TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de 2023

PROCESO ORDINARIO LABORAL de primera instancia de HARLINZON DONALDO ADAN RODRIGUEZ contra JEGRO GROP IN S.A.S No. 110013105-038-2021-00005-01

Se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de la accionante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de mayo de 2022, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS[1], modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Harlinzon Donaldo Adan Rodríguez instauró demanda ordinaria laboral, contra Jegro Group In S.A.S, con el fin de que se declare la existencia de un contrato a término indefinido desde enero de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2012, y de octubre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2017; en consecuencia, se condene a la accionada a pagar cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria que trata el artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo (CST), indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó inicio un contrato de trabajo a término indefinido con la accionada en el periodo comprendido entre enero de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2012, y de octubre de 2013 hasta el 22 de febrero de 2017, la labor fue desempeñada de forma continua, directa y personal, el último lugar donde presto el servicio fue en Yopal, desempeñándose como instalador de césped sintético, devengado un salario $750.000; indicó que siempre estuvo bajo la supervisión y subordinación del representante legal y dueños de Jegro Group In S.A.S., que la terminación de la relación laboral fue unilateral y con justa casusa, por el incumplimiento del pago de salarios pactado entre las partes. Sostuvo que no fue afiliado a ningún fondo de cesantías, se le adeudan las primas y vacaciones. (Exp. Digital. 01DemandaOrdinario Pdf)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

[1] PD 6/6/2022

El apoderado judicial de Jegro Group In S.A.S; contestó el escrito genitor, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentó que nunca ha existido relación laboral con el accionante, indicó que la sociedad se constituyó el 18 de junio de 2016 mediante el No. 02117099 del libro IX del 28 de junio de 2016, tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, siendo imposible que hubiese existido un vínculo laboral entre las partes. Formuló como excepciones de fondo: Inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, y prescripción. (Exp. Digital. 04ConestaciónDemandaPdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de mayo de 2022, resolvió:

> “PRIMERO: ABSOLVER a la demandada sociedad Jegro Group IN S.A.S de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda Harlinzon Donaldo Adan Rodríguez. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.
>
> SEGUNDO: EXCEPCIONES dadas las resultadas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas, al margen de lo anotado en relación con la eventual propuestas (sic), al margen de lo anotado en relación con la eventual prosperidad ante una hipotética acreditación de una relación laboral de la excepción de prescripción.
>
> TERCERO: COSTAS lo serán a cargo del demandante, en firme la presente providencia, por secretaría, practicarse la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000 en favor de la demandada.
>
> CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, Consúltese con el superior”.

El *a quo* arribó a tal conclusión, señalando que al haberse constituido la accionada en la forma que da cuenta el certificado de existencia y representación legal para al menos el año 2016 es evidente no puede deducirse la existencia de un vínculo contractual laboral con el accionante, entre el 01/01/2011 al 16/11/2012 y del 10/2013 al menos hasta antes de la fecha de constitución de la sociedad en el mes de junio 2016, empero igualmente no se acreditó ningún vínculo contractual laboral entre las partes en la forma planteada en el libelo introductorio, indicó que en este escenario la única manera de deducir la existencia de un vínculo con la sociedad demandada previo al 2016 seria que se hubiera acreditado en el informativo la configuración de un contrato de trabajo con un tercero y una eventual sustitución patronal, circunstancia que no surge del acervo probatorio.

## II. CONSIDERACIONES

No encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, para lo cual se analizarán las pruebas en conjunto y se determinará si efectivamente se configuraron en los elementos esenciales del mismo.

En caso de llegar a configurarse un verdadero contrato de trabajo, habrá de determinarse igualmente si la aquí demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las pretensiones incoadas en contra de la pasiva, así como a las indemnizaciones respectivas.

Para lo pertinente, es menester precisar que el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como aquel 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. A su vez, el artículo 23 ibidem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del CST estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuarla. Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha indicado en sentencia SL15507-2015, en sede de instancia, que:

> “Esta corporación ha enseñado que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica, se presume el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral, correspondiéndole, en consecuencia, al empleador la carga de desvirtuar la subordinación o dependencia.
>
> Igualmente ha indicado que dicha presunción puede ser desvirtuada, en la medida que las pruebas allegadas al proceso demuestren que la relación que hubo entre las partes en litigio no fue de carácter laboral por no haber existido subordinación.”

Así las cosas, advierte esta Corporación por la valoración de las pruebas analizadas en conjunto, no se logra advertir que entre las partes se haya configurado un contrato de trabajo regulado por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

Con la demandada solo se allegó extractos de cuenta bancaria del actor, emitida por AV Villas, y relación de giros de Efecty, (fls 16 a 29), no se observa registro bancario por abono de nómina, ni transferencia que proviene de la accionada, por consiguiente, tal documental no es una prueba que el convocante prestó sus servicios a favor de la accionada Jegro Group IN S.A.S.

Se decretó y practicó el testimonio del señor Jesús Eduardo Barahona Morales, quien manifestó que ha trabajado con Carlos Andrés y Harlizon Adán, haciendo canchas, colocan el tapete, regaban y se distribuía la arena, el caucho, delinearlas, esas eran las actividades que desarrollaban, que conoció al actor hacia el 2011, afirmó que quien les pagaba era el señor Eduardo Garzón, por Supergiros hacían los abonos. Agregó que en el 2016 fue la última ocasión que trabajó con el actor, sostuvo que no tiene conocimiento si el demandante estaba afiliado a salud ni ARL ni el tipo de contrato que tenía. Resaltó que en las obras que trabajó era para entregarlas a la Alcaldía. Respecto a Jegro Group IN S.A.S., indicó que no tenía ningún conocimiento frente a esta sociedad, que solo conocía a José Eduardo Garzón Robayo, quien era la persona que contactaba al actor, para realizar los trabajos que se indicaron anteriormente. (índice 09. Min. 13:38), de dicha declaración no se corrobora con certeza la presunta subordinación que se ejerció por la parte demandada, ni la prestación personal del servicio a favor de Jegro Group IN S.A.S, lo que se puede extraer es que el actor trabajó para un tercero que no fue vinculado al proceso, ni llamado a rendir testimonio. Así las cosas, la Sala, comparte la postura asumida por el juez a quo, en fundamento de la necesidad de soportar probatoriamente, aun con las reglas jurisprudenciales establecidas en torno a la demostración de la prestación del servicio y su beneficiario, a efectos de poder concluir la existencia del contrato de trabajo, por esta razón la ausencia de elementos de convicción que permitan establecer la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad llamada a juicio.

En ese orden, el accionante no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, no pudo acreditarse la prestación personal del servicio en el lapso reclamado desde el libelo introductor, siendo esta una falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones del accionante, precisando que en los términos del artículo 167 del CGP (art. 145 del CPTSS), es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la ausencia de prueba, lo que conlleva a la absolución de la traída a juicio.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, como quiera que se arriba a la misma conclusión absolutoria, de primer grado, se sigue la confirmación de la sentencia consultada. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

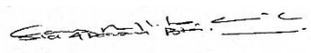
Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

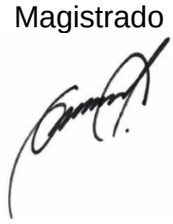
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en donde es demandante Harlinzon Donaldo Adán Rodríguez y demandada la sociedad Jegro Group In S.A.S., de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

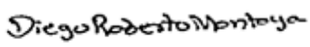
Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a0f672e5b939811c6c1c9ed2286f4095b21b7d594352bde225c4a2608c482274**
Documento generado en 31/10/2023 04:05:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

*Conforme documental allegada, obra como apoderado de Porvenir S.A. el doctor Alejandro Miguel Castellanos López con T.P. 115849 del C.S. de la J.*

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-036-2020-00003-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | NIDIA MATILDE BARRERO SALOMON |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. |

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., vencida la oportunidad para alegar de conclusión, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá del 08 de febrero de 2023.

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana Nidia Matilde Barrero Salomón, por intermedio de apoderada judicial, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS; en consecuencia, se ordene a la administradora de fondo de pensiones del régimen privado trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora, recibiendo la totalidad de los anteriores conceptos., costas y agencias en derecho; lo que resulte probado ultra y extra petita

[1] Pase Despacho 27/02/2023

Fundamentó sus pretensiones al indicar en forma relevante que nació el 18/09/1956, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 35 años de edad, luego es beneficiaria del régimen de transición, que estuvo afiliada en el ISS entre el 11/06/1984 hasta el 01/12/1992; que laboró al servicio ESE Hospital San Antonio de Anolaima, realizando cotizaciones para pensión en distintas caja de previsión social: Caprecundi del 01/01/1993 a 30/06/1995, ISS del 01/07/1995 al 30/03/1997; Porvenir desde el 01/04/1997 hasta la actualidad; señaló que como consecuencia de la afiliación al RAIS perdió el régimen de transición del cual era beneficiaria; que al momento del traslado de régimen Porvenir no le informó las condiciones para acceder a las diferentes prestaciones económicas y las variables que incidirán en el valor de la pensión de vejez, por lo que no puede comprender las implicaciones del traslado; asentó que para el 25 de julio de 2005, fecha de la entrada en vigencia el acto legislativo contaba con más de 750 semanas cotizadas, que el 01 de enero de 2013 reunió los requisitos de 55 años y 20 años de servicios en el sector público, para acceder a la pensión de vejez prevista en la Ley 33 de 1985, régimen bajo el cual se hubiere pensionado de no haber realizado el traslado de régimen; que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones; que radicó derecho de petición ante Porvenir S.A., solicitando la nulidad del traslado[2].

