013.
2. **CONDENAR** al pago del incremento del 14% por persona económicamente dependientes.
3. Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls 100-108), de acuerdo al auto de fecha 26 de julio de 2021 (folio 124), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 09 septiembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **DECLARÓ** probados los hechos sustento de la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por la pasiva, y no **CONDENÓ** en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, apeló el fallo de primera instancia indicando, en síntesis, que de conformidad con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que reformó la Constitución Política, el derecho pensional se causa con el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, lo es el tiempo de servicio o semanas cotizadas al sistema general en pensiones, siendo la edad tan solo una condición mas no un requisito. Así mismo adujo que, atendiendo el Acto Legislativo ya mencionado, tiene derecho a 14 mesadas, como quiera que la cuantía de la mesada pensional fue inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** La fecha de causación del derecho pensional y si le asiste al demandante el reconocimiento y pago de la mesada pensional adicional de junio, esto es, 14 mesadas.

Antes de adentrarnos a resolver el siguiente problema jurídico, resulta dable indicar que en el presente asunto no existe discusión frente a los siguientes supuestos facticos: **I)** Que mediante Resolución SUB 131923 del 18 de mayo de 2018, Colpensiones le reconoció el derecho pensional, atendiendo lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, en cuantía de $843.565 a partir del 13 de diciembre de 2014 (folio 27-31). **ii)** En el mencionado acto administrativo, se indicó que la prestación estaría en un 3% a cargo de la Caja de Previsión del Tolima, 34,68% a cargo de la Policía Nacional-Dirección Administrativa y Financiera-;5.65% a cargo del Departamento de Cundinamarca y 56,67% a cargo de COLPENSIONES.

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

Se tiene entonces que en esta instancia no fue objeto de reproche la normatividad bajo la cual le fue reconocida la pensión de vejez, que lo fue la Ley 71 de 1988, precepto jurídico que le fue aplicable por virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993.

La Ley 71 de 1988, contempla como requisitos para la causación del derecho pensional, allí establecido (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, y sesenta (60) años de edad o más en el caso de los hombres y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Por lo tanto, contrario a lo enunciado por el recurrente, resulta claro de la norma citada que son dos los requisitos para la causación del derecho pensional contemplado en la Ley 71 de 1988, esto es, edad y tiempo de servicios o aportes. Así lo dejo establecido la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL770 de 2020:

> *"El artículo 7.° de la Ley 71 de 1988, dispone que «los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.*
>
> *No fue objeto de discusión el cumplimiento de la edad de 60 años por el accionante, toda vez que nació el 3 de septiembre de 1937, por lo que arribó a la edad referida, en la misma fecha del año 1997, aunque siguió cotizando hasta marzo de 2006."*

Así mismo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contempla el régimen de transición, del cual fue beneficiario el actor, determina que dicho beneficio permite aplicar el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, pero solo frente a edad, semanas cotizadas o tiempo de tiempo de servicios y monto de la pensión, mientras que las demás condiciones, se deben sujetar a lo enunciado en la ley que reguló el sistema integral de seguridad social. Luego también es claro, de este precepto jurídico, que la edad es un requisito de causación del derecho pensional, aun cuando se de aplicación a una legislación anterior a la Ley 100 de 1993 (sentencia SL1981 de 2020):

> *La Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios rectores y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la pensión, dejando claro que «las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (sic)»."*

En consecuencia, atendiendo lo enunciado precedentemente, se tiene entonces que el demandante nació el 03 de enero de 1953, acreditando la edad de 60 años, el mismo día y mes de 2013, fecha para la cual contaba con más de 20 años de servicios sufragados a una caja, fondo y al ISS (folio 27 y 42-50), por lo se puede indicar con precisión que la fecha de causación del beneficio pensional, lo fue el 03 de enero de 2013, cuando cumplió con el presupuesto de la edad.

Quedando claro entonces, la fecha de causación, pasa a dilucidarse lo relacionado con la mesada 14, encontrándose que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, consagró la mesada adicional de junio, así: *"Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional* ***cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988,*** *tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994."*

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C- 409 de septiembre 15 de 1994 declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", contenidas en el inciso 1° del artículo transcrito."

Por lo anterior, se entiende, con el fallo de la Corte Constitucional, que la mesada adicional de junio que había sido creada exclusivamente para las personas que se habían pensionado antes del 1° de enero de 1988, fue extendida a todos los pensionados, sin excepción.

Por otra parte, el inciso 8.° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó:

> *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento. (...)*

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

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al caso objeto de estudio, como el derecho pensional del accionante, se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, ya no se encontraba dentro de la excepción prevista en el parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo, es decir, para la calenda en que tuvo vigencia la prestación, la cuantia de la mesada pensional, no definía la causación de la acreencia aquí peticionada.

En este orden de ideas, en nada erró la entidad de seguridad social en reconocer a favor del actor, un total de 13 mesadas anuales, por lo que se habrá de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS DE SEGUNDA.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia emitida el 09 de septiembre de 2021, por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá, , según se expuso.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502420190076701)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502420190076701)

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502420190076701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 026-2019-00690-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**MARIA EUGENIA MEDINA CADENA**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES** **AFP PORVENIR S.A.**
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el dia 21 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personeria a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte accionada-Colpensiones y Porvenir S.A.-, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 3 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARÍA EUGENIA MEDINA CADENA,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES,** debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. **DECLARAR** la nulidad de la vinculación efectuada al Régimen de Ahorro Individual, a través de la compañía PORVENIR S.A. en agosto de 1999, por haber existido un error de hecho que vicio el consentimiento
2. **DECLARAR** que nunca ha efectuado un traslado valido al Régimen de Ahorro Individual.
3. **DECLARAR** que a la entidad a la cual se encuentra válidamente afiliada es a COLPENSIONES.
4. **DECLARAR** que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
5. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prevista en el Acuerdo 049 de 1990.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, frutos, intereses, bonos pensionales, comisiones y porcentaje de gastos de administración.
2. **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, aceptar el traslado al régimen que administra, en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse afiliado al **RAIS.**
3. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez, establecida en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de febrero de 2019.
4. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **PORVENIR S.A.** (folio 301-341), y **COLPENSIONES** (folio 239-253 de la carpeta 1); de acuerdo a los autos de fecha 1 de octubre de 2020 y

06 de abril de 2021, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 21 de octubre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizó la señora MARIA EUGENIA MEDINA CADENA, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad por intermedio la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR el 04 de agosto de 1999. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante MARIA EUGENIA MEDINA CADENA, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, conservando todo las prerrogativas que tenían con ocasión a la afiliación del RPM. **CONDENÓ** a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA EUGENIA MEDINA CADENA, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, que una vez reciba los rubros descritos en el numeral anterior, proceda a un análisis sobre la procedencia o no del derecho pensional a favor de la demandante, atendiendo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, siempre que conserve las prerrogativas del régimen de transición dadas las reglas de vigencia contempladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 01 de 2005, en caso de no conservar dicho régimen deberá estudiar la procedencia o no de la pensión de vejez, de conformidad con lo enunciado en la Ley 797 de 2003. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las entidades llamadas a juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando: *"solicitando al Ad-quem revocarla en su totalidad, siendo este caso valorado por la figura de la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo, la parte actora nunca realizó*

actos de su intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, a la fecha tiene una densidad considerable de años que no denotan que las alegadas falencias, engaños, falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de ratificación que proporciona el acto de ineficaz, con ocasión al artículo 898 del Código de Comercio, e igualmente en sentencias SL 413 de 2018, SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021 donde se materializaron los actos de relacionamiento por parte de la demandante, así culmino mi intervención"

Entre tanto **PORVENIR S.A.,** manifestó, que cumplió con el deber de información de acuerdo a la normatividad vigente para la época, esto es, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, actuación que culminó con la suscripción del formulario de afiliación. Así mismo preciso que para calenda en que se efectuó el traslado, no existía la obligación, pese a que la efectuó, de dejar documentada la asesoría impartida a la asegurada, que con el simple formulario se aprobaba la eficacia de la vinculación.

Adujo que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, en relación con la ineficacia del traslado, sea absuelta de la condena impartida por gastos de administración, pues se trata de un descuento autorizado por la ley en uno u otro régimen, que además se trata de dineros que no se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante, y que a su vez generaron unos rendimientos financieros a favor de la afiliada.

Finalmente, señaló que no había lugar a emitir condena en costas, ya que la demandante estaba inmersa en una prohibición legal, que le impedía retornar o cambiarse de régimen pensional, por lo que, en el trámite administrativo, no podía acceder a dicha solicitud, ni allanarse a las pretensiones, máxime cuando fue absuelta de las restantes peticiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. efectuado por la señora **MARIA EUGENIA MEDINA CADENA,** el dia 04 de agosto de 1999 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas

efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se trasladó a la **AFP PORVENIR S.A. el 04 de agosto de 1999** (fl. 347 y 351, carpeta 1, expediente digital)

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

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

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

Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal

requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente, Colpensiones aportó el expediente administrativo e historia laboral de la actora, documentos que dan cuenta que, realizó cotizaciones al RPM desde el 11 de febrero de 1994 al 31 de julio de 1999, reuniendo un total de 273.29

semanas (expediente administrativo). Mientras que la AFP PORVENIR S.A. allegó: copia de formulario de afiliación suscrito por la demandante, historial de vinculaciones elaborado por el SIAFF, historia laboral consolidada, certificación de afiliación, relación historia de movimientos, extractos, requerimientos efectuados por la accionante y respuestas dadas por PORVENIR a dichas peticiones (folio 346-482 carpeta 1), es decir, que el fondo demandado no allegó ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 04 de agosto de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 22 de junio de 2000, la demandante tenía 273.29 semanas al RPM (expediente administrativo), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 41 años (nació el 13 de abril de 1953– fl. 80) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al cumplimiento de la edad y semanas requeridas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como

la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de las demandadas Porvenir S.A., en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de las mencionadas entidades, con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1. ° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el

afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado,

profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARIA EUGENIA MEDINA CADENA** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP PORVENIR S.A., el 04 de agosto de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado y las prestaciones que allí se derivan, no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El articulo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, más cuando en el asunto examinado, la entidad en caso de aceptar la tesis expuesta en el recurso de alzada-PORVENIR S.A.-, no demostró las conductas que conllevaran a su exoneración, máxime si se trata de un tema reiterado.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las entidades apelantes-PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES-, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del articulo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de octubre de 2021 por el juzgado 01 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.) y a favor de la parte accionante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a

medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502620190069001)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502620190069001)

Aclaro Voto!

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502620190069001)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 027-2019-00596-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **MARÍA TERESA ROBLES VALENZUELA**
DEMANDADO: **OOCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC**
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (ENERGY ARAUCA LLC)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante, así como entidad convocada a juicio, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 18 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **MARIA TERESA ROBLES VALENZUELA,** instauró demanda ordinaria laboral contra OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, debidamente sustentada como aparece de folio 4 a 14 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la compañía **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**, vigente entre el 22 de abril de 1985 al 31 de marzo de 1991.
2. **DECLARAR** que tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes a pensión por el tiempo laborado con la sociedad demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC

CONDENAS:

1. **ORDENAR** a la sociedad demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, a solicitar ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS-PORVENIR S.A. la elaboración del cálculo actuarial respecto del periodo comprendido entre el 22 de abril de 1985 al 31 de marzo de 1191, incluyendo los intereses moratorios y los rendimientos correspondientes.
2. **CONDENAR** a la compañía OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, a efectuar el pago de la reserva actuarial a la cuenta de ahorro individual administrada por PORVENIR S.A.
3. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC (folio 68-85), de acuerdo al auto de fecha 16 de enero de 2021, entidad que se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 16 de abril de 2021, **CONDENÓ** a la empresa OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC a pagar a la AFP PORVENIR y a favor de la demandante el correspondiente cálculo actuarial, por los tiempos laborados entre el 22 de abril de 1985 al 31 de marzo de 1991, el cual deberá ser asumido por la compañía en un 100%, teniendo como base los salarios certificados por el empleador. DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y denominadas prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de titulo y causa, abuso del derecho y CONDENÓ en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando en síntesis que el llamamiento obligatorio de inscripción de sus trabajadores al ISS, solo fue hasta el 1 de octubre de 1993, a través de la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, razón por la que considera que durante la vigencia de la relación laboral que sostuvo con la demandante era fáctica y jurídicamente imposible, inviable e improcedente afiliarla al sistema de seguridad social en pensiones.

Adujo que la única posibilidad para que proceda el cómputo de tiempo de servicio, es que el empleador tenga a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones a través de la emisión de un título o bono pensional, sumado a que esa posibilidad solo se contempló por primera vez con la Ley 100 de 1993, exigiendo además la vigencia del vínculo contractual, presupuestos que considera no se presentan en el asunto examinado.

Manifestó que la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de 2001, mediante la cual se declaró exequible el literal c del párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así como el literal c del artículo 115 de la misma codificación, enunció como requisito necesario para la procedencia del pago de un bono o un título pensional que convalide el tiempo de servicio por trabajadores al servicios de empleadores que tenían a su cargo el reconocimiento del beneficio pensional, es que esa relación laboral estuviese vigente para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Por otra parte agregó que, el caso de la demandante se debió regir por lo descrito en el artículo 260 del C.S.T, pero que no cumplió con los requisitos allí enunciados.

Así mismo manifestó que no era procedente el pago de un cálculo actuarial, sino que en caso de una posible condena, lo único viable es el traslado actualizado de los aportes a la entidad administradora, reiterando que ello solo es posible de haber existido llamamiento obligatorio e inscripción, durante el periodo alegado por la accionante.

Finalmente, adujo frente a la proporcionalidad del pago de los aportes debidamente actualizado, en caso de emitirse condena, que dicho rubro debe ser

asumido tanto por el empleador como por el trabajador, en atención al porcentaje establecido por la ley y que así lo ha dejado sentado la Honorable Corte Constitucional en casos similares al de la demandante.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar, si a la demandante le asiste derecho a que se traslade a la entidad de seguridad social el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 22 de abril de 1985 al 31 de marzo de 1991, laborado para la compañía OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC.

En esta instancia, no hay discusión en cuanto a que la demandante MARÍA TERESA ROBLES VALENZUELA, laboró al servicio de la sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC, desde el 22 de abril de 1985 al 31 de marzo de 1991, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, pues así se dejó sentado en la certificación que obra a folio 31 del expediente, y del escrito de contestación presentado por la pasiva (folio 70).

Hechas estas precisiones y antes de definir la responsabilidad de la entidad accionada, ha de definirse inicialmente si hay lugar al reconocimiento del cálculo actuarial, para lo cual tenemos que la sentencia con radicado 41745 del 16 de julio de 2014, criterio reiterado en las sentencia SL14388 de 2015 y SL1551 de 2021 proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, han indicado que si bien no es posible hablar que los empleadores omitieron la afiliación cuando inscribieron a sus trabajadores, tan pronto como se les hizo el llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura, no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación, de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales:

> *"a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, **debían estar a cargo del empleador,** por mantener en*

cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.» (negrilla y subrayado fuera de texto).

Ahora, si bien es cierto se tuvo una tesis inicial consistente en que el empleador era inmune a toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no la alcanzó, partiendo de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1989, y el Acuerdo 049 de 1990, se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Así las cosas, tenemos que según certificado de existencia y representación legal, el objeto social de la compañía accionada es la exploración, explotación, refinación, venta y transporte de petróleo, gas, hidrocarburos en general, y minerales, por lo que mediante Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, se resolvió fijar el 1 de octubre de 1993, como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, a los trabajadores de la empresa petroleras. No obstante lo anterior, con base a los precedentes jurisprudenciales que, aunque la demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores a la entidad de seguridad social, en la fecha antes mencionada, lo cierto es, que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador, razón por la cual habrá de emitirse, condena por este concepto .

A lo que se agrega, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señalo la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial.

Aunado a lo anterior, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de

seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore, por lo que es a través de este mecanismo que se cubrirá los aportes al sistema general de pensiones, por el tiempo laborado por el demandante a la compañía demandada, entre el 25 de septiembre de 1985 al 19 de mayo de 1986.

Ahora bien, en cuanto al argumento relacionado, a que la cuota parte del cálculo actuarial debe ser bipartita, la Sala debe indicar que el mismo no está llamado a prosperar, en la medida que el pago de ese cálculo está exclusivamente en cabeza del empleador, pues con independencia de la razón que se tuvo para no afiliar a su trabajador, éste no se puede desligar de las obligaciones respecto del sistema de seguridad social, de manera que sigue teniendo ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión y, en segundo lugar, porque no puede perderse de vista que la Ley 90 de 1946 impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos o reserva de capital para realizar las cotizaciones al Seguro Social mientras este sistema entraba en vigencia, obligación que no desapareció sino que quedó postergada en este caso hasta la fecha en que finalmente se autorizó la inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios a los trabajadores de las empresas petroleras.

El anterior criterio fue acogido de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en la sentencias SL3807 de 2019 y SL1179 de 2020, en las que indicó:

> *"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales"*

Por lo anterior se concluye que le corresponde a la entidad demandada, pagar a la entidad de seguridad social en pensiones-PORVENIR S.A.-a la cual se encuentra afiliada la demandante, el valor del cálculo actuarial, correspondientes al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones, desde el 22 de abril de 1985 al 31 de marzo de 1991, realizado previamente por PORVENIR S.A., con base en el salario ya enunciado por el A-quo.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de abril de 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502720190059601)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310502720190059601)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502720190059601)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación 030-2020-00347-01

Bogotá D.C.; veintiocho (28) de febrero dos mil veintidós (2021)

DEMANDANTE: **EDITH TERESA JAIME SANTIAGO**
DEMANDADOS: **UGPP**
ASUNTO : **RECURSO APELACION (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante, así como de la UGPP presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 13 de octubre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora EDITH TERESA JAIME SANTIAGO instauró demanda ordinaria laboral contra de la UGPP, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (archivo 4 expediente digital):

DECLARACIONES:

1. Que la demandante fue retirada de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la Entidad, sin haber cumplido la edad de 50 años y con 20 años de servicios a la Caja.
2. Que el derecho pensional convencional de la demandante, se causó el 27 de junio de 1999, con el retiro del trabajador por decisión de la Caja de Crédito, Agrario, industrial y minero de dar por terminado el contrato de trabajo por liquidación de la misma, y haber laborado 20 años a dicha entidad, tal como lo establece el parágrafo 1 del Articulo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1998 – 1999.
3. Que la demandante adquirió el derecho pensional convencional, mucho antes de la vigencia del Acto – Legislativo 01 de 2005, puesto que la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 que la cobijaba fue suscrita el 15 de abril de 1998 entre la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria "SINRACREDITARO".
4. Que la demandante, tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada catorce desde la fecha que cumplió la edad de 50 años para entrar a disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, desde el 7 de noviembre de 2006.

CONDENATORIAS:

1. A reconocer, liquidar y ordenar el pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio, causadas desde el 7 de noviembre de 2006 a futuro.
2. A reconocer debidamente indexadas las mesadas adicionales de junio causadas desde el 7 de noviembre de 2006 hasta cuando sea incluido en nómina para el pago.
3. Costas del proceso.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **UGPP** contestó la demanda (archivo 10 del expediente digital), de acuerdo al auto dictado el 07 de julio de 2021, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 30° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** probada la excepción denominada cobro de lo no debido. **ABSOLVIÓ** a la unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra y **CONDENÓ** en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACION

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

1. **MESADA 14:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones solicitadas, indicando en síntesis que han sido reiteradas las providencias emitidas por la Sala de Casación Laboral y por esta Corporación, en las que se han precisado que la pensión de jubilación convencional que le fue otorgada, se causa con el tiempo de servicio y el retiro, siendo la edad una condición para el disfrute de la prestación, que en esa medida como quiera que adquirió el beneficio pensional antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, considera que le asiste derecho a percibir la acreencia requerida.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico por resolver se centra en determinar: **1.** Si la señora EDITH TERESA JAIME SANTIAGO, como beneficiaria de la pensión de jubilación convencional desde el 7 de noviembre de 2006, tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la entidad accionada la Caja de Crédito, Industrial y Minero en liquidación, le

reconoció pensión de jubilación convencional a favor de la señora EDITH TERESA JAIME SANTIAGO mediante Resolución No. 05024 del 22 de enero de 2007, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, en cuantía inicial de $858.273.98 a partir del 7 de noviembre de 2006, que reajustada al año 2007 ascendía a la suma de $896.724.65, prestación que fue modificada a través del Acto Administrativo 06506 de 2008, en el entendido que la cuantía de la mesada ascendía a la suma de $1.353.332,74 (fls. 6-9 carpeta 1)

DE LA MESADA CATORCE:

En ese orden de ideas, la señora EDITH TERESA JAIME SANTIAGO es beneficiaria de la pensión de jubilación convencional establecida en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 a partir del 7 **de noviembre de 2006** fecha en la cual cumplió 50 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

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

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia **C- 409** de septiembre 15 de 1994 declaró inexequibles las expresiones "actuales" **y** "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", contenidas en el inciso 1° del artículo transcrito."

Por lo anterior, se entiende, con el fallo de la Corte Constitucional, que la mesada adicional de junio que había sido creada exclusivamente para las personas que se habían pensionado antes del 1° de enero de 1988, fue extendida a todos los pensionados, sin excepción.

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

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

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro de la lectura del parágrafo primero el artículo 41 convencional que la pensión de jubilación que la prestación se causa en el momento en que se cumplen los dos requisitos: tiempo de servicio y retiro del servicio, mientras que la edad es un presupuesto para el mero disfrute convencional, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado de la UGPP, el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que si la pensión convencional está pactada bajo los mismos supuestos de hecho que regula la Ley, en cuanto al tiempo de servicios, más los requisitos específicos de causación, que en este caso será el retiro antes de cumplir la edad de 50 años, es posible darle el mismo tratamiento, por lo que la edad requerida solo es necesario para la **exigibilidad del derecho**. En este caso la norma convencional que se invoca, cumple con aquel supuesto factico regulado en la ley de pensión jubilatoria restringida, esto es el tiempo de servicios y el retiro, sin haber cumplido 50 años de edad (Sentencia con radicación No. 42.703 del 22 de enero de 2013 y SL1698 con radicado No. 49063 de 9 de febrero de 2016[1]).

---

[1] "La aplicación armónica de estos literales llevan a concluir que la pensión restringida se causa siempre que concurran los siguientes presupuestos: que el trabajador sea despedido sin justa causa, y que además tenga al servicio de la empresa más de 10 y menos de 20 años.
En cuanto a la edad, del mismo texto convencional se colige que no se exige como requisito de causación, porque basta que estén satisfechos los presupuestos mencionados (tiempo de servicio y despido injustificado), pues el cumplimiento de los 50 años en el caso de los hombres, simplemente es constitutivo de exigibilidad,

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

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

---

pues así se infiere de la cláusula bajo examen, al establecer que se tendrá el derecho «cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres.»
De esta disposición convencional, contrario a lo discurrido por el Tribunal, no se desprende que deba acreditarse la edad para el momento del despido, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.
(...)
En esa misma sentencia la Sala precisó su orientación en el entendido de que el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo bajo examen, posee una estructura clara, que admite una lectura unívoca, en cuanto consagra una especie de pensión restringida de jubilación, que se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad"

01 de 2005, pues su prestación se consolidó antes de su entrada en vigencia.

Así las cosas, tal y como se consigna en la Resolución No. 05024 del 22 de enero de 2007, así como en la tarjeta de la liquidación de prestaciones sociales, la demandante prestó sus servicios desde el 2 de marzo de 1976 y se retiró del servicio el 27 de junio de 1999, laborando un total de 23 años y 116 días, para la Caja Agraria, por lo que debe concluirse que el 27 de junio de 1999 causó su derecho pensional, sin que sea procedente aplicar el Acto Legislativo 01 de 2005, norma que fue expedida con posterioridad a la causación del derecho de la actora (Sentencia SL5030 Rad. 63427 del 9 de octubre de 2019).

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la fecha en que fue suspendido el pago, que lo fue en junio de 2009. Sin embargo la reclamación fue radicada el 05

de noviembre de 2019, y la demanda radicada el 14 de octubre de 2020, por lo que todas aquellas mesada 14 causada con anterioridad al 5 de noviembre de 2016, se encuentran prescritas, por lo que habrá de **DECLARARSE PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **5 de noviembre de 2016**, esto es, 3 años antes de radicar la petición.

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

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia, las de la primera se revocan y se imponen a la entidad demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, a REANUDAR el pago a la demandante **EDITH TERESA JAIME SANTIAGO**, de la mesada 14 a partir de junio de 2017 en adelante, debidamente indexado, conforme se expuso.

SEGUNDO: **DECLARAR** probada la excepción de prescripción, sobre las mesadas adicionales de junio causadas con anterioridad al 5 de noviembre de 2016, según se expuso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, as de la primera se revocan y se imponen a la entidad demandada

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503020200034701)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503020200034701)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503020200034701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 032-2019-00670-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **GERMÁN RUBIO GUERRERO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PROTECCIÓN S.A.
PORVENIR S.A.
SKANDIA S.A.
COLFONDOS S.A.
MAPFRE SEGUROS DE VIDA
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A), así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el dia 02 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLPENSIONES Y MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A., presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 09 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **GERMÁN RUBIO GUERRERO,** instauró demanda ordinaria laboral contra **AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. SKANDIA S.A., COLPENSIONES Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A,** debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la anulación por ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, inicialmente efectuado a través de PORVENIR S.A., ante la omisión en el deber de información.

CONDENAS:

1. **ORDENAR EL TRASLADO Y AFILIACION** al régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, como si nunca se hubiera trasladado de este régimen pensional.
2. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES,** todos los aportes que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración.
3. **CONDENAR** a **PROTECCION S.A.** en caso de haber otorgado pensión previamente, a seguir pagando la prestación hasta que sean trasladados la totalidad de los recursos a **COLPENSIONES.**
4. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El juzgado de origen, mediante auto del 1 de octubre de 2020, ordenó la vinculación de **COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A**. y por proveído del 12 de noviembre de 2020, admitió el llamamiento en garantía de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Contestó la demanda: **COLPENSIONES** (fls 311-324 archivo 1 expediente digital), PORVENIR S.A. (folios 376-397 archivo 1), **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 3), y **COLFONDOS S.A**. (archivo 11) y **SKANDIA S.A.** (archivo 12), de acuerdo a los autos de fecha 10 de marzo de 2020, 23 de septiembre de 2020 y 12 de noviembre

de 2020, respectivamente, entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

Por auto del 27 de agosto de 2021, el Juzgado de origen tuvo por no contestada el llamamiento en garantía de la compañía MAPFRE S.A.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 2 de noviembre de 2021, **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de buena fe formulada por **COLPENSIONES** y buena fe exenta de culpa presentada por la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. DECLARÓ** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 20 de junio de 1996, por el demandante **GERMAN RUBIO GUERRERO** a través de **PORVENIR S.A.**, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. **CONDENÓ** a la demandada **PORVENIR S.A.** y a las vinculadas **COLFONDOS S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración. **CONDENÓ** a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración. **ORDENÓ** a la demandada **COLPENSIONES** a recibir al demandante **GERMAN RUBIO GUERRERO** como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. **ABSOLVIÓ** a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra y CONDENÓ en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** y a favor del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, indicando que el juez de primera instancia, desconoció el principio de relatividad jurídica, en la medida que era un tercero de buena fe, que no intervino en el acto de afiliación del actor, sumado a que permitir el traslado del demandante, afectaria al equilibrio financiero del sistema. Finalmente preciso que en caso de confirmarse la decisión

adoptada por el juzgado primigenio, se condene a las Administradoras al pago de los perjuicios económicos, bajo el argumento de quien causa el daño debe repararlo.

Entre tanto **PORVENIR S.A.**, aseguró que el traslado efectuado por el actor es válido y eficaz, porque firmó el respectivo formulario de vinculación, único documento exigido para ello. Que el deber de información siempre ha existido, pero que el mismo ha evolucionado, en la medida que en la actualidad es más exigente, situación que no acontecía para la época del traslado, en la medida que no se requería documento distinto al formulario. Que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y con la respectiva asesoría. Por ultimo manifestó que la inconformidad del demandante radica en la cuantía de la mesada pensional, pero que era algo que se desconocía para el momento del cambio de régimen pensional.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** solo presentó recurso de apelación respecto de la condena por gastos de administración, bajo el argumento que es un descuento autorizado por la Ley, dada la administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado durante el tiempo que estuvo vinculado. Considera además que no está en la obligación de asumir la citada obligación, en la medida que dicha administración generó unos rendimientos e incluso la adquisición de unas primas para cubrir los riesgos de invalidez y muerte.

Por su parte **MAPFRE S.A.,** manifestó que se debe impartir condena en contra de **SKANDIA S.A.** y a su favor por concepto de costas procesales, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., ya que si bien la sentencia le fue positiva o favorable, entre su objeto social o actividad económica, no se encuentra la contestación de demanda, sino la expedición de pólizas, por lo que, ante el llamado realizado por la mencionada entidad, tuvo que proceder a la defender a la compañía.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. y efectuado por el (la) señor GERMAN RUBIO GUERRERO, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el dia 20 de junio de 1996 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que **AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del Régimen de Prima Media con prestación definida, solicitó trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a través de la **AFP PORVENIR S.A.,** el dia 20 de junio de 1996, posteriormente a **COLFONDOS**-01 de junio de 2000-, seguidamente a **HORIZONTE**-03 de octubre de 2001-despues retorna a **COLFONDOS**-25 de abril de 2003, pasa a **ING S.A.** el 23 de junio de 2005, continua en **PORVENIR S.A.** el 25 de abril de 2006, después en **SKANDIA S.A.**-03 de diciembre de 2007, seguidamente en **PORVENIR S.A**.-03 de septiembre de 2008 y finalmente se vincula a **PROTECCION S.A.**-30 de octubre de 2009- (folio 73 archivo 3, expediente digital)

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

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

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

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

2-Linea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente, COLPENSIONES aporto expediente administrativo e historia laboral del actor, documento este último que da cuenta de aportes efectuados por el afiliado desde el 10 de marzo de 1993 al 30 de junio de 1996, reuniendo un total de 85.29 semanas. Mientras que la AFP PROTECCION S.A. aportó: copia formulario de afiliación a SANTANDER S.A. y ING, documento de identificación del accionante, formato de aporte voluntarios, reporte estado de cuenta, repuesta dada por PROTECCION S.A., frente a los requerimientos efectuados por el señor RUBIO GUERRERO, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF, historia laboral-OBP-, historia laboral consolidada, conceptos emitidos por la Superfinanciera y comunicados de prensa; entre tanto PORVENIR S.A., incorporó historial de vinculaciones expedido por el SIAFF, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, formularios de vinculaciones. Por su parte COLFONDOS, allegó: certificado de vinculaciones expedido por el SIAFF y certificado de existencia y representación legal, mientras SKANDIA S.A. aporto formulario de afiliación, certificado de vinculación, y póliza previsional, es decir, que los fondos demandados no incorporaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de junio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 20 de junio de 1996, el demandante tenía 85.29 semanas cotizadas a COLPENSIONES, por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 19 de agosto de 1963) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, reuniendo un total de 1809.43

semanas para diciembre de 2018, podría pensionarse en el RPM en el año 2025, cuando acreditará la edad de 62 años, en cambio en el RAIS, para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco (folio 82.

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

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

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

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

Ahora bien, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió

esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., en cuanto a que cada una de las administradoras a las que estuvo afiliado el actor, debe realizar devolución de gastos de administración, se trae a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).",* despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por PROTECCION Y PORVENIR S.A..

Por lo anterior, en nada erró el Juez de Primera instancia en condenar a **PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A**. a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a **COLPENSIONES,** y generados durante el lapso en el que el accionante estuvo afiliado a las mencionadas AFP.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al

fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor GERMAN RUBIO GUERRERO del **ISS** hoy **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a la **AFP PORVENIR S.A.**, el 20 de junio de 1996, y en consecuencia los traslados horizontales, realizados con posterioridad.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El articulo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, y las mismas serán a favor de la parte ganadora, calidad esta última que no ostento la compañia MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, S.A., sino su participación dentro del proceso, fue como llamada en garantia, en virtud de la póliza previsional que adquirió SKANDIA S.A., pero cuya vinculación y absolución, no implica perse emitir condena a su favor por costas procesales, pues era su facultad o no, hacer uso de su derecho de defensa, contradicción y debido proceso.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las entidades apelantes-PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Y COLPENSIONES-, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor del demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del articulo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 02 de noviembre de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) y a favor de la parte accionante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310503220190067001)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310503220190067001)

Aclaro Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503220190067001)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 033-2019-00533-01

Bogotá D.C., febrero, veintiocho (28) de Dos Mil Veintidós (2022)

DEMANDANTE: **EDGAR AGUIRRE CALERO**
DEMANDADOS: **SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADO SAS.**
ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Las partes demandante y demandada presentaron alegatos, según lo ordenado en auto del 03 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor EDGAR AGUIRRE CALERO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAS, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fl. 2-19):

PARTE DECLARACIONES:

1) **DECLARAR** que el contrato de trabajo a término indefinido, que suscribió con la sociedad SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADO SAI S.A.S. vigente entre el 7 de mayo de 2018 y el 15 de mayo de 2019, fue terminado de manera unilateral y sin justa causa, por parte del empleador, desconociendo que contaba con más de 60 años de edad y con menos de tres años para adquirir el derecho pensional por vejez.