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, acepta la suscripción del formulario; manifestó que, brindó a la actora una asesoría integral, suficiente, oportuna veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondo de pensiones, se le indicó las características del RPM y del RAIS[3]. Como excepciones de fondo formuló las de: *prescripción, buena fe, compensación y la genérica.*

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, aceptó la afiliación ISS. Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible tenerla como afiliada, pues tal situación está en contravía de las disposiciones legales y constitucionales. Formuló como excepciones de mérito, entre otras, las de: *buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica[4].*

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

[2] Exp. Digital: «01DemandaAnexos Pag.1 a 17
[3] Exp. Digital: «04ContestacionPorvenir Pag. 2 a 25
[4] Exp. Digital:« 11ConestacionColpensioes págs. 2 a 18

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del ocho (08) de febrero de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora NIDIA MATILDE BARRERO SALOMÓN del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1o. de abril de 1997, a través de la PORVENIR.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR, a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a las administradoras de Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR y COLPENSIONES Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1SMMLV, a cargo de cada una de las mismas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, conforme lo establece el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S"[5]

## III. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, a través de apoderada judicial, interpuso recurso de apelación, señaló en relevancia que, el traslado de régimen pensional que efectuó la accionante se dio de manera libre, consiente y voluntaria; resaltó que si bien la jurisprudencia de la CSJ traída a colación por el juez de primer grado, indica que todos los afiliados al sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también es importante recordar que el deber de asesoría y de brindar buen consejo ha evolucionado con el paso del tiempo, y para la fecha del traslado no le era exigible ni condicionado a los fondos de pensiones tramitar algún tipo de requisito adicional a la suscripción del formulario de afiliación, adicionalmente manifestó que, en el caso que no hubiere recibido la asesoría con respecto a las características de cada régimen pensional, tal situación ya se encuentra saneada como quiera que la demandante se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual durante varios años y por voluntad propia podía asesorarse y leer los documentos que suscribió, elevar peticiones o quejas ante su fondo de pensiones, para así definir un aspecto tan importante como lo era su futuro

[5] Al índice17Audiencia08022023

pensional. Por las anteriores razones se opone a tener a la demandante como afiliada como quiera que tiene 66 años y por lo tanto se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 (min 49:45).

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, en cuanto a la condena a restituir los gastos de administración, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima de forma indexada, esto teniendo en cuenta que no fue expresamente solicitado por la actora en su escrito de demanda, ni tampoco fue debatido dentro del presente proceso. Además, que improcedente de acuerdo a lo plasmado en la sentencia SL9316 de 2016 que señala *"la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía*", en este orden dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, las cotizaciones no son afectadas por la inflación o por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a través de tiempo, en el caso de las cotizaciones de la demandante tuvieron unos rendimientos de aproximadamente el 60% del total de lo que ahora comprende su cuenta de ahorro individual, por lo que no hay una pérdida del poder adquisitivo, por ello resulta incompatible ordenar la indexación cuando se está ordenando a su vez retornar los rendimientos financieros, citó frente al tema sentencias proferidas por los Tribunales Superiores de Cundinamarca y Cali, al considerar que no resulta compatible la indexación cuando se ordena reintegrar los rendimientos financieros (min 51:56).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Nidia Matilde Barrero Salomón del RPMPD al RAIS administrado actualmente por Porvenir S.A.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discute en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 18 de septiembre de 1956 (pág. 27 al índice 1), ii) se afilió al ISS el 11 de junio de 1984 (indice11 pág. 44.*)* y iii) que el 27 de febrero de 1997 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos (pág. 62 índice 4*)*.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara

y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo",* dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la

devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos"* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

> *"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas,*

*en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutivo de la sentencia apelada y consultada, por lo que en este aspecto la misma deberá confirmarse, adicionando al ordinal segundo que el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los seguros previsionales y los gastos de administración y comisiones deberán ser debidamente indexados, además que los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad de la afiliada. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento de la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretender la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido la consulta y apelación, conforme a las razones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el día ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023), en donde es demandante la señora NIDIA MATILDE BARRERO SALOMÓN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A.; para ordenar a Porvenir S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que

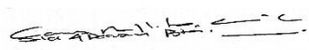
a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la decisión.

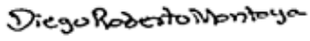
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a17c5dfd8cb1cf84abc7cfe3c4b24012608a44cbf85b7c90c1b71c83dc72e61c**

Documento generado en 31/10/2023 04:05:55 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-027-2019-00659-02

| | |
|---|---|
| Demandante: | VICTOR GIOVANNY HODALGO RINCON |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. |

*Conforme documental aportada, obra como apoderado de Colpensiones el doctor DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA con T.P. 198680 del C. S. de la J.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Skandía S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete del Circuito de Bogotá Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de marzo de 2023.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Víctor Giovanny Hidalgo Rincón, por intermedio de apoderado judicial, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Protección S.A, Skandia S.A., Pensiones y Cesantías a conclusión relevante se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado actualmente por Protección S.A., y sus posteriores traslados, siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS; que las accionadas incumplieron con su deber, de brindar una información clara, completa y comprensible del RAIS y RPMPD. En consecuencia, se ordene a las administradoras de fondos de pensiones del

[1] Pase a Despacho 14/03/2023

régimen privado trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, seguros y demás emolumentos, y a Colpensiones reactivar la afiliación del actor, recibiendo la totalidad de los anteriores conceptos; que se declare que los fondos privados vulneraron los principios objetivos contenidos en la Ley 100 de 1993, en razón a que están generando una afectación patrimonial y por ende una vulneración a la vida digna, y afectación de los derechos pensionales; que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, puede solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones una vez acredite los requisitos; lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones al indicar que nació el 20/04/1967, estuvo afiliado al ISS y se trasladó de régimen pensional en 1995, que el traslado obedeció al hecho que conforme la introducción del nuevo sistema pensional contenido en la Ley 100 de 1993, los fondos iniciaron su gestión comercial de venta con el fin de atraer afiliados al RAIS; señaló que no fue asesorado por Protección, no se le informó sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; se le indicó que en el RAIS tendría una mejor cuantía de pensión y podría pensionarse a cualquier edad; manifestó que, se trasladó entre administradoras privadas de Protección a Skandia S.A. en 1997; que pasado un tiempo de permanencia en Skandia, esta AFP le informó al actor que le ofrecería un mejor plan de pensión que le reconocería una mesada acorde a las aportes obligatorios, bajo este argumento decidió elegir el fondo alternativo pensional en septiembre de 2009; que Skandia no le informó que este plan le impedía retornar al régimen de prima media. Señaló que antes de cumplir 52 años intentó el traslado de régimen, sin embargo, por encontrarse en un plan alternativo pensional no era posible su retorno; que en el 2018 solicitó una proyección de la mesada pensional a Skandia, administradora que informó que su mesada a los 62 años sería de $5.700.0000, pero en Colpensiones el valor sería de $9.000.000; resaltó que para el momento del traslado la asesoría fue engañosa y deficiente; finalmente señaló que el 15 de julio de 2019 agotó la vía gubernativa ante Colpensiones [2].

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Old Mutual S.A., hoy Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra ella, indicó que la afiliación del accionante goza de plena validez, se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación. Solicitó llamar en garantía a Mapfre Colombia Vida De Seguros S.A., Como excepciones de fondo formuló, entre otras, las de: *prescripción, buena fe, ausencia de configuración de causales de nulidad, ausencia de falta al deber de asesoría e información y genérica*[3].

[2] Exp. Digital: «01 Pag.1 a 26»
[3] Exp. Digital: «04ContestaciónSakandia Pdf.1 a 24.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que, la afiliación fue producto de una decisión libre sin presiones o engaños, es válido, exento de vicios de conocimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, las de: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe y prescripción*[4]*.*

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible tenerlo como afiliado. Agregó que no obra en el expediente prueba alguna que al demandante se le hubiese hecho incurrir error o esté en presencia de algún vició del consentimiento o nota de protesto al formulario de afiliación. Formuló como excepciones de mérito, entre otras, las de: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada*[5]*.*

Por auto del 30 de julio de 2021, la a quo rechazo el llamamiento en garantía frente a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., providencia que fue confirmada por esta Corporación el 30 de noviembre de 2021[6]*.*

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor Víctor Giovanny Hidalgo Rincón, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., efectuado el 01 de abril de 1995 y el que posteriormente efectuó a Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., en el mes de febrero de 1997, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> SEGUNDO: CONDENAR a Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Víctor Giovanny Hidalgo Rincón, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión minina ni primas de seguros previsionales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

[4] Exp. Digital: «06ConetstacionProtección págs. 1 a 29»
[5] Exp. Digital: «03ContestacionColpensioes págs. 1 a 29»
[6] Exp. Digital: «02SegundaInstanciaAuto»

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones afiliar nuevamente al señor Víctor Giovanny Hidalgo Rincón al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. al pago del proceso en la suma de $1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor del demandante. […]”

## III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte accionada Skandia S.A. interpuso recurso de apelación, argumentó que se aportó el formulario de afiliación del demandante y aceptación del fondo alternativo, siendo suscrito de manera libre y voluntaria; señaló que en los términos señalados en la ley, no es jurídicamente viable generar un traslado de régimen, teniendo en consideración las disposiciones del Decreto 2555 de 2010, que establece que los afiliados bajo la modalidad de planes alternativos, solo pueden trasladarse a otro fondo que dé la posibilidad de esta modalidad alternativa de pensiones, este fondo alternativo de pensiones solamente en Colombia lo tiene Skandia, en ese orden de ideas como Colpensiones no cuenta con este fondo alternativo de pensiones, no es posible generar un traslado de régimen. Ahora si eventualmente se llega a confirmar la sentencia de la a quo solicitó, se revoque la decisión de trasladar los gastos y primas de seguros previsionales, toda vez que el Decreto 3925 de 2008, contempla de manera taxativa cuales son esos emolumentos y conceptos que deben trasladarse del régimen de ahorro individual al RPM, como la norma no contempla los gastos y las primas se debe revocar la condena, primas pagadas a la aseguradora y utilizados para correcta administración. Agregó que, cumplir con la devolución de dichos conceptos lo es con cargos a sus propios recursos, lo que genera una afectación económica fiscal y financiera, pese la normatividad que regula el traslado de recursos al respecto (min 1:13:05).