CONDENAS

1) **ORDENAR** a la compañía SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., a reintegrarlo en el cargo de Director Comercial y Proyectos.
2) **CONDENAR** a la sociedad demandada, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento del reintegro.
3) **CONDENAR** a la pasiva, al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral.
4) Costas del proceso.

SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS S.A.I. S.A.S dio contestación al escrito de demanda (folio 119-138), tal como da cuenta el auto emitido el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá (folio 223), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 33° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de marzo de 2021, **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia de la obligación incoada por la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. **ABSOLVIÓ** a la sociedad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor EDGAR AGUIRRE CALERO y **CONDENÓ** en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia:

REINTEGRO: Adujo que el juez de conocimiento, desconoció que contaba con 60 años de edad para la calenda en que fue despedido y le faltaban menos de 3

años para adquirir el reconocimiento y pago de la pensión de conformidad con lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Señaló que el actuar de la compañía demandada, le vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad humana, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, favorabilidad, toda vez que su único ingreso para cubrir sus necesidades y las de su familia, era su empleo, sumado a que por la edad, le resultaba más difícil conseguir trabajo.

Así mismo manifestó que la compañía accionada, no dio aplicación a lo enunciado en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, que regula lo referente a la protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del retén social, citando a su vez la sentencia T-326 de 2014.

Indicó que el empleador, debió proceder al despido solo cuando cumpliera los requisitos para pensionarse, y radicara los documentos para la adquisición del beneficio pensional y pago de la mencionada prestación.

Igualmente afirmó que del interrogatorio de parte practicado, se evidenciaba que la entidad accionada no realizó actos tendientes a obtener información alguna sobre el derecho pensional del trabajador, si cumplía o no los requisitos, que además la directora de gestión humana conocía del proceso que estaba adelantando con el propósito de obtener la nulidad del traslado realizado al régimen de Ahorro Individual, sumado a que si bien acreditaba un capital del 110% requerido en el RAIS y más de 1300 semanas solicitado en el RPM, le faltaba el requisito de la edad.

Aseguró que con el actuar de la entidad llamada a juicio, ha tenido que endeudarse con entidades financieras e incumplido sus obligaciones económicas con tercero y con su propia familia, más cuando le ha sido imposible conseguir empleo, dada la edad que ostenta.

Por último solicito, se estudie las sentencias T-824 de 2014, 357 de 2016, T-186 de 2003 y se realice una ponderación entre sus derechos fundamentales y el material probatorio allegado.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente ordenar el **reintegro** del señor EDGAR AGUIRRE CALERO al cargo que venía desempeñando, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de prepensionado. **2.** En caso afirmativo, si es procedente ordenar pagar a la demandante los salarios dejados de percibir.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante EDGAR AGUIRRE CALERO, laboró para la compañía demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 07 de mayo de 2018 al 15 de mayo de 2019, desempeñando el cargo de DIRECTOR COMERCIAL Y PROYECTOS (folio 27), y que el mencionado contrato fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, quien pago al trabajador la respectiva indemnización (folio 28)

Igualmente no es objeto de discusión que el señor EDGAR AGUIRRE CALERO, nació el 26 de octubre de 1958 (folio 20) y que para la época del despido se encontraba afiliado a COLFONDOS S.A. como entidad administradora de sus recursos pensionales (folio 151). Así mismo, se corrobora que el demandante, radicó el 4 de mayo de 2018, acción ordinaria en contra de COLPENSIONES Y COLFONDOS, con el objetivo de obtener la nulidad e ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, y su consecuente retorno al RPM, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, que mediante sentencia del 27 de agosto de 2019, declaró la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual, providencia que fue modificada por esta Corporación, el 31 de agosto 2020, en el entendido de declarar la ineficacia de la mencionada afiliación, actuaciones que una vez verificadas en el sistema siglo XXI, se encuentran archivadas.

Así las cosas tenemos que la garantía de la estabilidad laboral reforzada implica para el trabajador en determinadas circunstancias, poder continuar desempeñando sus funciones siempre que la causa que motivó la suscripción del contrato con el empleador se mantenga vigente y no existan razones que deriven en la inviabilidad de su continuación. Dichas circunstancias son las que a continuación se describen:

(i)Trabajadores sindicalizados (ii) trabajadores con discapacidad (iii) mujer embarazada y madre cabeza de familia y (iv) trabajadores *ad portas* de cumplir los requisitos exigidos por ley para pensionarse.

Ahora, este último grupo, tuvo su origen a partir de un desarrollo legal, esto es, el articulo 12 de la Ley 790 de 2002, con ocasión del Programa de Renovación de la Administración Pública. Esta protección consistia, fundamentalmente, en que las personas que tenian la expectativa de cumplir con los requisitos establecidos en la ley –edad y semanas cotizadas– para pensionarse en el lapso de los tres años siguientes a la promulgación de la norma debian ser mantenidas, durante el mayor tiempo posible, en sus cargos.

Sin embargo, a pesar de que la protección legal nació para los trabajadores del sector público que se encontraban en la situación descrita, la Corte Constitucional ha estimado que la garantia de la estabilidad laboral reforzada para los prepensionados puede aplicarse en otro tipo de contextos u escenarios, como serian aquellos en que se haya desvinculado a un servidor público por razones distintas a la prevista en el articulo 12 de la Ley 790 de 2002, o cuando lo propio haya sucedido con un trabajador vinculado a una entidad de orden privado.

Tenemos entonces, que la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, estableció:

> *"[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez.*
>
> *Así las cosas, en principio, acreditan la condición de "prepensionables" las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación*

Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.

Ahora, la Corte Constitucional, en la sentencia referenciada, ha precisado que La "prepensión" protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez. Precisando a su vez, que cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es la edad, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, razón por la que en dicho situación no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada:

"cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de la edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, en caso de desvinculación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez, de allí que no haya lugar a considerar que la persona sea beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante, relativo a la edad, puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente."

Luego, se concluye del precedente jurisprudencial citado, que la garantía mencionada, no implica mantener al trabajador en el empleo de manera indefinida, sino aplica en los casos en que sea necesario mantener la relación laboral, para que el trabajador pueda completar las semanas de cotización requeridas en el Régimen de Prima Media o en el caso del RAIS, el capital necesario, por lo tanto cualquier aplicación de la figura por fuera de este escenario fáctico, desborda y desnaturaliza la garantía en mención.

En este orden, al aplicar estos presupuestos al caso objeto de estudio, considera esta Sala de Decisión, que el demandante para la calenda en que se efectuó el despido-*15 de mayo de 2019*-no gozaba de la estabilidad laboral reforzada, por las siguientes razones:

-Contaba con 60 años, al haber nacido el 26 de octubre de 1958, empero para la época en que ocurrió el despido, se encontraba en disputa cual era la entidad

encargada del reconocimiento del derecho pensional, en la medida que la demanda de nulidad de traslado fue radicada el 04 de mayo de 2018.

-Independiente del régimen pensional al cual se encontraba vinculado el actor, para la calenda del despido, lo cierto es que su derecho pensional en el caso del Régimen de Prima Media, solo estaba a la espera del cumplimiento de la edad, por cuanto la historia laboral que obra de folio 68 a 74 dan cuenta que para abril de 2018, contaba con 1547 semanas, mientras que si su permanencia era en el Régimen de Ahorro Individual, a la luz de lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, dada la totalidad de semanas cotizadas y el IBC reportados, más el bono pensional, su capital superaba el 110% el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley.

A lo que se agrega, que si bien en la actualidad el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima media, hecho que se presentó como sobreviniente después del despido y antes de que se emitiera sentencia de primera y segunda instancia, lo cierto, es que la demanda de cambio de régimen pensional por efectos de la nulidad o ineficacia de la afiliación, se presentó con anterioridad a la terminación del vínculo laboral, lo que conlleva a concluir una vez más, que la garantía constitucional aquí discutida, no le permitía al trabajador, permanecer en el empleo hasta que se definiera dicha situación, sino tal como se preciso era mantenerlo, para que pudiese completar las semanas de cotización requeridas en el Régimen de Prima Media o el capital necesario en el RAIS, es decir, su derecho pensional no se viera frustrado, por las semanas o capital, presupuestos que estaban debidamente cumplidos por el actor para la fecha del despido, independiente de la edad, pues esta se puede cumplir con o sin vinculación laboral,

En consecuencia, el demandante al no ostentar la calidad de pre pensionado para la época de finalización de la relación laboral, ya que cumplía con la totalidad de semanas cotizadas y exigidas en el RPM, no gozaba de la estabilidad laboral reforzada, por lo que se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021, por el Juzgado 33° Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310503320190053301)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310503320190053301)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310503320190053301)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 034-2019-00176-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de Dos Mil Veintidós (2022)

DEMANDANTE: **INIRIDA ROSA TOVAR VIZCAINO**
DEMANDADOS: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**
ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 09 de diciembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora INIRIDA ROSA TOVAR VIZCAINO, instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (archivo 1 del expediente digital):

CONDENAS:

1) **CONDENAR** al reconocimiento y pago de las mesadas correspondientes al mes de diciembre de 2010 y enero de 2011, junto con la mesada 14 .
2) **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios.
3) Costas procesales.

COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda (folio 70 a 79 del archivo 1-expediente digital), tal como se evidencia del auto proferido el 30 de septiembre de 2020, por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá. Oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 14 de octubre de 2021, **DECLARÓ** que el disfrute del derecho pensional reconocido a la demandante, mediante Resolución n. °101410 del 11 de febrero de 2011, correspondía al 01 de diciembre de 2010. **DECLARÓ** probada la excepción de prescripción. **ABSOLVIÓ** a la entidad de seguridad Social de las pretensiones planteadas y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** apeló el fallo de primera instancia, indicó: "*Conforme a lo dispuesto en el articulo 322 del Código General del Proceso y lo indicado por la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia del 21 de junio de 2007, bajo radicado n.°20170132800 interpongo recurso de apelación, contra la decisión que sobre este caso ha tomado su despacho, porque afecta los intereses de mi representada al negar el resto de las pretensiones, exceptuado la fecha de causación y disfrute a partir del 1 de diciembre de 2010, olvidó su despacho respetuosamente, la misma Corte Constitucional ha fijado reglas para el disfrute de esta pensión como bien se ha indicado, en este momento el reconocimiento de la pensión a favor de mi representada debo haberse tenido en cuento el resto de la peticiones subsidiarias que se incoaron en el libelo de la demanda; sin embargo, también me permito indicar que lo anterior son reparos breves, que he realizado a la decisión de este despacho, teniendo en cuenta que la sustentación del recurso interpuesto, se realizara en el término legal, ante el ente superior, que sea competente por lo anterior su señoría solicito se le dé el trámite a este recurso de apelación para que sea revisado por el superior jerárquico.*"

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional. **2.** mesada 14 **3.** Intereses moratorios.

Seria del caso, entrar a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora, sino fuere porque al escuchar la sustentación del mismo contenida en el audio, se evidencia que el recurrente no ataco los fundamentos en que se basó el juzgador de primera instancia para proferir su decisión.

Por ende para ésta Sala los argumentos del apelante, son imprecisos, en el entendido que no determinó las razones o motivos, por las cuales no comparte los fundamentos o deducciones a que llego el juzgador de primera instancia, tan solo enunció que la negativa de A-quo en conceder las prestaciones, afectaba los intereses de su representada, sumado a que no se había estudiado las pretensiones subsidiarias, empero no dijo nada sobre la declaratoria de la excepción de prescripción que afecto el retroactivo pensional peticionado y la absolución impartida frente a la mesada 14, por cuanto la misma está siendo reconocida por la entidad de seguridad social, consideraciones que conllevaron al Juzgador de Primera Instancia a no impartir condena por intereses moratorios, mientras que en el libelo inicial no se enunciaron pretensiones subsidiarias.

En este orden de ideas, como quiera que la finalidad del recurso de apelación, es impugnar es decir refutar o contradecir el criterio del A-quo, sin que dicho presupuesto se haya cumplido, se declarará DESIERTO el recurso de apelación; no obstante como la decisión del Juez de conocimiento fue totalmente desfavorable al trabajador; se habrá de analizar la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la accionada le reconoció pensión de vejez a la demandante mediante Resolución No 101410 del 11 de febrero de 2011, a partir del 1 de febrero de 2011

en cuantía inicial de $1.136.561 con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como beneficiaria del régimen de transición (fls. 6 archivo 1 expediente digital).

RETROACTIVO PENSIONAL:

Solicita la parte actora el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del **1 de diciembre de 2010**, teniendo en cuenta que para la calenda mencionada, ya cumplió con los requisitos legales para la causación del derecho pensional, sumado a que se había reportado la novedad de retiro.

Así las cosas, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos, pero será necesaria la desafiliación del régimen para entrar a disfrutar de la misma, y que para la liquidación de la pensión debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada.

Este requisito aparece nuevamente en el art. 35 del mismo compendio normativo, en los siguientes términos:

> *(...)* ***Artículo 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ.*** *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión (...).*"

De las citadas disposiciones normativas se desprenden dos momentos a saber, el primero que tiene que ver con la *causación* de la prestación, que de acuerdo a la norma en comento, en concordancia con el Art. 12 ibidem, se produce en el momento en que el afiliado cumple la edad y la densidad de semanas necesaria para pensionarse, por otro lado, el *disfrute* de la pensión la cual se hace efectiva una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones, de lo que se desprende que la pensión se hace efectiva una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

No obstante lo anterior, cabe traer a colación las sentencias SL 35605 de 2009, SL4611-2015, SL5603-2016, SL1744-2019 y SL281 de 2020, en donde la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

> *"Pues bien, frente al punto objeto de controversia, debe recordarse que esta Sala de la Corte, ha sostenido que la desafiliación del sistema de*

seguridad social es un requisito esencial a efectos de comenzar a disfrutar de la pensión de vejez; ello conforme lo dispone los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, preceptos frente a los cuales también ha indicado «...no se entienden derogad[os] por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, porque el artículo 31 ibídem dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte administrados por el Instituto en aquellos aspectos inherentes a esas prestaciones.» (CSJ SL6159-2016).

(...)

No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

(...)

En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro. Pero tampoco es admisible que el demandante pretenda beneficiarse de su inactividad, pues, como lo resaltó Colpensiones, que desde el cumplimiento de los requisitos (30 de abril de 2010, toda vez que la última cotización la efectuó en el ciclo de octubre de 2009) hasta la fecha de la solicitud pensional (20 de junio de 2013), transcurrieron más de 3 años, sin ninguna razón válida.

En este orden de ideas, atendiendo la normativa enunciada y los precedentes jurisprudenciales citados, al aplicarlos al caso de la demandante, encontramos en primer lugar, que nació el 03 de noviembre de 1955 acreditando de esta forma los 55 años de edad previstos en el Acuerdo 049 de 1990, el mismo día y mes de 2010 (expediente administrativo); fecha para la cual contaba con 1514,86 semanas de cotización. Adicionalmente el 19 de noviembre de 2010, la afiliada radicó solicitud de reconocimiento pensional (Resolución n.°101410 de 2011), en tanto de la historia laboral, se evidencia que para el ciclo noviembre de 2010, realizaba aportes como trabajador dependiente e independiente, reportando para dicha calenda el empleador Corporación Instituto Superior de Educación, la novedad de retiro. Conductas que de manera alguna evidencian en forma inequívoca que su voluntad era la de obtener la pensión a partir del 1 de diciembre de 2010, fecha siguiente a la última cotización.

Ahora si bien aparece un reporte al sistema, por parte del empleador Corporación Instituto Superior de Educación para los ciclos marzo de 2011 y junio de 2014, nótese que los mismos reportan "0" cotizaciones, más la observación "*No*

vinculado esta pensionado", por lo que en nada infieren estas novedades en la fecha de reconocimiento del derecho pensional, pues como bien ya se mencionó las conductas descritas conllevaron a determinar que la intención de la afiliada era disfrutar del derecho pensional a partir del 1 de diciembre de 2010, máxime cuando estos aportes fueron realizados después de haber adquirido el estatus de pensionada.

Por lo anterior se concluye, que es posible otorgar el retroactivo pensional a partir del **1 de diciembre de 2010 hasta el 30 de enero de 2011**, en la medida que para dicha fecha además de cumplir con los requisitos para la causación del derecho pensional, efectuó para el mes de noviembre la reclamación, calenda para el cual habia sido reportada la novedad de retiro como trabajador dependiente, sumado a que realizó su última cotización para el ciclo noviembre de 2010.

Realizadas las operaciones aritméticas, se obtuvo una mesada pensional igual a **$1.101.639,04** para el año 2010 y para el 2011 de **$1.136.561**-*valor que viene reconociendo la entidad de seguridad social*-, precisándose que el valor de la mesada se obtuvo de aplicar una tasa de reemplazo de 90% y un IBL de $1.224.043.38

PRESCRIPCIÓN

Respecto a este medio exceptivo, tenemos que el artículo 151 del C.P.T y S.S. prevé que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Así mismo que el simple reclamo escrito del trabajador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

Así las cosas, se evidencia que a través de la Resolución n.°101410 de 2011, le fue reconocida la pensión, a partir del 1 de febrero de 2011, en cuantia de $1.136.561, pero ante la inconformidad de la demandante, presentó *únicamente* recurso de reposición con el fin de obtener el pago de las mesadas de diciembre de 2010 y enero de 2011, así como la mesada 14, petición que fue reiterada el 04 de noviembre de 2011 y el 10 de julio de 2012 (folio 9-11 expediente digital), siendo atendido el recurso por medio del acto Administrativo GNR 298179 del 12 de noviembre de 2013, notificado el 23 de noviembre de 2013 (folio 19 y 20 del

expediente digital), precisándose en el mismo que quedaba agotada la vía gubernativa.

En tanto la demanda fue radicada el 05 de marzo de 2019, por lo que es claro que transcurrió más de tres años entre la fecha de notificación del acto administrativo que resolvió el recurso de reposición y la calenda en que fue radicada la acción ordinaria, por lo que el retroactivo generado entre diciembre de 2010 y enero de 2011, se vio afectado por el fenómeno de la prescripción, en esta medida la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

Ahora en relación con la mesada catorce, se encuentra que el inciso 8. ° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó:

> *"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensiónales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento. (...)*
> *Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensiónales al año".*

En esa medida, como quiera que la pensión se causó en noviembre de 2010, antes de la fecha indicada por el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, 31 de julio de 2011, la accionante tenía derecho a percibir 14 mesadas anuales, siempre que la pensión no fuera superior a 3 salario mínimos, presupuesto este último que se cumplió, pues tal como se señaló precedentemente la mesada fue equivalente a $1.101.639.04, mientras que el salario mínimo de 2010 correspondía a $515.000.

Por lo que en principio se consideraría que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, sino fuera porque se advierte de la Resolución n.°GNR 298179 del 12 de noviembre de 2013, que la señora INIRIDA ROSA TOVAR VIZCAINO, viene percibiendo dicha prestación desde junio de 2011, por lo que COLPENSIONES no adeuda valor alguno por este concepto.

En este orden, atendiendo los argumentos expuestos la sentencia de primera instancia será confirmada.

COSTAS:

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de octubre de 2021, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad 11001310503420190017601)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad 11001310503420190017601)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad 11001310503420190017601)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 035-2021-00057-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:	**ALBA GRACIELA DIAZ GAMBOA**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES** **AFP PROTECCION S.A.**
ASUNTO:	**RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandada (COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A.) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ con tarjeta profesional No. 246.554 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandada-Colpensiones- presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 09 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) ALBA GRACIELA DIAZ GAMBOA, instauró demanda ordinaria laboral contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES,** debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. **DECLARAR** que tanto la sociedad PROTECCION S.A. como COLPENSIONES, no lo asesoraron de manera suficiente, clara, y precisa sobre las consecuencias favorables y desfavorables el traslado de fondo y/o régimen.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de PROTECCION S.A. por falta de información suficiente, precisa y clara, realizada inicialmente a través de la compañía PROTECCIÓN S.A. y con posterioridad por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los dineros depósitos en su cuenta ahorro individual, junto con los rendimientos y gastos de administración.
2. **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, aceptar el traslado al régimen que administra, y a recibir todos los aportes provenientes del **RAIS.**
3. Costas Procesales.

CONDENAS SUBSIDIARIAS:

1. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 23 de noviembre de 2019.

2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar el retroactivo pensional generado desde la fecha de causación del derecho pensional.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **COLPENSIONES** (carpeta 19 expediente digital); y **PROTECCION S.A.** (carpeta 30), de acuerdo al auto de fecha 06 de octubre de

2021 (carpeta 28), entidades que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de octubre de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, y **CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A** a devolver a **COLPENSIONES**, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, intereses, sumas adicionales y frutos. **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a tener como afiliada a la demandante, y a recibir todos los aportes y **CONDENÓ** en costas a la demanda **PROTECCION S.A.**

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando que la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional, con ocasión a la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse a lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual a su juicio fue desconocida por el operador jurídico, sumado a que no se tuvo en cuenta el principio de inescindibilidad de la ley, como quiera que las facultades descritas en la norma citada, estaban asignadas a las autoridades administrativas competentes. Así mismo dijo que los perjuicios o daños ocasionados a los afiliados, debían ser asumidos por la AFP, mas no por COLPENSIONES, pues de ser así conllevaría a la descapitalización del sistema y a afectar el ahorro de los demás afiliados al RPM, más cuando la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos ha indicado, que nadie puede beneficiarse o subsidiarse de los recursos o aportes efectuados por otros afiliados.

Finalmente **PROTECCIÓN S.A.**, solo interpuso recurso de apelación respecto de la devolución de los gastos de administración, bajo el argumento que son descuentos que están autorizado por la Ley 100 de 1993, y Ley 797 de 2003. Que además los aportes con sus respectivos rendimientos financieros fueron remitidos a PORVENIR S.A.; Manifestó que se aplicó de manera parcial y desconociendo el principio de inescindibilidad de la norma, lo contemplado en el artículo 1704 del Código Civil, ya que al aplicar los efectos de la nulidad a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, se entiende que nunca existió el contrato de afiliación, no administró ningún

recurso, no hubo cobro de cuota y no se generaron rendimientos. Finalmente, afirmó que la prescripción afectó esta condena, en la medida que se trata de dineros que no financian la pensión y de acreencias de tracto sucesivo.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. efectuado por la señora ALBA GRACIELA DÍAZ GAMBOA, el día 13 de julio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP PROTECCION S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, el 13 de julio de 1994 (folio 71 carpeta 25)

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

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

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

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994.

Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad

fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado

en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente, Colpensiones aportó el expediente administrativo e historia laboral de la actora, documentos que dan cuenta que, realizó cotizaciones al RPM desde agosto de 1983 hasta mayo de 1994, reuniendo un total de 312.57 semanas. Mientras que la AFP Protección S.A., aportó: copia del formulario de vinculación, historial de vinculaciones expedido por el SIAFF; historia laboral, reporte estado de cuenta del actor, concepto emitido por la SUPERFINANCIERA, simulador pensional y comunicados de prensa (carpeta 25), es decir, que los fondos demandados no allegaron ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 13 de julio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 13 de julio de 1994, la demandante tenía 312.57 semanas al RPM (carpeta 25), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 23 de noviembre de 1962)

y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (fecha para la cual contaría con más de 1.300 semanas), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, en relación a que el deber de información para la fecha del traslado se limitaba a la suscripción del formulario de afiliación, y al señalamiento de las

mencionadas entidades, con relación a que la demanda se encuentra motivada por un descontento en el valor de la mesada pensional y no en la falta de información, se trae a colación la sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, el siguiente aparte:

(...)En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1. ° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019) (...)"

Por lo anterior, es claro que los fondos tienen la obligación de transparencia con cualquier nuevo afiliado y se debe demostrar lo que se le informó sobre su expectativa pensional, ya que posteriormente se pone de trasfondo la necesidad de regresar al fondo de pensiones público, una vez se develan las verdaderas expectativas en materia pensional.

Ahora bien, en relación con la inversión de la carga de la prueba, la misma sentencia referida SL 1452 de 3 de abril de 2019, señala también:

(...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance

es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL**

TRASLADO que realizó la señora ALBA GRACIELA DIAZ GAMBOA del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 13 de julio de 1994.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a las entidades apelantes-PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES-, habrá lugar a condenarlas en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la demandante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.) y a favor de la parte accionante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a

medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del articulo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503520210005701)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503520210005701)

Aclara Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503520210005701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2015-00604-01

Bogotá D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE:		**VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO**
DEMANDADO:		**COLUMBIA COAL COMPANY SA** **CI CARBOCOQUE SA** **COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR.**
ASUNTO	:	**RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA (CURADOR AD LITEM DE COOPMICAR y COLUMBIA COAL COMPANY SA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Curador Ad Litem de COOPMICAR y CLUMBIA COAL COMPANY SA), en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante, así como las demandadas y COOPMICAR presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 4 de septiembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **COLUMBIA COAL COMPANY SA, CI CARBOCOQUE SA** y

COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 444 a 449):

PRINCIPALES:

DECLARATIVAS:

1) Que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO y la sociedad CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA, a partir del 25 de mayo de 2005.
2) Que se declare que el referido contrato es a término indefinido, como quiera que la labor para la cual fue contratado el demandante, es permanente dentro de la sociedad CI CARBOCOQUE SA y posteriormente, en su subordinada COLUMBIA COAL COMPANY SA.
3) Que se declare que la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR, es una simple intermediaria entre la relación contractual, llevada a cabo con el demandante y la sociedad CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA.
4) Que se declare que habida cuenta que la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR, no declaró al trabajador su calidad de simple intermediario en la relación laboral, es solidariamente responsable de las acreencias laborales del actor.
5) Que se declare que de conformidad al artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el objeto social de la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR, es ilegal.
6) Que se declare que el demandante se encontraba en estado de debilidad manifiesta al momento del despido sin justa causa del que fue objeto.
7) Que se declare que la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR y las sociedades CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA, tenían conocimiento de la condición de debilidad manifiesta del trabajador al momento de despedirlo.
8) Que se declare la nulidad del despido del que fue objeto el demandante el día 30 de abril de 2014, por encontrarse éste en estado de debilidad manifiesta.
9) Que se ordene a las sociedades CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA, el reintegro sin solución de continuidad del demandante, en una labor compatible con sus condiciones de salud.

10) Que se declare que las demandadas, le desmejoraron las condiciones salariales al señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, con ocasión a la enfermedad padecida, a partir del mes de mayo de 2008.

11) Que en caso de demostrarse que no se efectuaron los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, pensión y ARL, teniendo en cuenta el verdadero salario devengado por el demandante durante toda la relación laboral, se condene a las demandadas a cancelar el saldo insoluto con los correspondientes intereses moratorios.

12) Que se declare solidariamente responsable a la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR y las sociedades CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA, por todos y cada uno de los perjuicios causados al demandante, como consecuencia de las enfermedades de origen profesional, sin proveer las precauciones necesarias para evitar patologías que padece éste.

13) Que se declare que en el desarrollo de dicho contrato laboral y en plena actividad y ejecución del mismo, el demandante, sufrió una enfermedad laboral.

14) Que se declare que las demandadas no identificaron los peligros, ni valoraron los riegos a que se encontraba sometido el demandante, y consecuencia de esto, se le ocasionó enfermedad de origen profesional.

15) Que se declare responsable a las demandadas por la enfermedad profesional por falta de medidas de prevención, negligencia, incumplimiento de las normas de salud ocupacional.

16) Que se declare responsable a las demandadas por el dolor afectivo y el menoscabo de los sentimientos, frente a las limitaciones sufridas en el cuerpo del señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, que le impiden una vida normal.

17) Que se declare responsable a las demandadas por el daño que afecta la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de los escenarios sociales.

18) Que se declare que las demandadas no han satisfecho en legal forma al demandante todas y cada una de sus acreencias e indemnizaciones laborales tales como la indemnización total y ordinaria e indexada de los perjuicios materiales, perjuicios fisiológicos, perjuicios morales "objetivados y subjetivados" y sufridos por el actor como consecuencia de la enfermedad de origen profesional; tal y como lo establece el Art. 216 del CST.

19) Que se declare que la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR y las sociedades CI CARBOCOQUE SA y

COLUMBIA COAL COMPANY SA, no han satisfecho el valor de la indemnización correspondiente a 180 días de salario, por haber despedido al actor sin previa autorización del Ministerio del Trabajo.

CONDENATORIAS:

1) Que se condene a las demandadas al pago de los salarios dejados de percibir, teniendo en cuenta el verdadero salario, desde el 30 de abril de 2014 hasta el momento de reintegro.
2) Que se condene a las demandadas al pago de los correspondientes reajustes que para su cargo se hubieran efectuado en el año 2015 y siguientes del salario de acuerdo a la Ley.
3) Que se condene a las demandadas al pago de las primas de servicios dejados de percibir, teniendo en cuenta el verdadero salario, entre el 30 de abril de 2014 y el momento de reintegro.
4) Que se condene a las demandadas a consignar las cesantías causadas, teniendo en cuenta el verdadero salario, entre el 30 de abril de 2014 y la fecha que se verifique su reintegro.
5) Que se condene a las demandadas a pagar al demandante los intereses de las cesantías causados, teniendo en cuenta el verdadero salario, entre el 30 de abril de 2014 hasta la fecha en que se verifique el reintegro.
6) Que se condene a las demandadas al pago del reajuste salarial a partir del mes de mayo hasta el mes de diciembre de 2008, de acuerdo al índice de precios al consumidor de la época, que corresponde al 5.69 IPC.
7) Que se condene a las demandas al pago del reajuste salarial del año 2009, de acuerdo al índice de precios del consumidor de la época, que corresponde al 7.67 IPC.
8) Que se condene a las demandadas al pago del reajuste salarial del año 2010, de acuerdo al índice de precios del consumidor de la época, que corresponde al 2.00 IPC.
9) Que se condene a las demandadas al pago del reajuste salarial del año 2011, de acuerdo al índice de precios del consumidor de la época, que corresponde al 3.17 IPC.
10) Que se condene a las demandadas al pago del reajuste salarial del año 2012. De acuerdo al índice de precios al consumidor de la época, que corresponde al 3.73 IPC.

11) Que se condene a las demandadas al pago del reajuste salarial del año 2013, de acuerdo al índice de precios del consumidor de la época, que corresponde al 2.44 IPC.

12) Que se condene a las demandas al pago del reajuste salarial del mes de enero al mes de abril de 2014, de acuerdo al índice de precios del consumidor de la época, que corresponde al 2.94 IPC.

13) Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas a pagar el valor que por concepto de primas de servicios se adeude al demandante, a partir del año 2008, tomando como base el verdadero salario devengado por el actor.

14) Que se condene a las demandas a pagar el valor que por concepto de cesantías se adeude al demandante, a partir del año 2008, tomando como base el verdadero salario devengado por el actor.

15) Que se condene a las demandadas a pagar el valor que por concepto de vacaciones se adeude al demandante, a partir del año 2008, toando como base el verdadero salario devengado por el actor.

16) Que se condene a las demandas a pagar el valor que por concepto de intereses a las cesantías se adeude al demandante, a partir del año 2008, tomando como base el verdadero salario devengado por el actor.

17) Que se condene a las demandadas al pago de los anteriores valores debidamente indexados.

18) Que se condene a las demandadas a cancelar el saldo insoluto con los correspondientes intereses moratorios de los aportes en salud, sobre el excedente del salario cancelado al trabajador, a partir del mes de mayo de 2008, tomando como base el verdadero salario devengado por el actor.

19) Que se condene a las demandadas a cancelar el saldo insoluto con los correspondientes intereses moratorios de los aportes en pensión, sobre el excedente del salario cancelado al trabajador, a partir del mes de mayo de 2008, tomando como base el verdadero salario devengado por el actor.

20) Que se condene a las demandadas a cancelar el saldo insoluto con los correspondientes intereses moratorios de los aportes en ARL, sobre el excedente del salario cancelado al trabajador, a partir del mes de mayo de 2008, tomando como base el verdadero salario devengado.

21) Que se condene a las demandadas a realizar los aportes, con los correspondientes intereses moratorios, al sistema de seguridad social en salud desde el 30 de abril de 2014 hasta la fecha del reintegro, teniendo en cuenta el verdadero salario.

22) Que se condene a las demandadas a realizar los aportes con los correspondientes intereses moratorios, al Sistema de Seguridad Social en Pensión desde el 30 de abril de 2014 hasta la fecha del reintegro, teniendo en cuenta el verdadero salario.