Colpensiones, a través de su apoderado judicial, interpuso recurso de apelación, señaló que, los formularios de afiliación firmados por el demandante, suscritos bajo la

gravedad de juramento, fueron suscritos de manera libre sin apremios y por su propia voluntad, por tanto las afiliaciones del actor al RAIS se realizaran con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades no manifestó nunca su deseo de retractarse de las mismas, razón por la cual no podría ordenarse un regreso automático al RPM; señaló que dentro del expediente no obra prueba alguna se le hubiese hecho incurrir en error o falta al deber de la información por parte de las AFP o que se esté en presencia de algún vicio de consentimiento como el error fuerza o dolo. Indicó que, si no manifestó el deseo de retractarse debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que regirse por las normas procedimientos y requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual por más de 28 años, de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañado por lo cual el hecho de observar su expectativa fallida, aunado el actuar de Colpensiones conforme diferentes sentencias por las cuales solicita se revoque la sentencia recurrida (min 1:18:15).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Víctor Giovanny Hidalgo Rincón del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Skandia S.A.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discute en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 20/04/1967 (índice 01 pág. 27), ii) se afilió al ISS el 18/09/1986 (pág. 83 al índice 1*)* iii) que el 28/03/1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A (pág. 32 al índice 06*)*, efectuó traslado horizontal desde Protección S.A. a Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en el mes de febrero de 1997 (pág. 41 índice 04).

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen,

situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador",* dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C.,

que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados*, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos"* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *"los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se*

*encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Skandia S.A. que además de lo allí expuesto, retorne a Colpensiones, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer, lo que implica a Colpensiones, que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad

Igualmente, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP Protección S.A., que retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esta.

Respecto al reparo de la recurrente Skandia S.A, atinente a que no es jurídicamente viable generar un traslado de régimen, teniendo en consideración las disposiciones del Decreto 2555 de 2010, que establece que los afiliados bajo la modalidad de planes alternativos como el tomado por el actor (formulario Skandia1/06/2009), solo pueden trasladarse a otro fondo que ofrezca la posibilidad de esta modalidad alternativa de pensiones, en este punto debe reiterar la Sala, que, los efectos de declaratoria de ineficacia de la vinculación, se priva el acto genitor de traslado al RAIS y hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el accionante y los fondos privados demandados, pues por regla general la ineficacia de la afiliación implica devolver las cosas a su estado anterior, en tanto tampoco constituye un acto que reste efecto jurídico a la ineficacia, que ya había sido generada por el traslado del régimen de prima media, sin el consentimiento informado por parte de la AFP en el RAIS.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible la limitación de traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara por aseguramiento de la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretender la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido la consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las razones que preceden, se confirmará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el día nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023), en donde es demandante el señor VICTOR GIOVANNY HODALGO RINCON y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; para ordenar a esta sociedad SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP PROTECCIÓN., retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre del actor existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de

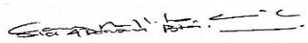
invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia dado el resultado de la decisión.

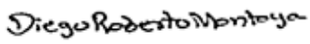
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ac2fb2d7578c4b48e177658f47ca4cbceb5f00ecba6cb77c5af0b27a55b6868d**
Documento generado en 31/10/2023 04:05:56 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-038-2022-00130-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | MANUEL ANTONIO TIBAQUIRA NARANJO |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS. |

*Actúa como apoderado de la sociedad demandada el doctor Nicolas Eduardo Ramos Ramos con T. P. 365094 del C.S. de la J., conforme documental allegada*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 08 de febrero de 2023. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Manuel Antonio Tibaquira Naranjo llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., y los posteriores traslados horizontales,

[1] Pase a Despacho 10/03/2023

siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene al fondo privado a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación, aceptar, recibir el traslado de los aportes y actualizar la historia laboral. Que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 01 de mayo de 2021; costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 29/03/1959, que laboró para los siguientes empleadores: Fondo Educ Interamericano desde el 01/07/1997 al 01/04/1978; Reaseguradora S.A, desde el 26/04/1978 al 01/09/1890 septiembre de 1890; Cesar Rovira y CIA del 01/07/1980 al 30/06/1981; Arthur Andersen de 16/07/1981 al 01/06/1984; TF Auditores y Asesores 01/01/1995 al 31/10/1999; Texas Petroleum Company hoy Chevron Petroleum Company del 18/06/1984 al 03/04/1994; indicó que el empleador Chevron Petroleum Company expidió el titulo pensional 0000192, el cual fue emitido el 30/12/1998 por valor de $140.196.283, título que se encuentra registrado en Colpensiones; que en la actualidad tiene cotizadas 1.520 semanas.

Señaló que, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones -01 de abril de 1994 - contaba con 858,58 cotizadas al ISS y 935.73 semanas cotizadas al momento del traslado; que se trasladó al RAIS afiliándose a Colfondos en diciembre de 1999; que dicho fondo privado no le informó de las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS o de permanecer en el RPM, no le enseñó los distintos escenarios comparativos en uno u otro régimen pensional, que el 28/06/2005 realizó traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A., entidad que tampoco suministró información alguna en cuanto a las características propias de un régimen capitalización y las diferencias existentes con el RPM; que el 02/03/2022 solicitó ante Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir, la anulación de la afiliación y ante la primera reconocer pensión de vejez, sin respuesta positiva y que a fecha de presentación de la demanda cuenta con 1.520 semanas de cotización[2].

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que le brindó al accionante la información necesaria, clara y suficiente para que tomara una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo con los requisitos y características vigentes para el momento de la afiliación; de acuerdo con lo establecidos en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Propuso como excepciones de

[2] Exp. Digital «índice 11Reforma Demanda pdf 2 a 25»

fondo, entre otras: *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*[3].

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que, respecto a la afiliación del actor cuando suscribió los formularios ratificó su voluntad se seguir cotizando al RAIS, por más de 23 años, que la afiliación la realizó en uso del derecho de libre escogencia de régimen. Afiliación se realizó con plena voluntad del actor. Formuló excepciones de fondo, entre otras, las de: *prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada."*[4]

Colfondos S.A, se opuso a las pretensiones, argumentado que, respecto a la afiliación del actor al fondo privado, no se aportó al proceso prueba alguna que permita invalidar el acto jurídico de afiliación, que libre y espontáneamente realizó el accionante, aunado a que la información que extraña haber recibido se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma que por el alcance nacional impone su conocimiento y obligatorio cumplimiento. Formuló excepciones de fondo, entre otras, las de: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción compensación y pago."*[5]

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del ocho (08) de febrero de dos mil veintitrés (2023), resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por Manuel Antonio Tibaquira Naranjo con destino a la AFP Colfondos S.A, con ocasión de solicitud elevada el 21 de octubre de 1999 y efectiva, a partir del 01 de diciembre de esa anualidad. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.
>
> SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar al demandante con destino al RPMPD administrado por Colpensiones los recursos percibidos en el RAIS por cuenta de la afiliación del demandante, durante el tiempo en que permaneció vinculado irregularmente a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE de acuerdo a la formular :
>
> Índice final
> _____ X valor histórico = valor indexado

[3] Exp. Digital «al índice08ContestaciónPorvenir pdf 2 a 24»
[4] Exp. Digital: «índice06ContestaciónColpensiones pdf 1305 a 1329»
[5] Exp. Digital: «índice12ContestaciónColfondospdf 1 a 20»

Índice inicial

Debiéndose tomar como indicie inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se verifique el traslado de tales recursos con destino al RPMPD sin lugar a deducciones por concepto alguno, siendo pertinente señalar que las accionadas contaran con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran los saldos respectivos con cargo a recursos propios de las AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. en proporción al tiempo en que el demandante permaneció afiliado a cada una de estas administradoras. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones que, una vez normalizada la historia laboral del demandante, Manuel Antonio Tibaquira Naranjo en los términos aquí planteados, deberán adelantar el registro correspondiente con el fin de determinar el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez al demandante en el marco de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, fijando el importe de la prestación en los términos de los artículos 21 y 34 de la misma normatividad, debiendo pagar las mesadas pensionales que se hayan causado a partir del momento en que se acredite en debida forma el retiro efectivo del sistema o del servicio, debiendo sufragar las mesadas pensionales retroactivas causadas o que se hayan causado en ese momento, debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo a la fórmula:

Índice final
_____ X valor histórico = valor indexado
Índice inicial

Debiéndose como índice inicial el del mes de causación de la respectiva mesada pensional y como índice final el de la fecha en que se verifique el pago por parte de Colpensiones, finalmente se Autoriza a Colpensiones a descontar del retroactivo de la mesada pensional indexada a que tenga derecho el demandante, el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

CUARTO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra, particularmente las relacionadas con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: Excepciones dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y frente a las absoluciones producidas se declara relevado del estudio de las propuestas.

SEXTO: COSTAS, lo serán a cargo de la demandada AFP COLFONDOS S.A., en firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.500.000 en favor del demandante.

SEPTIMO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, Consúltese con el superior [6].”

Para arribar a tal conclusión, el juzgador de primer grado tras efectuar un análisis probatorio y jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró que no se encontró acreditado el cumplimiento del requisito del deber de información, para la existencia del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, consideró que la solicitud se encuentra fundamentada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, norma que establece como requisito de causación el cumplimiento de 62 años de edad y el cumplimiento mínimo de 1300 semanas cotizadas, ambos requisitos que cumple el demandante puesto que cumplió con los 62 años el 29 de marzo de 2021, y conforme a reporte de semanas cotizadas en pensiones se tiene que el RPM cuenta con más de 900 semanas, a la AFP Colfondos con 290.2 semanas y la AFP porvenir con 804.8 semanas, más de 1300 configurarse los presupuestos legales para dar por reconocida la pensión de vejez.

Señaló que, una vez se normalice la historia laboral del demandante, Colpensiones deberá adelantar el estudio correspondiente con el fin de determinar el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez en el marco de las previsiones del artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 1993, fijando el importe de la prestación en los términos de los articulo 21 y 34 de dicha normatividad, y deberá pagar las mesadas pensionales que para ese momento se hayan causado, a partir del retiro definitivo del sistema o del servicio según sea el caso, siendo pertinente señalar que no habrá lugar para efectos del reconocimiento al descuento de mesadas pensionales derivadas de la aplicación del fenómeno de la prescripción teniendo en cuenta la interrupción que el fenómeno prescriptivo se ha verificado con ocasión de la reclamación administrativa y la presentación de la demanda en oportunidad.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Colpensiones sustentó recurso de apelación, argumentado para ello que, no debe desconocerse el vínculo contractual generado a partir de la afiliación a uno u otro régimen pensional, que genera obligaciones reciprocas tal como lo establece el artículo 1495 del C. Civil, en ese entendido, el afiliado también tiene obligaciones con la administradora de pensiones que elija tal y como lo ha determinado el Decreto 2341 de 2010 que en su artículo 4 enuncia los deberes de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones; el deber de información se integra por una parte con

[6] Exp. Digital: «18ActaAudiencia»

la obligación de asesoría y buen consejo que debe suministrar las administradoras a sus posibles afiliados pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores financieros acerca de las condiciones, de los regímenes pensionales, para tomar decisiones con el debido cuidado y atención que merece, por ejemplo la decisión de afiliarse, trasladarse o escoger una modalidad particular acorde a las expectativas pensionales de cada afiliado.

Respecto de la carga prueba, señaló que es desproporcionada para los fondos privados, sin que puedan desvirtuar la falta del deber de información, sin tener en cuenta que para la fecha en que el demandante se afilió el único requisito exigido era la firma del formulario de afiliación. Agregó que "*no puede desconocerse la afectación que genera la ineficacia indiscriminado de afiliados al RPM solamente al excusarse en falencias del otorgamiento de información por parte de los fondos privados y que hoy sus afiliados pretenden efectuar retornos al RPM cuanto no se ha generado una debida fidelidad al sistema"* (Min. 1:12:44).

La AFP PORVENIR S.A. interpuso y sustentó recurso de apelación, manifestando que si bien no se allegaron mayores documentales donde se pruebe la asesoría brindada al demandante, lo cierto es que, para la fecha tanto del traslado del régimen, como el posterior traslado horizontal, no le era exigible a los fondos privados conservar una documental más allá del formulario de afiliación, formulario aprobado para ese entonces por la Superfinanciera a cargo de la vigilancia de las AFP. Resaltó que el actor, al momento de traslado de régimen contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar, y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculado, y como consumidor financiero también contaba con deberes en un actuar que le implicaba conocer el acto jurídico de traslado. Finalmente solicitó, que, de confirmarse la ineficacia del traslado, no se condene a la devolución de los recursos percibidos en el RAIS sin que resulte procedente condenar a Porvenir a la indexación de los recursos percibidos por el demandante en su cuenta de ahorro individual, ya que obra condena por reintegro de rendimientos, lo que cubre íntegramente el reconocimiento pensional (Min 1:15:10).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por el señor Manuel Antonio Tibaquira Naranjo del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A. y si fuera procedente, la consecuente orden para reconocer la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el accionante nació el 29/03/1959 (al índice 01 pdf, 35); ii) se afilió a Colpensiones el 01/07/1977 (al índice 01 pdf, 36); iii) el 01/12/1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Colfondos (pág. 118 al índice 08) y iv) posteriormente, efectuó traslado horizontal de Colfondos a Porvenir el 28/06/2005 (Pág. 100 ibídem)

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de

las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca "los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 "los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen". Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque "los mismos serán utilizados para

la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima" (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A., que retorne a Colpensiones, los aportes que a nombre de la parte demandante existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora y que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia de primer grado, para ordenar Colfondos que retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre del actor existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a estas.

Determinado lo anterior, procede la Sala a estudiar la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que el señor Manuel Antonio Tibaquira Naranjo no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que para el 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y 355,58, es decir, no cumplió con ninguno de los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – 40 años de edad o 15 años de servicios- para ser beneficiario del mismo.

No obstante, el actor tiene derecho al reconocimiento de la prestación en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, según el cual, para acceder al derecho pensional se requiere haber cotizado 1300 semanas y contar con 62 años, presupuestos que se encuentran acreditados, dado que el accionante arribó a dicha edad el 29 de marzo de 2021, momento para el cual también contaba con más de 1300 semanas.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, confrontada la totalidad de semanas acreditadas por lo menos a la presentación de esta acción, el aquí demandante ostenta un total de 1.527 semanas, las cuales se cotizaron al ISS por el periodo comprendido entre el 01/07/1977 al 31/10/1999 un total de 432,14, así como entre la AFP Colfondos S.A.  y Porvenir S.A. de diciembre de 1999 y marzo de 2021, un total de 1.095 semanas (índice 08 pág. 25 a 50 e índice 9 pág. 1194).

Por tal razón, al ostentar el demandante por lo menos hasta el mes de octubre de 2021 un total de 1.520 semanas es por lo que se configura el tiempo requerido para acceder a la prestación por vejez, momento para el cual y desde el 29 de marzo de 2021, ya había superado la edad mínima, por lo que es notorio que le asiste el derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez a la luz de lo preceptuado en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

A pesar de lo anterior, según se aprecia de la historia laboral emitida por Porvenir S.A., no presenta novedad de retiro, en todo caso sin recurso por la parte demandante; por el contrario, sigue efectuando cotizaciones al sistema general de pensiones, situación que conlleva a que la pensión de vejez aquí reconocida, como refirió el a quo deba pagarse a partir de la novedad del retiro en comento, aspecto exigido normativamente al tenor de lo preceptuado en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

En lo que respecta a la forma de liquidar la prestación, atendiendo que el demandante acredita más de 1250 semanas de cotización, el IBL a tener en cuenta será con el promedio de salarios de los últimos 10 años cotizados o, el de toda su vida laboral, según le sea más favorable de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993; circunstancia por la cual habrá de conformidad la decisión de primer grado por este aspecto.

Igualmente, en atención a lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada debe realizar las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con destino a la EPS a la que esté afiliado el actor.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional. En igual sentido, tampoco operó el fenómeno jurídico frente al derecho pensional toda vez que el pago de la prestación se causa a partir del cumplimiento de los requisitos edad y semanas -29 de marzo de 2021-, mientras que la presentación de la demanda del 18/03/2022 (al índice 01. Pág. 5) no dista a más de 3 años a una posible prescripción, en todo caso diferida la exigibilidad al momento del retiro del actor, conforme lo enseñó la sentencia de primera instancia, de conformidad con el artículo 488 del CST y 151 de CPT.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 08 de febrero de 2023, en donde es demandante MANUEL ANTONIO TIBAQUIRA NARANJO y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., para ordenar a Porvenir S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y

DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

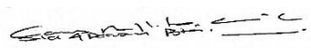
SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal Segundo de la sentencia de primer grado, para ordenar a Colfondos S.A., para que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los rendimientos que a nombre del actor existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

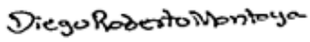
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **72a244aa27b7201373a3c10e3be3bc1d88bcb48abf5c1bbb8558720d7f223377**
Documento generado en 31/10/2023 04:05:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 020 2021 00267 01

| | |
|---|---|
| Demandante: | SANDRA MILENA RIVERA LEGUIZAMÓN |
| Demandado: | CAPITAL SALUD EPS-S Y OPCION TEMPORAL Y CIA S.A.S. |

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación[1], el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia emitida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de abril de dos 2022 (20/04/2022).

## I. ANTECEDENTES

La señora Sandra Milena Rivera Leguizamón presentó demanda laboral en contra Capital Salud EPS-S S.A. y solidariamente contra Opción Temporal Y CIA S.A.S., a efectos que se declare que fue contratada por la primera empresa para desempeñar funciones en misión en Capital Salud EPS-S, por un lapso superior a un año; en consecuencia se declare la existencia del contrato de trabajo con Capital Salud EPS-S desde el 11 de octubre de 2016 (11/10/2016) en el cargo de auxiliar administrativo y última remuneración por $1.424.705; que es beneficiaria de la convención colectiva vigente y suscrita entre SINTRACAPITAL y Capital Salud EPS-S, por tratarse de un sindicato mayoritario, que tiene derecho al pago de las prestaciones sociales convencionales y los demás beneficios; que el contrato de trabajo terminó de forma unilateral y sin justa causa el 25 de junio de 2020; que para el momento de la terminación del contrato de trabajo la demandante se encontraba cobijada por el fuero circunstancial; que la sociedad Opción Temporal y CIA S.A.S. como intermediario es

[1] Pase al despacho 13/05/2022

solidariamente responsable en el pago de las acreencias laborales. Requiere se condene a Capital Salud EPS-S S.A.S. a reintegrarla en un cargo con iguales o mejores condiciones laborales, así como al pago de los salarios, primas de servicio, aportes al SGSS, las primas de vacaciones conforme al artículo 16 de la Convención Colectiva, se compense los descansos remunerados de diciembre, los permisos remunerados de cumpleaños, la indexación, costas, agencias en derecho y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Como pretensiones subsidiarias, se declare que Capital Salud EPS-S no canceló el valor correspondiente a los beneficios económicos dispuestos en la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPITAL y Capital Salud EPS-S, especialmente las primas de vacaciones; que las demandadas actuaron de mala fe, con el fin de evadir su responsabilidad de pagar la liquidación definitiva del contrato de trabajo, de forma completa y oportuna, incluyendo los beneficios convencionales. En consecuencia, condenar a Capital Salud EPS-S y solidariamente a Opción Temporal y CIA S.A.S. a pagar a la demandante las primas de vacaciones, los descansos remunerados decembrinos, los permisos remunerados de cumpleaños, así como, al pago de la indemnización por terminación de contrato sin justa causa, cada indemnización dispuesta en los artículos 64 y 65 del CST, las costas, agencias en derecho y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Como hechos relevantes indicó que la demandante suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con Opción Temporal y CIA S.A.S. desde el 11 de octubre de 2016 en el cargo de auxiliar administrativo; que fue contratada por Opción Temporal y CIA S.A.S. para desempeñar funciones en misión para Capital Salud EPS-S, Informó que para el 09 de enero de 2017 Opción Temporal y CIA S.A.S. le manifestó que para continuar desempeñando sus funciones en favor de Capital Salud EPS-S, debía firmar un nuevo contrato de trabajo, así el 10 de enero de 2017 suscribió un contrato de trabajo donde continuaba prestando su servicio como trabajadora en misión para Capital Salud, desempeñando las mismas funciones y similar remuneración, que continuó hasta el 25 de junio de 2020, devengando para ese momento $1.424.705; aseguró que la prestación del servicio como trabajadora en misión para Capital Salud EPS-S se realizó de forma permanente e ininterrumpida durante más de 3 años consecutivos, que la sociedad Opción Temporal y CIA S.A.S. fungió como simple intermediaria de la relación laboral; que el 25 de junio de 2020, las demandadas decidieron dar por terminado de forma unilateral y sin justa causa su contrato de trabajo

Precisó que los trabajadores de Capital Salud EPS-S se encuentran asociados al Sindicato de Trabajadores de Capital Salud – SINTRACAPITAL, el cual se encuentra constituido como sindicato mayoritario desde el 2014, por tanto que los beneficios de la convención colectiva vigente entre Capital Salud y la asociación sindical se extienden a todos los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, entre estos las primas de vacaciones, los descansos decembrinos y el permiso remunerado de

cumpleaños; agregó que a pesar de haber intentado ingresar varias veces al sindicado no le fue posible, al no ser trabajadora reconocida por Capital Salud EPS-S.