23) Que se condene a las demandadas a realizar los aportes con los correspondientes intereses moratorios, al sistema de seguridad social en riesgos laborales desde el 30 de abril de 2014 hasta la fecha del reintegro, teniendo en cuenta el verdadero salario.

24) Que se condene a las demandadas al pago de la indemnización correspondiente a 180 días de salario, por haber despedido al demandante sin previa autorización del Ministerio del Trabajo.

25) Costas procesales.

SUBSIADIARIAS:

1) Que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO y la sociedad CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY a partir del 25 de mayo de 2005.

2) Que se declare que el referido contrato es a término indefinido como quiera que la labor para la cual fue contratado el demandante es permanente dentro de la sociedad CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA.

3) Que se declare que la sociedad CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA terminaron de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo con el demandante, el 30 de abril de 2014.

4) Que se declare que las demandadas no cumplieron con la obligación de informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los 60 días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y Parafiscal sobre los salarios de los últimos 3 meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que lo certifiquen.

5) Que se condene a la sociedad CI CARBOCOQUE SA y COLUMBIA COAL COMPANY SA al saldo insoluto de la indemnización por la terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo del demandante, teniendo en cuenta el verdadero salario devengado por el actor.

6) Que se condene a las demandadas a pagar la sanción a la que se hacen acreedoras por no pagar la totalidad de las prestaciones debidas al momento de la terminación del contrato de trabajo, consistente en una suma igual al último salario promedio diario devengado por el actor, por cada día de retardo

en el mencionado pago, desde el 30 de abril de 2014, hasta el dia en que se satisfagan tales obligaciones, de conformidad con el articulo 65 del CST.

7) Que se condene a la sanción moratoria consiste en un dia de salario promedio diario devengado por el actor, desde el 30 de abril de 2014 hasta el momento en que se demuestre que la empresa dio cumplimiento a la obligación de informar por escrito a la trabajadora sobre el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad de los últimos 3 meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 65 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad CI CARBOCOQUE SA (fls. 531 a 554) contestó la demanda, así como COLUMBIA COAL COMPANY SA (fls. 557 a 591), de acuerdo al auto que data del 22 de mayo de 2017 visible a folio 637. Se opusieron a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR contestó la demanda mediante Curador Ad Litem (fls. 699 a 705 y 715 a 721), de acuerdo al auto que data del 16 de noviembre de 2018 visible a folio 724. Se opusieron a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

DEMANDA RECONVENCION

La sociedad COLUMBIA COAL COMPANY SA presentó demanda de reconvención en contra de VALERIO FLORIÁN CASTIBLANCO, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 2 y 3 Cuaderno demanda de reconvención):

DECLARATIVAS:

1. Que se declare que entre COLUMBIA COAL COMPANY SA y VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO, no existía obligación legal de pagar salarios y prestaciones sociales desde el 1 de mayo de 2014 y hasta el 1 de agosto de 2015, por no existir para aquel periodo, entre las partes relación jurídica laboral alguna que así lo dispusiera.

2. Que se declare que el demandado VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO debe restituir debidamente indexados la totalidad de los dineros recibidos de parte de COLUMBIA COAL COMPANY SA por concepto de salarios y demás prestaciones sociales pagadas en su favor por los periodos comprendidos entre el 1 de mayo de 2014 y hasta el 1 de agosto de 2015.
3. Que se declare que el señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO debe restituir debidamente indexados la totalidad de los dineros recibidos de parte de COLUMBIA COAL COMPANY SA por concepto de salarios y demás prestaciones sociales pagadas en su favor dese el mes de agosto de 2015 y hasta la fecha en que se profiera fallo definitivo en favor de COLUMBIA COAL COMPANY SA.
4. Que se declare que el demandado VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO, se ha enriquecido sin justa causa con los dineros percibidos por conceptos de salarios y prestaciones sociales recibidos del demandante COLUMBIA COAL COMPANY SA, pues esta no tenía la obligación legal o contractual de hacerlo.

CONDENATORIAS:

1. Condenar al señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO a restituir a COLUMBIA COAL COMPANY SA, las sumas correspondientes a salarios y prestaciones sociales recibidas indebidamente, sumas que corresponde a un total de $11.530.466.
2. Condenar al señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO, a restituir a COLUMBIA COAL COMPANY SA, las sumas correspondientes a salarios y prestaciones sociales recibidas indebidamente desde el mes de agosto de 2015 y hasta la fecha en que se profiera fallo definitivo en favor de COLUMBIA COAL COMPANY SA.
3. Condenar a VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO, a restituir a COLUMBIA COAL COMPANY SA, las sumas descritas en los numerales anteriores, incluidos los intereses moratorios.
4. Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Mediante auto del 1 de febrero de 2018, se dio por no contestada la demanda de reconvención por ser presentada de manera extemporánea (fl. 15).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de septiembre de 2019. **DECLARÓ** que entre el señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO y COLUMBIA COAL COMPANY SA existió un contrato de trabajo a término fijo, entre el 25 de mayo de 2005 al 30 de abril de 2014.

DECLARÓ que la terminación del contrato de trabajo del señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO es ineficaz.

CONDENÓ a COLUMBIA COAL COMPANY SA a reintegrar al demandante de manera definitiva a un cargo de igual o superior categoria al que venia desempeñando a la fecha de terminación del vinculo, cargo que debe estar acorde a sus condiciones de salud.

DECLARÓ PARCIALMENTE PROBADA la excepción de pago y NO PROBADA la de prescripción.

CONDENÓ a COLUMBIA COAL COMPANY SA a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de $3.696.000 por indemnización por despido en estado de debilidad manifiesta, suma que deberá ser indexada al momento del pago.

DECLARÓ SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE de todas las condenas, a la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBÓN – COOPMICAR.

ABSOLVIÓ a CI CARBOCOQUE SA de todas las pretensiones y a COLUMBIA COAL COMPANY SA y COOPRMICAR de las demás formuladas en su contra.

ABSOLVIÓ al señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO de todas las pretensiones incoadas en su contra por COLUMBIA COAL COMPANY SA.

COSTAS a cargo de las demandadas COLUMBIA COAL COMPANY SA y COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBÓN – COOPMICAR, incluyendo como agencias en derecho la suma de $3.500.000 distribuidas a prorrata.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COOPMICAR**, a través de Curador Ad Litem) presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **INDEMNIZACIÓN DEL ART. 26 DE LA LEY 361 DE 1997:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la accionada de todas las pretensiones condenadas, teniendo en cuenta que si bien para el 30 de abril de 2014, fecha en que terminó la relación laboral con COOPMICAR, el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la luz del Art. 26 de la Ley 361 de 1997, también lo es que el actor contaba con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, pues ya había superado el tiempo de incapacidades previstos en el Sistema de Seguridad Social, igualmente, contaba con una pérdida de capacidad laboral de más del 50%, máxime si se tiene en cuenta que COOPMICAR cumplió con su obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensión.

   En ese orden de ideas, conforme el Dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de calificación, y la Nacional, se diagnosticó como una enfermedad de origen común, razón por la cual contaba con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez, por lo que se cuestiona porque el demandante no solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, siendo ésta una justa causa para dar por terminada la relación laboral.

2. **REPONSABILIDAD SOLIDARIA:** Solicita igualmente que se revoque la condena tendiente al pago solidario de la indemnización del artículo 26.

3. **COSTAS**: Finalmente, solicita se absuelva de la condena de costas en primera instancia.

La parte demandada (COLUMBIA COAL COMPANY) presentaron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **INTERMEDIACIÓN LABORAL:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que del acervo probatorio no permite concluir que existiera intermediación laboral, toda vez que de la documental que reposa en el expediente no se logra concluir que quien actuó como

empleador se COLUMBIA COAL COMPANY, sino que por el contrario, conforme la documental se logra extraer que el verdadero empleador es COOPMICAR, y si bien la decisión de intermediación está fundamentada en los testimonios, lo cierto es que los testimonios no refieren hechos concretos, incluso no laboran en el mismo lugar que el actor, y el tiempo en que coincidió el testigo con el demandante fue escaso.

Indica que la tacha si debió haber prosperado, teniendo en cuenta que los testigos afirmaron tener procesos laborales similares en contra de las mismas demandadas, esto es, que evidentemente se dedicaron a generar su testimonio con base en los hechos de las pretensiones de procesos similares, por lo que a todas luces pierde credibilidad todo testigo practicado dentro del presente asunto, por tener intereses especificos, sin perder de vista que los mismos testigos indicaron que no estuvieron, ni coincidieron en el tiempo de servicio del demandante.

Conforme lo anterior, solicita se valore la totalidad de la prueba, la cual demuestra que el verdadero y real empleador era COOPMICAR, sin que se haya demostrada una intermediación laboral.

2. **TERMINACIÓN DEL CONTRATO**: Indica que la única comunicación que reposa en el expediente, es una carta comercial y que tiene relación directa con el contrato comercial, comunicación que data de marzo de 2014, en la cual se indica que COLUMBIA COAL COMPANY suspendían servicios comerciales con COOPMICAR, sin que pueda entenderse que ésta situación fue una terminación de contrato de trabajo con el demandante, pues éste estaba vinculado directamente con COOPMICAR.

   Por otro lado, el mismo demandante confesó que desde 2007 no prestaba sus servicios, situación que es totalmente coherente con la documental allegada por el actor, esto es, respecto de la incapacidad que dijo tener, lo que coincide con las certificaciones expedidas por COLUMBIA COAL COMPANY en el que indica que el demandante de 2010 a 2015 nunca se presentó a trabajar, por lo que no puede declararse ninguna situación frente a COLUMBIA COAL COMPANY, toda vez que la empresa ni tuvo nada que ver con el demandante desde 2010, y mucho menos en 2014 cuando se le dio por terminado su contrato de trabajo.

3. **INDEMNIZACIÓN ART. 26 LEY 361 DE 1997:** Indica que si se tiene en cuenta que no hay una terminación del contrato, por parte de COLUMBIA COAL COMPANY, no es procedente el pago de una indemnización por

supuesta terminación sin permiso del Ministerio, pues COLUMBIA COAL COMPANY no era el empleador para el 2014, jurídicamente no tenía ninguna relación, ni civil ni comercial, ni laboral con el señor VALERIO FLORÍAN, como para pretender que, al emitir una comunicación de suspensión de servicios en un contrato de operación minera, tuviese que pedir permiso al Ministerio, pues COLUMBIA COAL COMPANY actuó siempre de buena fe, pues el demandante no era su trabajador, sino que actuó frente a COOPMICAR, con quien tenía una relación comercial.

4. **INEFICACIA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL**: Señala que la ordenar el pago de la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997 resulta contradictoria con la declaratoria de ineficacia de terminación de la relación laboral, en tanto que la terminación nunca ocurrió, por lo tanto, la indemnización no es procedente.

5. **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**: Indica que COLUMBIA COAL COMPANY verificó los 3 años anteriores a la supuesta terminación del contrato, concluyendo que el demandante no prestó ningún servicio para la empresa demandada, situación que debe ser valorada no solo con la documental obrante en el plenario, sino con la confesión del mismo demandante, pues reitera que no existe ninguna terminación por parte de la empresa, pues lo que existía entre COLUMBIA COAL COMPANY y COOPMICAR era una relación comercial en estricto sentido, conforme el contrato comercial aportado, y del cual no fue objeto de ninguna discusión y controversia, sino que por el contrario, se le dio plena credibilidad.
   Así pues, debe primar el principio de la prevalencia de la realidad sobre la formalidad, y en este asunto COLUMBIA COAL COMPANY no fue empleador materialmente, y en el evento en que se confirme la declaración de primera instancia, lo cierto es que del 2010 al 2014, no hubo ninguna prestación personal del servicio, no hubo ningún pago, ni subordinación, porque como el mismo demandante lo afirmó, no asistió a la empresa, por el contrario, lo que sí ocurrió, es que transcurrieron 3 o 4 años, sin que se presentara ninguna reclamación a la empresa.

6. **DEMANDA RECONVENCIÓN**: Solicita se estudien las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención, porque a su juicio deben prosperar.

7. **COSTAS**: Finalmente, manifiesta que en el evento en que se confirme la decisión, solicita que se modulen las costas impuestas en primera instancia, como quiera que la condena arroja un valor de $3.696.000, sin embargo, las costas y agencias en derecho fueron liquidadas por la suma de $3.500.000, teniéndose en cuenta el límite establecido en el Acuerdo, el cual sería máximo del 25%.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente ordenar el reintegro del señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho al pago de los salarios dejados de percibir, así como la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997. **3.** Si existe intermediación laboral. **4.** Responsabilidad solidaria. **5.** Si el actor está en la obligación de restituir a COLUMBIA COAL COMPANY SA las sumas correspondientes a salarios y prestaciones sociales recibidas indebidamente. **6.** Excepción de prescripción. **7.** Costas procesales.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Afirma la parte demandante que en los servicios que prestó a COLUMBIA COAL COMPANY SA, a través de la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON - COOPMICAR., su verdadero empleador fue aquella, en donde esta última tan sólo fue intermediaria y, por consiguiente, debe ser tratada como un verdadero trabajador de la sociedad COLUMBIA COAL COMPANY SA.

Por su parte, el Juzgado de instancia DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo entre el señor VALERIO FLORÍAN CASTIBLANCO con la compañía COLUMBIA COAL COMPANY SA, desde el 25 de mayo de 2005 hasta el 30 de abril de 2014, al considerar que la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR fungía como una simple intermediaria, en tanto que el verdadero empleador era COLUMBIA COAL COMPANY SA.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de COLUMBIA COAL COMPANY SA presentó recurso de apelación, teniendo en cuenta que del acervo probatorio no permite concluir que existiera intermediación laboral, toda vez que de la documental que reposa en el expediente no se logra concluir que quien actuó como empleador fuera COLUMBIA COAL COMPANY, sino que por el contrario, conforme la documental se logra extraer que el verdadero empleador del demandante es COOPMICAR, y si bien la decisión de intermediación está fundamentada en los testimonios, lo cierto es que los testimonios no refieren hechos concretos, incluso no laboran en el mismo lugar que el actor, y el tiempo en que coincidió el testigo con el demandante fue escaso. Indica que la tacha si debió haber prosperado, teniendo en cuenta que los testigos afirmaron tener procesos laborales similares en contra de las mismas demandadas, esto es, que evidentemente se dedicaron a generar su testimonio con base en los hechos de las pretensiones de procesos similares, por lo que a todas luces pierde credibilidad todo testigo practicado dentro del presente asunto, por tener intereses especificos, sin perder de vista que los mismos testigos indicaron que no estuvieron, ni coincidieron en el tiempo de servicio del demandante.

Así, el convenio de asociación encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081

de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Los artículos 9 y 10 del Decreto 0468 de 1990, establecen:

> *"Las cooperativas de trabajo asociado, de conformidad con la ley, regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo, de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados conforme se establezca".*
>
> *"El régimen de trabajo asociado de cada cooperativa deberá contener como mínimo: las condiciones o requisitos particulares para la vinculación al trabajo asociado; las jornadas de trabajo, honorarios, turnos y demás modalidades como se desarrollará el trabajo asociado; los días de descanso general convenidos y los que correspondan a cada trabajador asociado por haber laborado durante un período determinado; los permisos y demás formas de ausencias temporales al trabajo, autorizadas, y el trámite para solicitarlas o justificarlas; los derechos y deberes particulares relativos al desempeño del trabajo; las causales y clases de sanciones por actos de indisciplina relacionados con el trabajo, así como el procedimiento para su imposición y los órganos de administración a los funcionarios que están facultados para sancionar, las causales de exclusión como asociado relacionadas con las actividades de trabajo, respetando el procedimiento previsto en el estatuto para la adopción de estas determinaciones y todas aquellas otras estipulaciones que se consideren convenientes y necesarias para regular la actividad de trabajo asociado de la cooperativa";*

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado "Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general".

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales

enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, que a su tenor disponen:

> *"Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo".*
>
> *"Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes".*
>
> *Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.*

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada (sentencias del 06 de diciembre de 2006, Rad. 25713 y SL6441-2015):

> *"(...) no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral".*

No obstante lo anterior, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se puede observar que el demandante suscribió un contrato de trabajo, de manera directa, con COOPMICAR, como se lee a folio 41 y esta le efectuó los aportes al

Sistema de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos laborales, así mismo, conforme se observa a folios 154 a 208, COOPMICAR le canceló primas de servicios e intereses de cesantías al demandante, folios 209 a 416, lo que desvirtúa entonces que el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, efectivamente, tuviera la condición de trabajador asociado, en tanto que no se logró demostrar dentro del plenario no se observa que participara de capacitaciones de cooperativismo, o que incluso haya recibido dividendos en esa condición, razón por la cual no puede entenderse en el presente asunto que COOPMICAR efectivamente actuó como una Cooperativa de trabajo Asociado, sino que por el contrario, fungió como empleador al suscribir contrato de trabajo a término fijo con el demandante, conforme documental visible a folio 41 del plenario.

INTERMEDIACIÓN LABORAL:

Ahora bien, solicita el apoderado de COLUMBIA COAL COMPANY SAS, que se revoque la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que del acervo probatorio no se permite concluir que existiera intermediación laboral, en tanto que de la documental que reposa en el expediente no se logra concluir que quien actuó como empleador se COLUMBIA COAL COMPANY, sino que por el contrario, conforme la documental se logra extraer que el verdadero empleador es COOPMICAR, y si bien la decisión de intermediación está fundamentada en los testimonios, lo cierto es que los testimonios no refieren hechos concretos, incluso no laboran en el mismo lugar que el actor, y el tiempo en que coincidió el testigo con el demandante fue escaso.

Indica que la tacha si debió haber prosperado, teniendo en cuenta que los testigos afirmaron tener procesos labores similares en contra de las mismas demandadas, esto es, que evidentemente se dedicaron a generar su testimonio con base en los hechos de las pretensiones de procesos similares, por lo que a todas luces pierde credibilidad todo testigo practicado dentro del presente asunto, por tener intereses específicos, sin perder de vista que los mismos testigos indicaron que no estuvieron, ni coincidieron en el tiempo de servicio del demandante.

Conforme lo anterior, solicita se valore la totalidad de la prueba, la cual demuestra que el verdadero y real empleador era COOPMICAR, sin que se haya demostrada una intermediación laboral.

Así las cosas, el numeral 1° del artículo 35 del Código sustantivo del trabajo dispone:

"Son simples intermediarios las personas que contratan Servicios de otros para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un patrono que se considera como simples intermediarios aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas y otros elementos de un patrono para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo"

Por su parte, el numeral 3° ibidem establece:

"El que celebre contrato de trabajo, obrando como siempre intermediario, debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono, si no lo hiciere así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas"

Así pues, reposa contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año, suscrito entre COOPMICAR y el trabajador demandante a folio 41; vínculo que data desde el 25 de mayo de 2005.

Notificación al señor Valerio Florián Castiblanco el 25 de septiembre de 2007 de la calificación de la patología LUMBALGIA MECANICA CRONICA/ DISCOPATIA MULTIPLE L4 L5 Y L5 S1 / HERNIA DISCAL L5 S1 de origen profesional expedida por SALUDCOOP EPS (fls. 43 a 45).

A folio 47 reposa recomendaciones laborales emitidas por SALUDCOOP EPS con destino a COOPMICAR del 14 de enero de 2013.

Carta del 30 de abril de 2014 en la que COLUMBIA COAL COMPANY SA suspende el contrato del demandante VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, en atención a que COOPMICAR adeudaba dinero a COLUMBIA COAL COMPANY SA.

A folio 57 reposa constancia expedida por COOPMICAR del 14 de febrero de 2014, en la que hace constar que el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO se ha venido desempeñando en el cargo de Minero – oficios varios, con contrato de término indefinido.

Reporte de semanas cotizadas a folios 51 a 56, así mismo, planillas de pago de aportes al Sistema de Seguridad Social integral, en la que figura como aportante COOPMICAR (fls. 137 a 208), desprendibles de nómina visible a folios 209 a 415.

Por otro lado, reposa contrato de prestación de servicios celebrado entre COOPMICAR y COLUMBIA COAL COMPANY SA (fls. 596 a 601), en el que se indica que COLUMBIA COAL COMPANY SA es la dueña de las licencias de explotación de Carbón en los Municipios de Cundinamarca y que contrató a COOPMICARIR para esa explotación y operación de las minas, razón por la cual, ésta última se compromete a realizar todas las obras necesarias justamente para la extracción del carbón.

Aunado a lo anterior, se recibió el testimonio de los señores JOSE ANTONIO RIVERA MONTAÑO, MIGUEL ANTONIO RINCON CASTILLO y EDGAR ANTONIO LOPEZ MORENO.

Así pues, si bien los dos primeros testigos fueron tachados por sospechosos, situación que fue reiterativa en el recurso de apelación presentado por COLUMBIA COAL COMPANY, teniendo en cuenta que los testigos RIVERA MONTAÑO y RINCON CASTILLO afirmaron tener procesos laborales similares en contra de las mismas demandadas, esto evidencia que se dedicaron a generar su testimonio con base en los hechos de las pretensiones de procesos similares, por lo que a todas luces pierde credibilidad todo testigo practicado dentro del presente asunto, por tener intereses especificos, sin perder de vista que los mismos testigos indicaron que no estuvieron, ni coincidieron en el tiempo de servicio del demandante.

Previo a analizar lo manifestado por cada testigo, frente al cuestionamiento referente al valor probatorio que el apelante indica, alegando que el carácter probatorio de los mismos es inválido en razón a la tacha de sospecha por interés directo en las resultas del litigio, al tener la deponente la calidad de demandante contra las mismas entidades y por los mismos hechos y pretensiones, en proceso ordinario laboral que se adelanta ante otros Juzgados, le asiste razón a la juez de instancia al señalar que sus dichos resultan coherentes y coincidentes, además que, y son las personas idóneas para manifestar las condiciones de modo, tiempo y lugar de la relación laboral, y sobre todo, de las funciones desempeñadas por el demandante y bajo qué circunstancias le impartian órdenes, con lo que debe concluirse que lo realmente importante es determinar justamente las circunstancias que rodearon las actividades desempeñadas por el demandante al interior de las minas de carbón, prueba testimonial que no será analizada de manera autónoma e independiente, sino por el contrario, en conjunto con las demás pruebas arrimadas al plenario.

Aclarado lo anterior, el señor **JOSE ANTONIO RIVERA MONTAÑO**, indicó ser compañero de trabajo del demandante, indicó que se desempeñó de frentero para el año 2005, que para el año 2006 habia tenido un problema de visión y que, por ende, no habia vuelto a trabajar, sin embargo, en el tiempo que se desempeñó alli, evidenció que las órdenes eran dadas a los trabajadores, incluido el demandante, por parte de una ingeniera de la empresa COLUMBIA COAL COMPANY SA. Que COOPMICAR le prestaba los servicios tanto a la empresa CARBOCOQUE, como a COLUMBIA COAL COMPANY SA. Que el ingeniero Piragua, empleado de la empresa COLUMBIA COAL COMPANY era el jefe y por lo tanto quien mandaba en la mina donde trabajaba el demandante. Que tanto el deponente, como al demandante, quienes desempeñaban labores en la mina, les pagaban por unidad de producción.

Por su parte, el señor **MIGUEL ANTONIO RINCON CASTILLO** señaló que el demandante era piquero, que habia trabajado en la mina hasta el 2 de mayo de 2014, fecha en que se suspendió el contrato que estaba suscrito entre COOPMICAR y COLUMBIA COAL COMPANY SA. Que las empresas COLUMBIA COAL COMPANY SA y CI CARBOCOQUE SA fundaron la COOPERATIVA donde el deponente y el actor trabajaron. Mencionó al ingeniero Piragua, que laboraba en la empresa COLUMBIA COAL COMPANY SA, quien hacía cumplir un horario a los trabajadores de la COOPERATIVA, y la supervisión de las labores las desarrollaba los ingenieros que enviaban las empresas, que nunca recibieron orden alguna de algún trabajador de COOPMICAR. Que inicialmente los trabajadores de COOPMICAR, fueron pasando hasta 86 trabajadores a la empresa COLUMBIA COAL COMPANY SA, sin embargo, precisó que, para finales del año 2014, solo persistian 5 trabajadores de COOPMICAR, incluido el demandante, en razón a condiciones de salud que los aquejaban.

Finalmente, el señor **EDGAR ANTONIO LOPEZ MORENO**, indicó no conocer nada respecto de la vinculación del demandante, y que adicionalmente, no encontró documental al interior de la compañia COLUMBIA COAL COMPANY SA. Indicó que lo único que tuvo cercania con el demandante es que le notificó la pérdida de capacidad laboral que habia dictaminado POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS en el año 2018.

Asi las cosas, no se logra desvirtuar por parte de la demandada la manifestación que las labores del demandante consistente en mineria o piqueros, las cuales se realizaron en las minas de la compañia COLUMBIA COAL COMPANY SA, quien

ejercía subordinación y se encontraba encargada de dirigir o supervisar las labores de los trabajadores.

Al punto, se aclara que no existe ninguna prueba documental con la que se pueda derruir que la prestación del servicio desplegado por el demandante no hubiese sido a favor de COLUMBIA COAL COMPANY SA, en tanto que incluso ésta le presentó una carta del actor el 30 de abril de 2014, informando la suspensión del contrato que había suscrito previamente con COOPMICAR, prestación personal que no puede predicarse de la COOPERATIVA demandada, en tanto que no se acredito en el plenario que ésta diera órdenes al actor, tal y como lo indicaron los testigos, sino que por el contrario, era el ingeniero Piragua, empleado de la compañía COLUMBIA COAL COMPANY SA quien ejercía directamente subordinación sobre el demandante, controlando su horario de trabajo.

Aunado a lo anterior, tampoco se probó que si bien las labores del demandante no se cumplían en dependencias de COOPMICAR, no entregó nunca ésta los elementos de trabajo o que fueran de su propiedad para desempeñar las funciones del actor, sino que por el contrario, el señor RINCON CASTILLO refirió que de hecho la gran mayoría de los trabajadores de COOPMICAR terminaron siendo trabajadores directos de COLUMBIA COAL COMPANY SA y que solo aquellos trabajadores que tuvieron una situación especial de salud, como es el caso del demandante, mantuvieron su vinculación con COOPMICAR.

Lo anterior conlleva a concluir a esta Sala de decisión que efectivamente se configuró las condiciones establecidas en el artículo 35 del CST ya referidas, para tener a la compañía COLUMBIA COAL COMPANY SA como verdadero empleador de VALERIO FLORIAN CASTIBLANDO, y a COOPMICAR como simple intermediario.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:

El apoderado de COOPMICAR presentó recurso de apelación respecto de la responsabilidad solidaria declarada por parte del Juzgador de primera instancia, solicitando se revoque la condena tendiente al pago solidario de la indemnización del artículo 26.

Así pues, el artículo 34 del CST, señala:

"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."

Así pues, como quiera que se tuvo por demostrado, que a pesar de haber suscrito el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO contrato de trabajo directamente con COOPMICAR, el verdadero empleador del demandante obedeció a la sociedad COLUMBIA COAL COMPANY SA, razón por la cual habrá de declararse solidariamente responsable de todas las condenas a la COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBON – COOPMICAR.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión del *A-QUO* sobre tal punto de apelación.

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad COLUMBIA COAL COMPANY SA terminó el 30 de abril de 2014 de forma unilateral y con justa causa el contrato de trabajo, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud del actor.

Así pues, el Juzgado de instancia declaró que la terminación del contrato de trabajo del señor FLORIAN CASTIBLANCO es ineficaz, en consecuencia, condenó a COLUMBIA COAL COMPANY SA a reintegrar al demandante de manera definitiva a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando a la fecha de terminación del vínculo, cargo que debe estar acorde a sus condiciones de salud. Así mismo, si bien declaró probada parcialmente la excepción de pago, condenó a

COLUMBIA COAL COMPANY SA a reconocer y pagar a favor del señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO la suma de $3.696.000 por concepto de indemnización por despido en estado de debilidad manifiesta, suma que deberá ser indexada al momento del pago.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de COOPMICAR presentó recurso de apelación respecto de la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, argumentando que la misma no procede, por cuanto el actor tiene causada una pensión de invalidez.

Por su parte, el apoderado de COLUMBIA COAL COMPANY SA presentó recurso de apelación, señalando que la carta de suspensión del contrato que data de marzo de 2014 es de carácter comercial, en la que se indica que COLUMBIA COAL COMPANY SA suspendía servicios comerciales con COOPMICAR, sin que dicha situación pueda entenderse como una terminación del contrato de trabajo con el demandante, pues éste estaba vinculado directamente con COOPMICAR, máxime si se tiene en cuenta que el mismo demandante confesó que desde el año 2007 no prestaba sus servicios, situación que resulta ser totalmente coherente con la documental allegada por el actor, esto es, respecto de la incapacidad que afirmó tener, lo que igualmente coincide con las certificaciones expedidas con COLUMBIA COAL COMPANY SA, en el que indica que el actor de 2010 a 2015 nunca se presentó a trabajar, por lo que no puede declararse ninguna situación frente a COLUMBIA COAL COMPANY SA, pues el demandante no tuvo nada que ver con la empresa COLUMBIA COAL COMPANY SA desde 2010, y menos en 2014 cuando se le dio por terminado el contrato de trabajo por parte de COOPMICAR. En ese sentido, señala que al no haber una terminación del contrato por parte de COLUMBIA COAL COMPANY SA, no es procedente la condena por concepto de indemnización por la supuesta terminación sin permiso del Ministerio del Trabajo, pues reitera, COLUMBIA COAL COMPANY SA no era el empleador para el año 2014, afirma que jurídicamente no tenía jurídicamente relación civil ni comercial, ni mucho menos laboral con el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, como para pretender que al emitir una comunicación al interior de la relación comercial con COOPMICAR tuviese que pedir permiso al Ministerio del Trabajo, resaltando que COLUMBIA COAL COMPANY SA siempre actuó de buena fe, al no tener al demandante como su trabajador.

Finalmente, señala que resulta contradictorio ordenar el pago de la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997 con la declaratoria de ineficacia de

terminación de la relación laboral, en tanto que se entendería que la terminación nunca ocurrió, razón por la cual, la indemnización tampoco es procedente.

Así las cosas, la Sala se centrará en analizar las circunstancias que conllevaron al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa el **30 de abril de 2014**, aduciendo la suspensión del contrato comercial suscrito entre COOPMICAR y COLUMBIA COAL COMPANY SA.
Frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido suspendido el contrato comercial suscrito entre COOPMICAR y COLUMBIA COAL COMPANY SA, es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el

aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

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

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C–531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1**. Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%,** b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo". Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psiquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

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

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

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

De la prueba allegada al plenario, pertinente para resolver si el empleador conocía el estado de salud del trabajador, reposa comunicación expedida por la IPS SALUDCOOP – REGIONAL CUNDINAMARCA, del 22 de mayo de 2007 con destino al fondo de pensiones del actor, en el que informan el diagnóstico del señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO de: NEUMOCONIOSIS DEL MINERO DE CARBON, DISCOPATIA LUMBAR MULTIPLE L4/L5/S1 COMPRESIVA S1 DERECHA y LUMBAGO MECANICO, con un PCL mayor al 50% al momento del estudio, con fecha de estructuración 12 de diciembre de 2006, con incapacidad temporal prolongada superior a 180 dias, con un pronóstico reservado y limitación moderada, indican además que el demandante se encuentra en tratamiento por clinica del dolor y CXDE columna (fl. 42), con lo que se acredita que por lo menos desde el año 2007 el demandante venía padeciendo ciertas afectaciones en su salud.

No obstante, no puede extraerse de la anterior documental que el demandante ya se encontraba calificado en debida forma y establecida su pérdida de capacidad laboral, lo que debe entenderse que dicho documento no puede equipararse a un dictamen de pérdida de capacidad laboral en los términos que establece el Art. 6 del Decreto 2463 de 2001, en tanto que en dicho documento no se realizó un análisis integral de la situación del demandante, ni se aplicó el manual único de calificación de invalidez, tampoco contiene criterios técnicos de evaluación, ni establece de manera puntual donde surge un eventual porcentaje que supere el 50% de Pérdida de Capacidad Laboral.

Por otro lado, reposa a folio 43 comunicado al demandante notificándole la calificación de origen efectuada el 18 de septiembre de 2007, indicándole lo siguiente: *"La Entidad Promotora de Salud Saludcoop EPS, le notifica que la calificación efectuada por el Departamento Técnico de Salud Ocupacional, determinó que su patología LUMBAGIA MECÁNICA CRÓNICA – DISCOPATIA MULTIPLE L4 L5 Y L5 S1 / HERNIA DISCAL L5 S1 mes una enfermedad de origen profesional"*.