Mencionó que SINTRACAPITAL el 28/07/2016 presentó denuncia parcial al laudo arbitral y un nuevo pliego de peticiones ante Capital Salud y al Ministerio del Trabajo, por lo que desde ese momento todos los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados fueron cobijados por el fuero circunstancial hasta tanto se resolviera el conflicto colectivo; que el 05/06/2018 se profirió la decisión inicial del laudo arbitral, no obstante, ante la inconformidad con lo dispuesto por el tribunal de arbitramento, Capital Salud EPS-S presentó recurso de nulidad contra la decisión, resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 01 de agosto de 2020; por lo que, para la fecha de terminación del contrato de trabajo a la demandante el recurso de nulidad se encontraba en estudio, prorrogada la controversia y el conflicto colectivo. Indicó que el 9/03/2021 presentó reclamación ante Capital Salud sin obtener respuesta[2].

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por auto del 13 de diciembre de 2021, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en contra de Capital Salud EPS-S S.A.S. y Opción Temporal y CIA S.A.S[3].

Al contestar la demanda Opción Temporal y CIA S.A.S. se opuso a la totalidad de las pretensiones. Sobre la relación laboral, indicó que con la demandante se firmaron cuatro contratos de trabajo: del 11 de octubre de 2016 al 09 de enero de 2017; del 10 de enero de 2017 al 31 de mayo de 2018; del 12 de junio de 2018 al 11 de junio de 2019; y, del 26 de junio de 2019 al 25 de junio de 2020; que las relaciones de trabajo fueron autónomas e independientes por requerimiento específico de la empresa usuaria para diversas áreas y eventos diferentes, por lo que tenían su propia naturaleza jurídica y cada una de ellas finalizó de acuerdo a lo estipulado en la ley; agregó que, durante todas las relaciones laborales se atendió a cabalidad con la obligación salarial y prestacional. En lo referente a los derechos convencionales y el fuero circunstancial, manifestó no conocer que en Capital Salud EPS-S existiere algún acuerdo colectivo de trabajo, pero que, en todo caso, la demandante no estuvo afiliada al sindicato que inició el conflicto y no presentó o suscribió pliego de peticiones directamente. Propuso como excepción previa la de *prescripción*, y de fondo *inexistencia de la obligación*, *pago*, *prescripción y cobro de lo no debido*, f*alta de causa*, *carencia de acción* y, *genérica*[4].

Por su parte, Capital Salud EPS-S indicó que, Opción Temporal CIA S.A.S. es el verdadero empleador de la demandante y asumía todas las facultades subordinantes y potestades propias de la relación laboral que tiene con los trabajadores en misión,

[2] Exp. digital «*01 2021-267 ORD-FLS.1-126. Demanda y anexos»*
[3] Exp. digital «*02 2021-267.ORD-FLS.127. 129.Admite demanda_pagenumber1»*.
[4] Exp. Digital: «*03 2021-267 ord-fls.130-180.Contestacion opcion temporal 13-01-2022_pagenumber»*

tal y como se encuentra establecido en la cláusula décimo octava del contrato comercial suscrito entre las partes; añadió que, Capital Salud EPS-S fue objeto de una medida cautelar de vigilancia especial por parte de la Superintendencia Nacional, en tanto la vinculación de trabajadores en misión no obedeció a un simple decisión sino en virtud de la situación de restricción, impedimentos y limitaciones estructurales de índole financiera, además de las adecuaciones o ajustes en su planta de personal en tanto estaba sujeto a eventuales decisiones de liquidación y/o causales de disolución, asimismo, que se hacía necesario el personal en misión por lo que para la época de los hechos se presentaron situaciones sobrevivientes, como el traslado masivo de afiliados.

Sobre la aplicación de la convención colectiva, informó que no es cierto que dentro de la organización exista un sindicato mayoritario, pues SINTRACAPITAL no agremia más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa; precisó que la demandante no tiene derecho al pago de los beneficios colectivos, pues tiene la calidad de trabajadora en misión, por lo que tampoco le aplica la protección del fuero circunstancial[5].

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante SANDRA MILENA RUEDA LEGUIZAMON y la entidad demandada CAPITAL SALUD EPS-S SAS, como verdadero empleador y OPCION TEMPORAL Y COMPAÑIA SAS., como intermediario, existió una relación laboral, regida por un contrato, por el periodo comprendido entre el 11 de octubre de 2016 al 25 de junio de 2020, con una última asignación salarial mensual de $1.424.705, para desempeñar el cargo de analista administrativo, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.
>
> SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada, CAPITAL SALUD EPS-S S SAS, y OPCION TEMPORAL Y CIA S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a las consideraciones ampliamente expuestas en la parte motiva de esta decisión.
>
> TERCERO: Sin costas en esta instancia"

Al respecto el *a quo* consideró que la demandante prestó sus servicios personales a la entidad demandada de manera ininterrumpida desde el 11 de octubre de 2016 y el 25 de junio de 2020, en el cargo de analista administrativa y acatando órdenes de la persona que fue asignada como su jefe, para la entidad Capital Salud S.A.S.; que de conformidad con el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 de forma expresa señaló los casos específicos en los que es posible contratar personal en misión, y que para el caso de la demandante su contratación no estuvo enmarcada en ninguno de los

[5] Exp. Digital: «*04 2021-267 ord-fls.181-266.Contestacion capital salud 24-01-2022_pagenumber»*

supuestos, sino que, por el contrario se demostró que estuvo trabajando por casi 4 años desempeñándose de manera permanente como analista administrativa, no obstante, precisó que, en el interrogatorio de parte, la demandante confesó que la empresa temporal no le adeuda salarios, aportes a la seguridad social ni prestaciones sociales convenidas.

Sobre la acción de reintegro por fuero circunstancial, tuvo la confesión que la demandante, que no se afilió al SINTRACAPITAL, que no presentó pliego de peticiones ni hizo parte del conflicto laboral por tanto no se encontraba protegida por el fuero circunstancial en los términos dispuestos en la ley a la terminación del vínculo; sobre las bonificaciones colectivas como prima de vacaciones, los descansos remunerados decembrinos, los permisos remunerados de cumpleaños, advirtió que la copia simple de la Convención Colectiva allegada al proceso a folios 153 a 169, no cumple con los requisitos del artículo 469 del CST, pues no evidencia la constancia de depósito o sello ante el Ministerio de Trabajo, oficina sindical o de inspección correspondiente, necesario conforme Casación Laboral Rad. 28074 de 2006.

De la terminación del contrato de trabajo e indemnización sin justa causa, determinó que no se cumplieron los procedimientos constitucionales, porque la parte actora no logró demostrar la causa o motivo que llevaron a la terminación de vínculo presentado por la entidad demandada más allá de denominarla como injusta, no demostró ni controvirtió la causa en el curso del proceso, y por ende no se puede suponer o inferir situaciones posteriores pues no se allegó prueba sobre los motivos de terminación del vínculo laboral; en relación con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, al no existir acreencias laborales pendientes de pago tampoco era posible condenar a las demandadas (Índice 11. Min. 23:07).

## III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante presentó recurso de apelación en el que manifestó que no se realizó una valoración integral de los medios probatorios y no se abordó de manera concreta, ni constitucional el derecho de la demandante a la libre asociación. Señaló que si bien la actora ostenta la calidad de trabajadora de Capital Salud EPS-S desde octubre de 2016 hasta el 25 de junio de 2020, tenía la disposición de gozar de los derechos de libre asociación y demás, por lo que no se tuvo en cuenta las practicas irregulares en las que incurrió la accionada, al no permitirle vincularse al sindicato y no pueden ser motivo para endilgarle culpa a la demandante por no vincularse a la organización sindical; de igual forma, se probó dentro del proceso que existió un conflicto colectivo, que inicio el 12/09/2016 con la presentación del pliego de petición que culmina hasta el 06/08/2020 y citando respuesta a reclamación administrativa de Capital Salud del 9/04/21 al punto octavo refiere que el conflicto colectivo del 12/09/2016 culminó con sentencia del 12/02/2020, fecha en la que demandante se encontraba vinculada para Capital Salud EPS-S y vigente el conflicto colectivo.

Señaló que el a quo, no abordó los pronunciamientos del alto Tribunal, pues en sentencia SL937 de 2022 se estudió un caso similar en la que a los trabajadores se les protegió la calidad de aforados, que en principio no estaban directamente afiliados a la sociedad demandada. Resaltó igualmente, que el juez de primera instancia se apartó de los postulados normativos, constitucionales y de la OIT, porque la declaratoria del contrato no puede ser parcial, sino que debe aplicarse la consecuencia de dicha declaratoria, que implica reconocimiento de todos los derechos que derivan las condiciones de ser un trabajador directo de la empresa, entre ellos la protección de no poder ser despedido sin justa causa, por ser trabajador sindicalizado o no, habiéndose presentado un pliego de peticiones para el caso en concreto, por lo que se debe declarar más allá de la relación laboral, el derecho a la libre asociación con el que contaba la demandante por ser trabajadora directa de Capital Salud EPS-S, teniendo en cuenta que el sindicato había presentado pliego de peticiones.