A folio **44** reposa comunicación del 1 de noviembre de 2007 del extinto Seguro Social dirigida a Saludcoop, suscrito por la señora Luisa Marina Uribe Restrepo, en calidad de Jefe del Departamento Aseguradora ATEP – Seccional Cundinamarca y DC, en la que le informan que el caso del demandante fue diagnosticado por el comité interdisciplinario de Cundinamarca de origen profesional, por la misma

patología. No obstante, indican también que se encuentra pendiente calificación de pérdida de capacidad laboral.

A folio 45 reposa notificación realizada por SALUDCOOP EPS en la que le informan al aquí demandante que la calificación efectuada por el Departamento Técnico de Salud Ocupacional el 7 de septiembre de 2009, determinó que su DX NEUMOCONIOSIS DEL MINERO DEL CARBON es una enfermedad de ORIGEN PROFESIONAL. A folio 46 concepto médico especializado para la determinación de la pérdida de capacidad laboral del 27 de julio de 2010 emitido por SALUDCOOP EPS.

A folio 47 reposa recomendaciones laborales efectuadas por SALUDCOOP EPS con destino a la empresa demandada COOPMICAR el 14 de enero de 2013, dentro de las cuales mencionó el diagnostico de ILICOANTRACOSIS SIMPLE, DISCOPATÍA LUMBAR MÚLTIPLE DE ORIGEN LABORAL, PEOPETARIDIO ARTRODESIS L4S1, ARTROSIS PRIMARIA DE RODILLAS BILATERAL DE ORIGEN COMÚN, se le recomendó evitar inhalación y exposición permanente de material particulado, humos, vapores durante actividad laboral, dotar protección respiratoria adecuada, se sugiere el uso de máscara con filtro en áreas con exposición a contaminantes, solicitar asesoría a la ARP para mejoramiento de condiciones de ventilación en el lugar de trabajo, evitar la exposición a cambios bruscos de temperatura, frío o humedad, evitar la manipulación de cargas superiores a 7,5 kg, evitar actividades con flexión frecuente de tronco asociada a cargas y/o posturas forzadas y continuar manejo médico por la EPS, se sugiere allí continuar con el proceso de rehabilitación y calificación de origen. A folios 48 y 49 reposa el análisis integral del puesto de trabajo que realizó POSITIVA SA.

A folios 79 a 86 reposa fallo de tutela proferido el 4 de julio de 2014 por el Juzgado 74 Penal Municipal con Función de Control de garantías, en el que tutela de manera transitoria los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, mínimo vital y el trabajo de VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, ordenando a COLUMBIA COAL COMPANY SA y a COOPMICAR que en un término no mayor a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, procedan a restablecer las condiciones en la que se encontraba el actor, antes de la terminación y/o suspensión del vínculo contractual, bien sea en el cargo que desempeñaba o en otro de igual o similares condiciones, en tanto la jurisdicción laboral dirime la controversia; decisión que fue confirmada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con función de conocimiento el día 6 de abril de 2015 (fls. 101 a 108 y 129).

A folio 131 reposa diagnóstico especializado expedido por DESA el 21 de marzo de 2007 en el que diagnosticas discopatia lumbar múltiple, con tendencia a la lumbarización de S1. A folios 133 reposa hoja de descripción quirúrgica por trastorno de disco lumbar y otros con raciculopatia.

A folios 209 a 415 reposan desprendibles de nómina, en los que se evidencia los pagos de múltiples incapacidades médicas que fueron otorgadas al demandante, a modo de ejemplo, de enero de 2007 en donde aparece de forma reiterada el pago de incapacidades médicas.

A folio 459 y 460 reposa dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá que data del 27 de abril de 2011, remitida por la ARL POSITIVA, en la que se determinó como diagnóstico motivo de calificación: NEUMOCONIOSIS DEBIDA A OTROS POLVOS QUE CONTINENE SILICE, dictaminando el origen COMÚN.

A folios 461 a 463 vuelto reposa dictamen de pérdida de capacidad laboral, expedido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez proferido el 23 de enero de 2013, por el diagnóstico motivo de calificación BRONQUITIS CRONICA NO ESPECIFICADA, en la que se confirma el origen común del diagnóstico.

No obstante lo anterior, la parte actora solicita en el *petitum* de la demanda se declare que goza de estabilidad laboral reforzada, el cual surgió en desarrollo del contrato de trabajo, y por lo tanto debe ser reintegrado el cargo que venía desarrollando, a uno igual o de similares condiciones.

En ese orden de ideas, desde ya debe advertirse que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el articulo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su articulo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones moderadas, así lo contempla su articulo 1 en que edifico sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimito el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001

y del cual deviene que durante la vigencia del contrato laboral padeció de diferentes dolencias, entre las cuales, la más recurrente consistía en una DISCOPATIA LUMBAR MULTIPLE L4/L5/S1 COMPRESIVA S1 DERECHA y LUMBAGO MECANICO, lo cierto es que si bien se mencionó en alguna oportunidad padecer NEUMOCONIOSIS DEL MINERO DE CARBON, en las pruebas documentales aportadas no todas coinciden en dicho diagnóstico, incluso, al revisar los dos dictámenes de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta regional de Calificación y la Junta Nacional de Calificación de invalidez, éstas únicamente realizan la valoración al demandante la primera de ellas por NEUMOCONIOSIS DEBIDA A OTROS POLVOS QUE CONTINENE SILICE, y la segunda por BRONQUITIS CRONICA NO ESPECIFICADA, en las que se logra coincidir únicamente que la patología por la cual fue diagnosticado el demandante obedeció por enfermedad pulmonar debido a la inhalación del polvo del carbón mineral, grafito o carbón artificial por un periodo prolongado, lo anterior con el fin de establecer si se encuentra dentro de alguno de estos parámetros de discapacidad o minusvalia y consecuencialmente determinar si es beneficiario o no del fuero laboral en condiciones de debilidad manifiesta que depreca en su escrito de demanda.

Ahora bien, al revisar la documental que sirven como fundamento para la determinar si el demandante goza o no de estabilidad laboral reforzada, milita diferentes desprendibles de nómina en los cuales efectivamente se observa el pago al demandante de varias incapacidades médicas otorgadas al señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, con los que se infiere que eventualmente tanto COOPMICAR, como COLUMBIA COAL COMPANY SA sabian del estado de salud del demandante, sin embargo, no se tiene certeza porque patologia especificamente fue incapacitado, aunado al hecho que para no obra desprendibles de nómina para el año 2014, especificamente para el 30 de abril de 2014 a efectos de verificar si el demandante se encontraba incapacitado, pues tampoco obra una certificación de incapacidades otorgadas al demandante con el fin de verificar las fechas en que estuvo incapacitado, y se reitera, si para el 30 de abril de 2014 el demandante estaba incapacitado.

Por otro lado, si bien dentro del plenario se acredita que el demandante fue diagnosticado por diferentes patologías, siendo suministrados tratamientos, incluso, de conformidad con la documental visible a folio 133 en donde se observa que incluso se le practicó una cirugia al demandante por trastorno de disco lumbar con radiculopatia, sin embargo dicha circunstancia por si sola, y como se acreditó en el expediente no activa a favor del demandante la garantia de estabilidad laboral

reforzada a su nombre, teniendo en cuenta en primer lugar que la parte actora no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En segundo lugar, el demandante tampoco acreditó estar incapacitada al momento en que finalizó la relación laboral a efectos de acreditar que gozaba de alguna protección especial de protección, en tanto que su última incapacidad cancelada por nómina data de agosto de 2012 (fl. 384), en tanto que los documentos posteriores acreditan del pago del sueldo al demandante, eso si, hasta diciembre de 2013, con posterioridad no se tiene documento alguno que acredite si estuvo incapacitado el actor.

Adicionalmente, tampoco se acreditó dentro del plenario que tuviera algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, igual al 15% o superior, límites antes enunciados a efectos de que fuera sujeto especial de protección.

En este punto de decisión, si bien se aportan dos dictámenes de pérdida de capacidad laboral, proferidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, lo cierto es que en estas tan solo se dictamina el origen de la patologia NEUMOCONIOSIS DEBIDA A OTROS POLVOS QUE CONTINENE SILICE, y BRONQUITIS CRONICA NO ESPECIFICADA, sin que determine la fecha de estructuración, asi como tampoco el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que padece el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO.

En ese orden de ideas, si bien con la documental aportada la parte demandante pretendía demostrar una situación de estabilidad manifiesta, lo cierto es que para que se active a su favor la garantía de estabilidad laboral reforzada, debió estar incapacitado, o haber demostrado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que padece al momento de la finalización del vínculo laboral, sin que se acreditada nada al respecto.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador de ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la historia clínica del actor, padecimiento por diferentes patologías que afectan su estado de salud, lo cierto es que a la fecha en que feneció el vínculo laboral, no se encontraba incapacitado,

requisito primordial para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor, ni dictaminado con un porcentaje que active a su favor la estabilidad laboral reforzada.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere la indiscutiblemente el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador a efectos que opere la estabilidad mencionada, situaciones que no fueron acreditadas dentro del plenario.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por el demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

En el caso bajo examen, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del trabajador, lo cierto es que el no conocimiento por parte del empleador o incluso la inexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes no se dio ni siquiera en el curso del litigio, así como tampoco encontrarse incapacitado el día del despido, pues como se indicó anteriormente, la última incapacidad que le fue otorgada al demandante data de agosto de 2012 (fl. 384), sin que se haya podido acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación de la parte demandante.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar que

las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitian una integración satisfactoria con el entorno (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que pudo padecer el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO afectación de salud, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y que fuera necesaria la autorización previa del Ministerio del Trabajo, sino que por el contrario, y de conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, el vinculo laboral se dio por finalizado haciendo uso de la condición resolutoria del contrato de trabajo a término indefinido del que gozan las partes, conforme lo establece la normatividad laboral antes mencionada.

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procederia el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, siendo improcedente acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, sin que sea posible declarar que el señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, así como las demás pretensiones incoadas en la demanda, por depender de la principal.

Frente al tema, vale la pena traer a colación lo adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL572 de 2021 en la que adoctrinó:

> *"El precepto citado consagra la ineficacia del despido de quien estando en situación de discapacidad es desvinculado laboralmente sin autorización de la oficina del trabajo. Así, el sentenciador de segundo grado al establecer que el demandante para la época del despido no contaba con ninguna restricción médica para el desempeño de sus labores, ni se encontraba incapacitado, determinó que no se hallaba en situación de debilidad manifiesta, sin que tal determinación implicara un entendimiento equivocado de la norma.*
>
> *Por consiguiente, en lo que al ámbito jurídico concierne, no incurrió el Tribunal en yerro alguno. "*

Bastan las anteriores consideraciones para **REVOCAR** los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a COLUMBIA COAL COMPANY SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por parte del señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, en lo relacionado a la estabilidad laboral reforzada establecida por el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Dadas las resultas del proceso, se releva la Sala de estudiar las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención, así como la excepción de prescripción, motivos de inconformidad expresa presentada por el apoderado de COLUMBIA COAL COMPANY SA.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado de primer grado condenó en costas a las demandadas COLUMBIA COAL COMPANY SA y COOPERATIVA DE OPERADORES MINEROS DEL CARBÓN – COOPMICAR, incluyendo como agencias en derecho la suma de $3.500.000 distribuidas a prorrata.

El apoderado de COOPMICAR solicita se revoque la condena impuesta por concepto de costas procesales. Por su parte, el apoderado de COLUMBIA COAL COMPANY SA solicita que en el evento en que se confirme la decisión, solicita que se modulen las costas impuestas en primera instancia, como quiera que la condena arroja un valor de $3.696.000, sin embargo, las costas y agencias en derecho fueron liquidadas por la suma de $3.500.000, teniéndose en cuenta el límite establecido en el Acuerdo, el cual sería máximo del 25%.

Así pues, dadas las resultas del proceso, la Sala se releva de estudiar los argumentos expuestos por COLUMBIA COAL COMPANY SA, sin embargo, como quiera que se confirmó la responsabilidad solidaria de COOPMICAR SA ante una eventual condena en contra de COLUMBIA COAL COMPANY SA, se procederá el estudio de su recurso de apelación.

No obstante, lo anterior, la sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto, se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** los numerales SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO de la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a COLUMBIA COAL COMPANY SA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por parte del señor VALERIO FLORIAN CASTIBLANCO, en lo relacionado a la estabilidad laboral reforzada establecida por el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo restante la decisión primera instancia.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante a favor de COLUMBIA COAL COMPANY SA.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620150060401)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310503620150060401)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620150060401)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 038-2019-00848-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de Dos Mil Veintidós (2022)

DEMANDANTE: **MANUEL GUILLERMO CLAVIJO GARCÍA**
DEMANDADOS: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE//CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante y demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señora MANUEL GUILLERMO CLAVIJO GARCÍA, instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (archivo 1 del expediente digital):

CONDENAS:

1) **CONDENAR** al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, correspondiente a 547.71 semanas cotizadas.
2) **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios, a la tasa máxima legal permitida.
3) Costas procesales.

COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda, tal como se evidencia del auto proferido el 03 de marzo de 2020, por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá (Folio 62-67, archivo 1 del expediente digital). Oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 25 de junio de 2021, **DECLARÓ** que el demandante MANUEL GUILLERMO CLAVIJO GARCIA, le asistía el derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, le reconociera y pagara la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en los términos del artículo 37 de la ley 100 de 1993, por las cotizaciones verificadas en el lapso comprendido del 01 de febrero de 1998 y el 29 de diciembre de 2019. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a pagarle al demandante la suma de $21.473.517, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada. **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y condenó en costas a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACION

Parte demandante interpuso recurso de apelación, en lo referente a los intereses moratorios, señalando: "*Voy a interponer recurso de apelación de manera parcial solamente en lo que tiene que ver en el tema de los intereses, toda vez que como quedo en la parte motiva de la sentencia de marras, ya está la jurisprudencia sentada y es pacifica el reconocimiento de esta indemnización sustitutiva y más aun de la compatibilidad de la prestación pensión sanción con la indemnización sustitutiva, entonces en ese punto señor juez, si solicito al despacho que primero pues se me conceda el recurso de apelación y al Tribunal de Bogotá-Sala Laboral que se revise y que se tenga en cuenta básicamente la jurisprudencia que pues ha*

sido pacifica de tiempos, y tener en cuenta que desde el año 2018, mi poderdante hizo la solicitud y le fue negada en tres oportunidades, entonces con todo lo demás estoy de acuerdo, pero el tema puntual de mi apelación, con el tema que no se concedieron los intereses"

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y si la misma resulta compatible con aquella pensión sanción que percibe el actor por parte del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Previo resolver el asunto, debe indicarse que en el presente asunto no existe discusión que el demandante realizó cotizaciones al RPM, por intermedio de los empleadores THE ELITE FLOWER LTD, HOS ASESORES Y CIA, COOP VIGILANTES STAR, COOPERATIVA DE VIGILANCIA, UNION TEMPORAL SOS, HELAM SEGURIDAD, entre otras, reuniendo un total de 552 semanas entre el 01 de febrero de 1998 y el 31 de diciembre de 2019 (expediente administrativo). Que la FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, le reconoció a través del Acto Administrativo n.°0936 del 29 de junio de 2017, una pensión sanción, al señor MANUEL GUILLERMO CLAVIJO GARCÍA, en cuantía de $984.677,57, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2016 (folio 22-25, archivo 1 expediente digital).

Luego, entiende esta Sala de decisión que lo pretendido por el actor es que se proceda a pagar la indemnización sustitutiva por parte de COLPENSIONES, teniendo en cuenta para ello los aportes realizados al sistema, a través de instituciones del sector privado.

DE LA INDEMNIZACIÒN SUSTITUTIVA.

La prestación solicitada, está definida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 reglamentado por el Decreto 1730 de 2001, modificado por el Decreto 4640 de 2005 prerrogativa que se encuentra dirigida aquellos afiliados que no cumplen el requisito de cotización o tiempo de servicio y por lo tanto no le es posible acceder a una pensión de vejez, jubilación o invalidez, siempre que acrediten los siguientes presupuestos:

i. Que se traten de afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
ii. Que hayan cumplido la edad establecida para acceder a la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que para el caso de los hombres es de 62 años.
iii. Que no reúnan la densidad de semanas mínima requeridas para acceder a la pensión de vejez, y finalmente,
iv. Que declaren su imposibilidad de seguir cotizando.

Así las cosas, atendiendo los supuestos enunciados, se encuentra probado en el asunto de marras que, el demandante nació el 1 de septiembre de 1956, según se desprende de la copia del documento de identidad visible en el expediente administrativo, cumpliendo la edad de 62 años, el mismo día y mes de 2018, por lo que se acredita el requisito de la edad atrás referida.

Por otra parte, de acuerdo con la historia laboral aportada por COLPENSIONES, dentro del expediente administrativo, se observa que el actor cuenta con 552 semanas cotizadas en toda su vida laboral, número que no resulta suficiente para alcanzar las 1300, que exige la Ley 797 de 2003, a partir del año 2015.

Ahora, pese a que no se cuenta con prueba dentro del expediente que demuestre que el afiliado hubiese manifestado su imposibilidad de seguir cotizando al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de la resolución SUB 247783 del 19 de septiembre de 2018, se desprende que el actor solicitó el 03 de septiembre de 2018, ante la entidad de seguridad social demandada la indemnización sustitutiva, requerimiento que habrá de entenderse como la declaración de no poder seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensión (expediente administrativo).

Los supuestos fácticos enunciados, permiten concluir que el demandante cumplió con los requisitos estipulados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, para tener derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida.

Ahora, sustenta la pasiva la negativa en el reconocimiento de la prestación tanto en el trámite administrativo y como argumento de defensa dentro de la acción ordinaria, que la citada prestación resulta incompatible con la pensión sanción que reconoce el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Luego, a efectos de analizar la compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión sanción reconocida por el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, basta traer a colación lo indicado por la Sala de Casación en sentencia STL1198 de 2019:

> *"Ahora, en cuanto a que la pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se reitera que la primera es independiente a la que deba reconocer Colpensiones y, por tanto, son a cargo exclusivo del empleador.*
>
> *Así, en la sentencia CSJ SL, 6 de Sep. de 2011, rad. 45545, en la se rememoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 26 de Sep. de 2007, rad. 30766, entre otras, esta Corporación explicó que:*
>
> *(...) las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 año de servicio que corresponde a la - pensión sanción -, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicio que atañe a la llamada - pensión por retiro voluntario -, sin que interesa cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador. Además que para el asunto a juzgar, cuando se desvinculó el demandante en el año de 1980 y se causó la pensión por retiro voluntario, continuaba en pleno vigor la mencionada pensión especial o proporcional de jubilación en cualquiera de sus dos modalidades.*
>
> *Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733, respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador (...)*

De lo dicho por la Corte concluye esta Sala de decisión, que la prestación que aquí se reclama resulta compatible con la pensión sanción que viene reconociendo el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, razón por la cual le asiste al demandante al reconocimiento de la mentada indemnización sustitutiva.

Así las cosas, establecido lo anterior, se procede a realizar las operaciones aritméticas a fin de determinar el valor de la prestación, teniendo en cuenta para ello el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, indica que se liquida con base en la formula SBC x SC x PPC, que corresponde a salario base de cotización promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, obteniéndose un total de $16.833.611, para el 1 de diciembre de 2019, fecha en que cesaron las cotizaciones y cumplió con la totalidad de requisitos para la causación del derecho en comento, a cuyo suma se condenará a COLPENSIONES en favor del demandante, de manera indexada.

Ahora en cuento al pago de los intereses moratorios, solicitados por el accionante, cabe mencionar, que el fundamento jurídico lo fue el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, norma que establece este rubro, pero solo en el caso de la tardanza en el pago de las mesadas pensionales, mas no en lo referente a la indemnización sustitutiva, por lo que no hay lugar a emitir condena alguna.

A lo que se agrega, que el Juez de Primera instancia, condeno a la entidad de seguridad social a pagar de manera indexada la indemnización sustitutiva, por lo que no es posible el pago de los intereses moratorios, en la medida que son figuras que resultan incompatibles, pues estos últimos involucran, en su contenido, un ingrediente revaluatorio.

Así lo ha dejado sentado la Sala de Casación sentencia con radicado n.° 46984 de 2019, al precisar:

> *"Al efecto, es conveniente recordar, que si bien es cierto se trata de dos conceptos diferentes, ya que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, corresponden a una sanción por mora, es decir, por el pago tardío de la prestación que se ha debido cancelar oportunamente en los términos legalmente dispuestos, en cambio la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional. Sin embargo, también lo es, que tales intereses moratorios se pagan a «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago», lo que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indexación, que alcanza para cubrir perfectamente la devaluación de la moneda, esto es, que el valor adeudado se «actualice» y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago. De ahí que se entienda, en términos Radicación n°*

46984 16 de justicia y equidad, que aplicado el interés moratorio este comprende el valor por indexación"

Por último, cabe resaltar que la indemnización estudiada no se vio afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, en la medida que la Sala de Casación Laboral, en la Sentencia SL5544-2019 del 11 de diciembre de 2019, que, al ser una prestación derivada del derecho a la seguridad social, con carácter pensional, puede ser reclamado en cualquier tiempo, en tanto que atiende a ser imprescriptible.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para modificar la sentencia emitida por el Juzgado 38°Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de que la cuantía de la indemnización sustitutiva asciende a la suma de $16.833.611

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de junio de 2021, en el entendido que COLPENSIONES deberá pagar al demandante MANUEL GUILLERMO CLAVIJO GARCÍA, la suma de $16.833.611, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310503820190084801)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad.11001310503820190084801)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310503820190084801)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA
RADICADO: 11001310503820198480l
DEMANDANTE :
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2020, aplicando el 12,736% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	*Colpensiones*	*x*
	Otros	

Promedio Salarial Anual

Año 1998

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/98	28/02/98	13	88.000	6.769,23	88.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	204.000	6.800,00	204.000,00		
01/04/98	30/04/98	5	34.000	6.800,00	34.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	204.000	6.800,00	204.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	408.000	13.600,00	408.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	203.825	6.794,17	203.825,00		
01/08/98	31/08/98	30	204.000	6.800,00	204.000,00		
01/09/98	30/09/98	22	204.000	9.272,73	204.000,00		
Total días		190			$ 1.549.825	$ 8.156,97	**$ 244.709,21**

Año 2005

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/05	28/02/05	30	517.000	17.233,33	517.000,00		
01/03/05	31/03/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/04/05	30/04/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/05/05	31/05/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/06/05	30/06/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/07/05	31/07/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/08/05	31/08/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/09/05	30/09/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/10/05	31/10/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/11/05	30/11/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
01/12/05	31/12/05	30	515.000	17.166,67	515.000,00		
Total días		330			$ 5.667.000	$ 17.172,73	**$ 515.181,82**

Año 2006

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/06	31/01/06	15	276.000	18.400,00	276.000,00		
01/10/06	31/10/06	21	372.000	17.714,29	372.000,00		
01/11/06	30/11/06	30	551.000	18.366,67	551.000,00		
01/12/06	31/12/06	30	556.000	18.533,33	556.000,00		
Total días		96			$ 1.755.000	$ 18.281,25	**$ 548.437,50**

Año 2007

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	577.000	19.233,33	577.000,00		
01/02/07	28/02/07	28	539.000	19.250,00	577.500,00		
01/05/07	31/05/07	30	556.000	18.533,33	556.000,00		
01/07/07	31/07/07	30	539.000	17.966,67	539.000,00		
01/08/07	31/08/07	30	539.000	17.966,67	539.000,00		
01/09/07	30/09/07	30	539.000	17.966,67	539.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	539.000	17.966,67	539.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	539.000	17.966,67	539.000,00		
01/12/07	31/12/07	30	577.000	19.233,33	577.000,00		
Total días		268			$ 4.982.500	$ 18.591,42	**$ 557.742,54**

Año 2008

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	566.000	18.866,67	566.000,00		
01/02/08	29/02/08	30	563.000	18.766,67	563.000,00		
01/03/08	31/03/08	30	566.000	18.866,67	566.000,00		
01/04/08	30/04/08	30	566.000	18.866,67	566.000,00		
01/05/08	31/05/08	30	566.000	18.866,67	566.000,00		
01/06/08	30/06/08	27	510.000	18.888,89	510.000,00		
01/09/08	30/09/08	6	92.300	15.383,33	92.300,00		
01/10/08	31/10/08	24	453.000	18.875,00	453.000,00		
01/11/08	30/11/08	30	604.000	20.133,33	604.000,00		
01/12/08	31/12/08	30	566.000	18.866,67	566.000,00		
Total días		267			$ 5.052.300	$ 18.922,47	$ 567.674,16
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	602.000	20.066,67	602.000,00		
01/02/09	28/02/09	30	602.000	20.066,67	602.000,00		
01/03/09	31/03/09	29	602.000	20.758,62	539.724,14		
01/04/09	30/04/09	26	584.385	22.476,33	674.289,94		
01/05/09	31/05/09	1	22.000	22.000,00	-		
Total días		116			$ 2.418.014	$ 20.844,95	$ 625.348,47
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	12	206.000	17.166,67	206.000,00		
01/12/10	31/12/10	7	174.429	24.918,37	174.428,57		
Total días		19			$ 380.429	$ 20.022,56	$ 600.676,69
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	1.009.000	33.633,33	1.009.000,00		
01/02/11	28/02/11	30	1.009.000	33.633,33	1.009.000,00		
01/03/11	31/03/11	6	196.120	32.686,67	196.120,00		
01/04/11	30/04/11	24	588.000	24.500,00	588.000,00		
01/05/11	31/05/11	30	536.000	17.866,67	536.000,00		
01/06/11	30/06/11	30	616.000	20.533,33	616.000,00		
01/07/11	31/07/11	30	768.000	25.600,00	768.000,00		
01/08/11	31/08/11	30	643.000	21.433,33	643.000,00		
01/09/11	30/09/11	30	643.000	21.433,33	643.000,00		
01/10/11	31/10/11	30	768.000	25.600,00	768.000,00		
01/11/11	30/11/11	30	536.000	17.866,67	536.000,00		
01/12/11	31/12/11	30	768.000	25.600,00	768.000,00		
Total días		330			$ 8.080.120	$ 24.485,21	$ 734.556,36
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/02/12	29/02/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/03/12	31/03/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/04/12	30/04/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/05/12	31/05/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/06/12	30/06/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/07/12	31/07/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/08/12	31/08/12	30	567.000	18.900,00	567.000,00		
01/09/12	30/09/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
01/10/12	31/10/12	30	650.000	21.666,67	650.000,00		
01/11/12	30/11/12	30	567.000	18.900,00	567.000,00		
01/12/12	31/12/12	30	813.000	27.100,00	813.000,00		
Total días		360			$ 9.101.000	$ 25.280,56	$ 758.416,67
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual

01/01/13	31/01/13	30	845.000	28.166,67	845.000,00		
01/02/13	28/02/13	30	845.000	28.166,67	845.000,00		
01/03/13	31/03/13	30	845.000	28.166,67	845.000,00		
01/04/13	30/04/13	30	845.000	28.166,67	845.000,00		
01/05/13	31/05/13	30	845.000	28.166,67	845.000,00		
01/06/13	30/06/13	30	845.000	28.166,67	845.000,00		
01/07/13	31/07/13	27	728.556	26.983,54	809.506,17		
01/08/13	31/08/13	30	784.000	26.133,33	784.000,00		
01/09/13	30/09/13	30	784.000	26.133,33	784.000,00		
01/10/13	31/10/13	30	771.000	25.700,00	771.000,00		
01/11/13	30/11/13	30	784.000	26.133,33	784.000,00		
01/12/13	31/12/13	30	784.000	26.133,33	784.000,00		
Total días		357			$ 9.786.506	$ 27.413,18	$ 822.395,48

Año 2014

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/02/14	28/02/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/03/14	31/03/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/04/14	30/04/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/05/14	31/05/14	29	818.000	28.206,90	818.000,00		
01/06/14	30/06/14	29	818.000	28.206,90	818.000,00		
01/07/14	31/07/14	29	818.000	28.206,90	818.000,00		
01/08/14	31/08/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/09/14	30/09/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/10/14	31/10/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/11/14	30/11/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
01/12/14	31/12/14	30	818.000	27.266,67	818.000,00		
Total días		357			$ 9.816.000	$ 27.495,80	$ 824.873,95

Año 2015

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	22	716.273	32.557,85	976.735,54		
01/02/15	28/02/15	30	868.000	28.933,33	868.000,00		
01/03/15	31/03/15	30	868.000	28.933,33	868.000,00		
01/04/15	30/04/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/05/15	31/05/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/06/15	30/06/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/07/15	31/07/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/08/15	31/08/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/09/15	30/09/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/10/15	31/10/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/11/15	30/11/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
01/12/15	31/12/15	30	857.000	28.566,67	857.000,00		
Total días		352			$ 10.425.736	$ 29.618,57	$ 888.557,01

Año 2016

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/02/16	29/02/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/03/16	31/03/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/04/16	30/04/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/05/16	31/05/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/06/16	30/06/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/07/16	31/07/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/08/16	31/08/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/09/16	30/09/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/10/16	31/10/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/11/16	30/11/16	30	922.000	30.733,33	922.000,00		
01/12/16	31/12/16	20	766.500	38.325,00	766.500,00		
Total días		350			$ 10.908.500	$ 31.167,14	$ 935.014,29

Año 2017

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	974.000	32.466,67	974.000,00		

01/02/17	28/02/17	30	974.000	32.466,67	974.000,00		
01/03/17	31/03/17	30	973.816	32.460,53	973.816,00		
01/04/17	30/04/17	30	973.816	32.460,53	973.816,00		
01/05/17	31/05/17	30	973.816	32.460,53	973.816,00		
01/06/17	30/06/17	30	973.816	32.460,53	973.816,00		
01/07/17	31/07/17	30	973.816	32.460,53	973.816,00		
01/08/17	31/08/17	30	983.816	32.793,87	983.816,00		
01/09/17	30/09/17	30	983.816	32.793,87	983.816,00		
01/10/17	31/10/17	30	983.816	32.793,87	983.816,00		
01/11/17	30/11/17	30	983.816	32.793,87	983.816,00		
01/12/17	31/12/17	30	983.816	32.793,87	983.816,00		
Total dias		360			$ 11.735.160	$ 32.600,44	$ 978.013,33

Año 2018

Fecha Inicial	Fecha Final	Número dias	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/18	31/01/18	30	1.041.861	34.728,70	1.041.861,00		
01/02/18	28/02/18	30	1.041.861	34.728,70	1.041.861,00		
01/03/18	31/03/18	30	1.041.861	34.728,70	1.041.861,00		
01/04/18	30/04/18	10	347.287	34.728,70	347.287,00		
01/11/18	30/11/18	21	749.650	35.697,62	749.650,00		
Total dias		121			$ 4.222.520	$ 34.896,86	$ 1.046.905,79

Cálculo Toda La Vida Laboral

AÑO	Nº. Dias	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1998	190	31,210	103,540	3,318	$ 244.709,21	$ 811.829,00	$ 5.141.584,00
2005	330	55,990	103,540	1,849	$ 515.181,82	$ 952.705,00	$ 10.479.755,00
2006	96	58,700	103,540	1,764	$ 548.437,50	$ 967.380,00	$ 3.095.616,00
2007	268	61,330	103,540	1,688	$ 557.742,54	$ 941.605,00	$ 8.411.671,00
2008	267	64,820	103,540	1,597	$ 567.674,16	$ 906.772,00	$ 8.070.271,00
2009	116	69,800	103,540	1,483	$ 625.348,47	$ 927.630,00	$ 3.586.836,00
2010	19	71,200	103,540	1,454	$ 600.676,69	$ 873.512,00	$ 553.224,00
2011	330	73,450	103,540	1,410	$ 734.556,36	$ 1.035.479,00	$ 11.390.269,00
2012	360	76,190	103,540	1,359	$ 758.416,67	$ 1.030.566,00	$ 12.367.992,00
2013	357	78,050	103,540	1,327	$ 822.395,48	$ 1.090.978,00	$ 12.982.638,00
2014	357	79,560	103,540	1,301	$ 824.873,95	$ 1.073.497,00	$ 12.774.614,00
2015	352	82,470	103,540	1,255	$ 888.557,01	$ 1.115.572,00	$ 13.089.378,00
2016	350	88,050	103,540	1,176	$ 935.014,29	$ 1.099.505,00	$ 12.827.558,00
2017	360	93,110	103,540	1,112	$ 978.013,33	$ 1.087.568,00	$ 13.050.816,00
2018	121	96,920	103,540	1,068	$ 1.046.905,79	$ 1.118.413,00	$ 4.510.932,00
Total dias	**3873**				**Total devengado actualizado a**	**2019**	**$ 132.333.154,0**
Semanas Cotizadas S.C.	552,00				Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.		$ 239.176,89
					Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.		12,721%
					VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a	**2019**	**$ 16.833.611,00**

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	$ 16.833.611
Total	**$ 16.833.611**

Fuente	Tabla del IPC - DANE .
Observaciones	

Fecha liquidación: martes, 1 de marzo de 2022 Recibe: _____