Agregó que, frente a la Convención Colectiva, existen dos situaciones diferentes: la existencia del conflicto colectivo para darle aplicación al fuero circunstancial, y otro probar la inscripción de la convención colectiva para que se apliquen sus prerrogativas, aseguró que, se debe tener en cuenta que se alega que Capital Salud confesó la presentación de la Convención pues tal como resalta el documento emitido el 09 de abril de 2021, por medio del cual se da respuesta a la reclamación administrativa, responde la demandada que *la convención colectiva se encuentra debidamente depositada en el Ministerio de Trabajo, a quien le podrá solicitar copia autentica del acuerdo convencional*, por lo que no hay duda alguna de la existencia de la Convención Colectiva (Min. 55:17).

Capital Salud EPS-S sustentó el recurso de alzada parcial, frente al numeral primero de la sentencia, al expresar que acudió a Opción Temporal S.A.S., bajo el amparo legal del CST y la Ley 50 de 1990, pues se encontraba con una medida cautelar, aun vigente, que le restringió los recursos económicos y financieros de la compañía, y al ser una EPS necesitaba garantizar la prestación del servicio en salud, aún así que realizó la contratación temporal de la demandante debido al traslado masivo de aproximadamente 650 afiliados, desde entidades como Salud Condor, Corsalud, Colsubsidio, Caprecom entre otras, lo que generó un incremento en la operación. Insistió que la demandante reconoció en el interrogatorio que desde el inició de la relación laboral Opción Temporal era su verdadero empleador, de modo que fue esa entidad quien le pagaba sus salarios, seguridad social y prestaciones, asimismo que no obra ninguna prueba que existió una subordinación directa por parte de Capital Salud, toda vez que cualquier proceso disciplinario se manejó directamente con Opción Temporal S.A.S. (Min. 1:04:22)

## IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales, bajo la oportunidad de alegar en esta instancia sin que ello equivalga a la sustentación de los recursos ante el juez a quo, corresponde a esta Colegiatura, determinar si se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante Sandra Milena Rivera Leguizamón y Capital Salud EPS-S S.A.S. alegando ser este el verdadero empleador y Opción Temporal Y CIA S.A.S., como simple intermediario en caso afirmativo resolver si la accionante goza de la garantía de fuero circunstancial, como también, de probarse lo primero, si debe reliquidarse las prestaciones sociales teniendo en cuenta los beneficios convencionales, establecidos en la convención colectiva suscrita entre SINTRACAPITAL y Capital Salud EPS-S y si es procedente el reintegro deprecado .

## V. CONSIDERACIONES

Atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS); en primer lugar, los planteamientos del recurso propuesto por el apoderado de la sociedad Capital Salud EPS-S que procuran absolución de la existencia de un contrato de trabajo con la accionante, pues se recurre que el empleador fue Opción Temporal y CIA S.A.S.; al respecto se constata de la prueba documental, que entre la demandante y la demandada Opción Temporal y CIA S.A.S., obran contratos de trabajo por obra o labor determinada, en el periodo comprendido entre el 11/10/2016 hasta 09/01/2017 cargo Auxiliar administrativo, y del 10/01/2017 al 25/06/2020 cargo analista administrativo, a través de los cuales prestó sus servicios como trabajadora en misión a Capital Salud EPS-S, con finalización del contrato el 25/06/2020, para lo se indicó que la empresa usuaria comunicó la finalización de la labor que sirvió de objeto contractual (pág. 25 pdf y sig. al índice 03)[6].

Igualmente se tiene, contrato de prestación de servicio suscrito entre Capital Salud entidad promotora de Salud y Opción Temporal y CIA S.A.S. (índice 04 pág. 24 a 49), carta de “requisición de trabajador en misión”, emitida por Capital Salud EPS-S dirigida a Opción Temporal, con el objeto solicitar suministro de personal, perfil analista administrativo; para iniciar 10 de enero de 2017 y el 12 de junio de 2018, (índice 03 pág. 34, 38), igualmente se observa en le expediente Resolución 001976 de 2015 de la Superintendencia Nacional de Salud, por medio la cual se adopta medida preventiva de vigilancia especial a Capital Salud Promotora de Salud del régimen subsidiado S.A.S. (índice 04, pág. 82 pdf)

Del interrogatorio de parte de la accionante expuso que fue contratada como trabajadora en misión en Capital Salud EPS-S, que Opción Temporal y CIA S.A.S, cumplió con su obligación de pagar las acreencias laborales en cada una de las relaciones contractuales, y la liquidación final de las prestaciones, que recibía órdenes de su jefe inmediata la señora Sandra Vargas, y era Capital Salud quien le exigida el

[6] Exp Digt. Índice 03. Pdf. Pag 30

cumplimiento de horario de trabajo, que no se encontraba afiliada al sindicato SINTRACAPITAL (min. 29:38).

En el interrogatorio de parte al representante legal de Opción Temporal y CIA S.A.S, se aceptó que desde el año 2013 a 2020, prestó los servicios de suministro de personal a Capital Salud EPS-S, bajo requisiciones que les realiza tal entidad, sin conocer si Capital Salud EPS-S tenía algún impedimento para contratar directamente el personal (min 35:12).

Esta Sala de decisión advierte que la vinculación de trabajadores en misión tiene como objetivo la prestación de servicios transitorios a la empresa usuaria por razones excepcionales, conforme las previsiones establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pero cuando ello no ocurre, el usuario pasa a ser el verdadero empleador y la empresa de servicios temporales se tiene como mera intermediaria, quien además responde solidariamente. Al efecto se trae a colación la sentencia CSJ SL467-2019 que reitero la providencia CSJSL3520-2018, cuyo texto dice lo siguiente:

*"[…] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».*

*Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.*

*Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.*

*Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.*

*En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».*

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

Consecuente con lo anterior, se tiene establecido, conforme a la documental allegada, que el contrato que ejecutó la accionante, como trabajadora en misión de Capital Salud ESP, se desarrolló en forma continua entre 11/10/2016 hasta 25/06/2020, quien fue contratada para la realización de labores permanentes de la usuaria, dado que durante más de 4 años desarrolló las actividades de asistencia administrativa, lo cual desvirtúa la transitoriedad y excepcionalidad del servicio.

Ahora bien, la recurrente Capital Salud ESP-S fundamenta su recurso de apelación, indicando que, al encontrarse en situación de restricción y limitaciones de índole financieras, conforme se acredita en la Resolución No. 1976 del 22 de octubre de 2015 donde fue objeto de medida cautelar de vigilancia especial, que fue prorrogada hasta el 02 de diciembre de 2020[7], firmó un contrato de suministro de personal con la empresa Opción Temporal CIA S.A.S. y se acogió a planes temporales de vinculación, como fue la contratación en misión de la accionante, sin embargo quedó demostrado que de los servicios temporales se hizo un instrumento para cubrir necesidades propias de la usuaria o sustituir personal permanente, y no con el objeto de suplir actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios, por tanto aquella vigilancia en la que se encontraba la recurrente no excluye las limitaciones en torno a la contratación de trabajadores en misión que establece el canon referido.

De allí que, conforme lo expuesto en doctrina, durante la relación laboral el verdadero empleador de la demandante fue la EST, pues la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar a la trabajadora en misión como vinculada directo de la empresa usuaria, mediante contrato de trabajo a término indefinido.

Conforme a lo expuesto, itera la Sala que, el término legal permitido para los trabajadores en misión fue superado, en tanto se la ejecución del contrato fue del

[7] Exp Digt. Índice 04 pdf pág.

11/10/2016 hasta 25/06/2020, lo que conlleva a concluir que el verdadero empleador fue CAPITAL SALUD EPS-S, como bien lo concluyo el A quo.

Frente a los beneficios convencionales, que se enuncian en la demanda a partir de los artículos 16, 17, 19 de la Convención Colectiva, prima de vacaciones, los descansados remunerados decembrinos y permisos remunerados por cumpleaños. Sea lo primero indicar, que la Convención Colectiva que aparece en la actuación[8] fue aportada por la actora. No obstante, dicho acuerdo carece de eficacia probatoria, pues no cuenta con la constancia acerca del depósito oportuno en las dependencias competentes del Ministerio de Trabajo, solemnidad que exige el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo y que es menester probar cuando se pretende hacer derivar derechos o prerrogativas de tales actos jurídicos, como lo ha señalado la Corte Suprema de justicia, de manera reiterada entre otras, sentencia CSJ SL3628-2022, aunado que en tal documento también se hace mención al pliego de peticiones 2013 – Laudo Arbitral y del año 2016 – Acta de arreglo Directo (índice 01 pág. 52 y sig. pdf), aunado que en formación del presente litigio, como punto relevante que permitiera tener por aceptado el texto convencional que se indica en la demanda, la respuesta de la accionada Capital Salud EPS-S estuvo dirigida a mencionar que la Convención Colectiva aplicable a sus trabajadores no beneficiaba a los vinculados con Opción Temporal Y CIA, pero no en aceptar expresamente la identificación de la convención colectiva y el contenido del cual se pretende cada emolumento convencional (índice 4 pág. 8 y sig. pdf); razón que lleva a no poder tener por demostrado aquellos emolumentos enunciados a partir de Convención Colectiva.

Se procede al estudio del problema jurídico, esto es, si la trabajadora Sandra Rivera gozaba de la garantía de fuero circunstancial al momento del despido, fuero que se correlaciona al artículo 55 de Constitución Política, en la cual, se estatuye que "*se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con la excepciones que señale la Ley"*, protección que encuentra su efectiva realización, en la garantía legal estatuida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que ampara a los trabajadores de una empresa, para que no puedan ser despedidos cuando se encuentre vigente un proceso de negociación colectiva o conflicto colectivo, en la búsqueda de la celebración de una convención colectiva o pacto colectivo, lo que quiere decir, que este fuero no sólo cobija a quienes se encuentren afiliados a una organización sindical, sino también a aquellos trabajadores no sindicalizados que se hubieren conglomerado para auspiciar la suscripción de un pliego de peticiones para mayor bienestar de las condiciones laborales que presenten, ello en concordancia con los dispuesto en el artículo 36 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978 (art. 2.2.2.1.9. Decreto 1072 de 2015), conforme al cual "*la protección a la que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965 comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones desde el momento de su presentación al empleador, hasta cuando se haya*

[8] Exp Digt. Al índice 01. Pdf. Pág. 52 y sig.

*solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso".*

Al efecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación en sentencia CSJ SL2020-2021, en cuanto al ámbito de aplicación personal de la garantía de fuero circunstancial, sostuvo:

*"En cuanto al ámbito de aplicación personal de la garantía de fuero circunstancial, la Corte ha identificado dos hipótesis en los artículos 10 y 36 de los decretos reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1968; la primera, cuando el conflicto surge a instancias de una organización sindical, caso en el cual el fuero circunstancial únicamente protege a los afiliados al mismo; y la segunda, cuando quienes lo promueven son trabajadores no sindicalizados, evento en el que la protección solo se predica de quienes suscriben el pliego de peticiones.*
*…*
*Ello es así, si se tiene en cuenta que tal protección tiene por finalidad impedir que el empleador ejerza su facultad de terminación de manera retaliativa contra los promotores del conflicto colectivo y, asimismo, evitar que se afecte la proporción de trabajadores involucrados directamente en el mismo, la cual es determinante a la hora de decidir la huelga y el arbitramento e, incluso, para la eventual extensión de los beneficios consignados en la futura convención colectiva (CSJ SL, 28 ag. 2003, rad. 20155)."*

En el presente caso, analizadas las documentales obrantes en el expediente digital, como el interrogatorio de parte de la accionante, donde confesó, que no se encontraba afiliada a Sintracapital y no suscribió pliego de peticiones ni hizo parte del conflicto laboral entre el sindicato y Capital Salud EPS-S[9], se sigue que no es posible colegir una afiliación sindical o pliego de peticiones suscrito por la actora, así la demandada considerara en su momento que una eventual participación de la demandante en el conflicto colectivo, le resultaba ineficaz, por tanto no es posible inferir que la garantía de fuero circunstancial se encuentre demostrada a la terminación del vínculo laboral.

De conformidad con lo expuesto, se tiene que la definición contenida en la decisión de primer grado se aviene ajustada al ordenamiento legal, toda vez que la demandante no demostró la calidad de trabajadora aforada al tenor de lo dispuesto 25 del Decreto 2351 de 1965, a quien correspondía la carga de la prueba de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto no tiene vocación de prosperidad los argumentos sustentados en alzada por el recurrente, lo que impone la confirmación de la sentencia adoptada en primera instancia. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del

[9] Exp. Digt. Al índice 09Aud.TramiteArt77y80CPTS min. 32:12

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

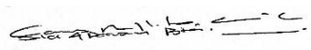
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de abril de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

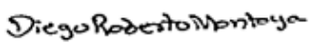
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0994050e824b72c3674b891477e720a38b257421c58eb957c9bb8c10eb54f7a1**
Documento generado en 31/10/2023 04:05:59 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|---|---|
| Proceso Ordinario: | 110013105-015-2019-00419-01 |
| Demandante: | ALIRIO TALERO MENDOZA |
| Demandada: | ALMACENES MAXIMO S.A.S. |

Con la finalidad de resolver el recurso[1] de apelación interpuesto dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador dicta la siguiente.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá del 18 de abril de 2022.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alirio Talero Mendoza llamo a juicio a Almacenes Máximo S.A.S., conforme reforma de la demanda[2], a fin se declarare que existió una relación laboral comprendida entre el 11 de abril de 2014 (11/04/2014) hasta el 01/03/2018, teniendo por ineficaz el acta transaccional entre las partes del 1/03/2018 por vicios de consentimiento – error, junto al reintegro y pago de salarios, cotizaciones al SGSS, indexación y en subsidio declarar la existencia de un despido colectivo sin permiso de la autoridad administrativa, el pago de perjuicios morales. Lo que resulte probado ultra y extra petita; así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que el 11/04/2014 suscribió contrato a término indefinido con la accionada para desempeñar el cargo de auxiliar de bodega, con un salario de $854.627; que el 16/05/2017 la accionada instituyó el reglamento interno (sic), sin embargo al 01/03/2018 el señor Elías Botero no implementó el reglamento interno al momento del despido unilateral colectivo y sin

[1] Pase al despacho 20/05/2022
[2] Al índice 07 pdf 68 y sig.

justa causa; que se liquidaron las acreencias laborales argumentando que fue de mutuo acuerdo, lo que fue contrario a la realidad. Señaló que la accionada cuenta con 1.000 trabajadores en planta administrativa, almacenes y sucursales de Colombia; que el 06/03/2018 un grupo de (100) trabajadores pertenecientes a Almacenes Máximo S.A.S., fueron despedidos colectivamente. Afirmó que fue coaccionado por la accionada para que firmara "acta transaccional laboral", se le indicó que si firmaba se le pagaría un 20% adicional sobre sus acreencias laborales.

Sostuvo que el 28/02/2018 la parte accionada no le socializó, ni avisó que iba a dar por terminado el contrato de trabajo; que fue despedido sin autorización del Ministerio de Trabajo. Señaló que ha sufrido un daño antijurídico moral en (200) SMLMV, al ser padre cabeza de familia, y quien sostenía el hogar; que se debe condenar al pago del lucro cesante al no percibir salarios desde el día del despido 01/03/2018 al 30/09/2019 que asciende a $10.255.524; que existe soporte en grabación de lo expresado al actor para el día del despido, que radicó derecho de petición ante la UGPP para que informe los pagos de de parafiscales; manifestó que la accionada pretermitió su reglamento interno, capitulo XIV obligaciones especiales para la empresa, artículo 48 literal 12 teniendo en cuenta la ilegalidad en que se funda el despido masivo, sin justa causa y sin permiso expreso del Ministerio de Trabajo, como quedo establecido en la respuesta del Ministerio[3].

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El a quo mediante auto del 16 de junio de 2021 tuvo por contestada la demanda por parte de Almacenes Máximo S.A.S.[4], accionada que se opuso a las pretensiones de condena, argumentó que la relación laboral con el demandante finalizó el 01/03/2018 por mutuo acuerdo, en los términos del literal b) numeral 1 del artículo 61 del CST, el consentimiento de las partes, al suscribir el acuerdo de terminación del contrato de trabajo fue libre, voluntario y exento de vicios. Indicó que no ha ocasionado ningún perjuicio o daño moral al actor y no le adeuda ningún tipo de acreencia laboral. Frente a las pretensiones subsidiarias, manifestó que no tiene derecho a la indemnización reclamada en tanto el contrato no se terminó por despido injustificado, sino que se dio por mutuo acuerdo. Por lo que finalmente informó que tampoco se le ha ocasionado ningún tipo de perjuicio o daño moral por lo que no se adeuda dinero por ningún tipo de acreencia laboral. Propuso como excepciones de fondo: *Cobro de lo no debido*, i*nexistencia de la obligación*, *cosa juzgada*, c*ompensación*, p*rescripción*, b*uena fe* y la g*enérica*[5]*.*

## II.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

[3] Al índice 01 pág. 121 a 164 - índice 07 Reforma 229 a 257
[4] Al índice 07 pág. 258
[5] Al índice 07 pág 261 a 274

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día dieciocho (18) de abril de 2022, resolvió:

> “PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Almacenes Máximo S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor Alirio Talero Mendoza y en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación cobro de lo no debido e inexistencia de despido colectivo conforme lo expuesto en la parte motiva.
>
> SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora para el efecto se fijó como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un (01) SMLMV para el año 2022.
>
> TERCERO: Si la presente providencia no fuere apelada y dado el resultado adverso del señor demandante, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.”

Al respecto se indicó que sin encontrar soporte frente a la tacha de sospecha de los testimonios recibidos de quienes fueron compañeros de trabajo. Mencionó que lo que se está transando es un derecho incierto como lo es una indemnización por terminación del contrato. Añadió que, respecto a la configuración de un vicio del consentimiento, la carga de la prueba se encuentra en la parte que lo alega, empero los testigos que presentó la parte actora no le constan las circunstancias particulares de cómo se dio el proceso de firma del acuerdo transaccional, mientras que el demandante indicó que para ellos era claro que lo que estaba suscribiendo era la terminación del contrato de trabajo, sabía cuáles eran los efectos de lo que se estaba firmando que era terminar en mutuo acuerdo la relación laboral con un reconocimiento de dinero, como tampoco existe prueba de algún otro ofrecimiento adicional, como una futura vinculación laboral,  diferente a lo pactado en la transacción.

Frente a la pretensión subsidiaria de declarar que en el presente caso un despido colectivo, no se cumple, conforme a los presupuestos del artículo 67 de la ley 50 de 1990, pues no supera el 5% de cerca de 1500 trabajadores para ese momento, igualmente sin lugar a la indemnización de perjuicios.

## III.RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante presentó recurso de apelación (min 3:27:00 y sig.), para que se revoque la sentencia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, ya que solo se analizó el acta transaccional, de donde no se va a extraer el vicio del consentimiento, empero se tiene que revisar la parte previa de este o de cómo se llega a esta firma, dada lo intempestivo de la reunión, cuando se llama a los trabajadores el 01/03/2018 y no se socializa previamente la decisión de la compañía, es una reunión sorpresiva para los trabajadores; los testimonios que se absolvieron son coherentes en manifestar que la reunión se dividió

en una parte general y otra cuando los dividieron en los salones, que en ningún momento se socializó el documento. Señaló que sin ser trabajadores como se denominaría de cuello azul, sino subordinados plenos, donde les dan esta noticia sorpresiva y les manifiestan que tienen dos opciones o un acuerdo al 20% o les terminan el contrato de trabajo, no se explicó el contenido del acuerdo transaccional, los efectos jurídicos iban a tener; acuerdo que fue elaborado por los trabajadores, el documento ya estaba listo simplemente para que los trabajadores lo firmaran.

Resalta que existe el principio en materia probatoria de unidad de la prueba, ya que las pruebas aportadas en el plenario, independientemente de que parte las aporte, se tendrán que valorar en su integridad, sin deparar en la conveniencia a cada parte, ya que son todas las del proceso, importante porque la sorpresiva manifestación de la reunión, que les van a terminar el contrato y la falta de socialización previa para terminar o aceptar el mismo, cuando se le pregunta al señor Héctor Riaño y a la señora María Isabel, fueron coherentes al decir que no se les explicó el contenido del documento, que ellos no lo realizaron, no participaron en su elaboración, fue impuesto por el empleador sin común acuerdo, así lo indicaron estos testigos dada la presión que ejerció la empresa de como planteo y ejecuto esa ejecución de la terminación de los contratos, sobre quien no tiene estudios superiores, donde es diferente el leer del comprender, pues se requería la explicación debida por el empleador, situación cognitiva vista en el interrogatorio al trabajador, itera que los testigos indicaron que no se les explicó el documento, sin que el conocimiento se adquiera con la firma.

Resaltó que, el objeto de ese litigo es establecer el vicio de consentimiento y este no se va encontrar en el documento, pero si se hace el análisis del testimonio tanto del señor Javier Ruiz, es claro que la accionada no explicó el contenido, y si la persona que no tiene un conocimiento, no es una persona preparada, tiene deficiencia cognitivas, a la hora de leer un documento que ni siquiera conoce de donde sale esa sumas y le muestra una suma de determinado valor, como en el caso en concreto que le muestra una suma de $3’732.000 y asume que ese es el valor, y en la liquidación le da otra, pues simplemente firma. Que lo único que se socializó eran las opciones no el contenido y la falta de información es lo que genera el vicio, siendo evidente que no existió coacción de un modo violento, pero la presión para la firma si le es indudable, sin conocer opciones y sin explicar el contenido, más si después le pagan otro valor. Solicita se haga el análisis probatorio, no solo en la firma del acta de transacción, sino de todos los testimonios, sobre el contexto y cadena de indicios, sin haberse explicado el documento y su contenido, sobre cómo se formó el convencimiento, para firmar el acta de transacción, bajo una subordinación de la voluntad. Precisó que los precedentes sobre despido colectivos que la demandada menciono ya es difuso.

## IV.SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Corporación determinar si el contrato de transacción suscrito el 01 de marzo de 2018 es ineficaz o tiene plena validez y, de ser procedente, estudiar la viabilidad de las demás pretensiones. Surtida la oportunidad de alegación, lo que no desplaza el eje de competencia para el ad quem a partir de la sustentación del recurso contra la sentencia, sin perjuicio de cuando resulte procedente el grado jurisdiccional de consulta.

## V.CONSIDERACIONES

Atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia del contrato de transacción celebrada entre las partes, el 01 de marzo de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del CST, se determina que la transacción en los asuntos del trabajo es válida, salvo cuando recaiga sobre derechos ciertos e indiscutibles, ya que la transacción en materia laboral es un mecanismo a través del cual las partes llegan a un acuerdo de sus diferencias en forma voluntaria, que además pone fin de manera parcial o total a las diferencias de ambos extremos;  lo que hace tránsito a cosa juzgada, siempre y cuando no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Así las cosas, para que un acuerdo transaccional sea declarado como nulo o ineficaz es necesario demostrar que medió u ocurrió un vicio del consentimiento en alguna de las partes, esto es el error, la fuerza o el dolo, al tenor literal del artículo 1508 del código civil que consagra que «*(…) Los vicios de que pueda adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo…»*, requisitos que a su turno son reproducidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado que para probar la invalidez del acuerdo transaccional celebrado, se debe determinar la existencia de vicios en el consentimiento al momento de suscribirlo, que impida el cumplimiento de la obligación pactada, y en material laboral, que se acompase al principio del artículo 15 del CST, como lo ha referido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en providencia AL1761-2020, así:.

En torno a los derechos ciertos e indiscutibles y su determinación a partir de la verificación de la causación y exigibilidad, en providencia CSJ AL, 7 feb. 2009, rad. 32051, reiterada en decisión CSJ AL607-2017, la Sala explicó:

*“Al respecto, en sentencia de 17 de febrero de 2009 (Radicación 32051), la Corte recordó que,*

> *(…) esta Sala de la Corte ha explicado que (…) “el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias*

*o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales" (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)."*

De lo anterior, la transacción es un acto válido cuando recae sobre derechos inciertos y discutibles, en el particular sobre la determinación entre las partes acerca de la finalización del contrato de trabajo, pues no es nugatorio para el trabajador decidir el no continuar desarrollando el contrato de trabajo, y en ello la especial atención del recurso en el contexto en que considera se presentó un error en el consentimiento del demandante al momento de la suscripción del acta de transacción, conforme la exposición de la presión en el momento antecedente a su firma, sin que se le explicara adecuadamente tal documento, ni las opciones que le asistían al trabajador, debe tenerse en cuenta que sobre un litigio de suscripción de transacción relativo a la finalización del contrato de trabajo en Casación Laboral, en CSJ SL3144-2021 se indicó:

*"De modo que no le asiste razón a la censura en cuanto afirma que esa transacción con los demás trabajadores del departamento de transmisión y operaciones constituía* per se *un acto de coacción, toda vez que, se reitera, dichos acuerdos se produjeron en el marco de una política empresarial, facultad que la legislación laboral permite a un empleador; y, además, la transacción en comento se realizó meses después de que el trabajador había sido reubicado en otro departamento de la organización."*

Por esto que ante la determinación empresarial de mantener a iniciativa la propuesta de finalización del contrato de trabajo mediante el pago de valores adicionales, no permita por si misma establecer una situación de coacción que conmine a la ineficacia del acuerdo transaccional. Esto es que no cualquier circunstancia que se presente con ocasión de un acto jurídico ha de ser calificado como un vicio del consentimiento por no estar una parte involucrada, a posterior de acuerdo con él, pues se requiere que, al momento de ocurrir el hecho o acto jurídico, el vicio que se alega, además de probado, influya en el juicio o sobre el ánimo de una persona, o que este genere la imposición de una fuerza no permita la libre voluntad del trabajador.

En este orden, probado el contrato de trabajo desde el 11/04/2014 hasta el 01/03/2018 y que se acordó el pago de una suma transaccional de $3.732.542, acuerdo que es objeto del presente litigio, obrante en transacción que expone[6]:

[6] Índice 01 pág. pdf 102 y sig.

**ACTA DE TRANSACCIÓN LABORAL.**

En la ciudad de Bogotá D.C., el primer (01) día del mes de marzo de 2018, se reunieron en la oficina de **Zona Franca**, ubicada en la avenida Centenario 108 A -25 interior 109 Manzana 15 en la ciudad de Bogotá D.C, las siguientes personas: Por una parte, el señor **ALIRIO TALERO MENDOZA,** identificado con Cédula de Ciudadanía número **1012350183**, quien en adelante se llamará **EL EMPLEADO,** y por la otra, el señor **HECTOR JULIO RIAÑO RIAÑO,** identificado con la Cédula de Ciudadanía número **6.763.053**, quien actúa en nombre y representación de **ALMACENES MAXIMO S.A.S**, hábiles para contratar y obligarse, quienes previas las siguientes

**CONSIDERACIONES:**

**PRIMERA: EL EMPLEADO**, firmó un contrato de trabajo a término indefinido con **EL EMPLEADOR** a partir del día once (11) de abril de 2014, para desempeñar el cargo AUXILIAR DE BODEGA, siendo su última asignación mensual un salario de **SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($793292) M/CTE.**

**SEGUNDA: LAS PARTES**, han decidido de mutuo acuerdo dar por terminado el contrato de trabajo antes referido, a partir del DOS (02) de MARZO de 2018, siendo por lo tanto su último día de vinculación con la empresa, el PRIMERO (01) de MARZO de 2018, fecha hasta la cual se le liquidarán sus salarios y acreencias laborales. Este acuerdo privado tiene como fundamento lo establecido en el artículo 5, literal b de la ley 50 de 1990.

**TERCERO: LAS PARTES** de común acuerdo manifiestan su intención de celebrar la presente transacción, cuyo contenido y alcance se determina en las siguientes:

**CLÁUSULAS:**

**PRIMERA: EL EMPLEADO**, mediante el presente documento manifiesta expresamente que acepta de manera libre y espontánea el acuerdo aquí consignado.

**SEGUNDA:** El objeto de esta transacción es dar por terminadas o transadas las diferencias que pudieren surgir entre **LAS PARTES** en relación con el desarrollo y terminación del contrato de trabajo que las ha vinculado y cualquier otra diferencia directa o indirectamente relacionada con cualquier derecho del **EMPLEADO** derivado de la relación laboral.

**TERCERA:** Todo lo anterior es aceptado en forma expresa por **EL EMPLEADO**, señor **ALIRIO TALERO MENDOZA**, por lo cual renuncia y desiste en beneficio de **ALMACENES MAXIMO S.A.S**, a:

mmmmm. Presentar cualquier reclamo originado o derivado de los hechos contemplados en las consideraciones del presente contrato o en la relación laboral que vincula a las partes; de la responsabilidad extracontractual del **EMPLEADOR** y de cualquier otra controversia que se haya suscitado entre **LAS PARTES** o en relación con cualquier conflicto ventilado o por ventilarse ante autoridades Administrativas o Judiciales.

nnnnn. Al ejercicio ante la justicia ordinaria o ante cualquier tribunal de arbitramento, de cualquier acción judicial o extrajudicial, derivada de los hechos contemplados en las consideraciones del presente contrato, de la relación laboral que existió entre las partes y de cualquier otra controversia que se haya suscitado o pudiere suscitarse entre las mismas.

ooooo. A todos y cualesquiera derechos consagrados a su favor, sea cual fuere la naturaleza de los mismos, que se originen o deriven de los hechos contemplados en las consideraciones del presente contrato.

ppppp. Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal anterior, **EL EMPLEADO** renuncia expresamente a cualquier reclamación, acción judicial o extrajudicial, facultad de iniciar, promover, impulsar, continuar, cualquier clase de procesos, juicios, pleitos, demandas, y a cualesquiera derechos consagrados a su favor, incluyendo, pero sin limitarse:

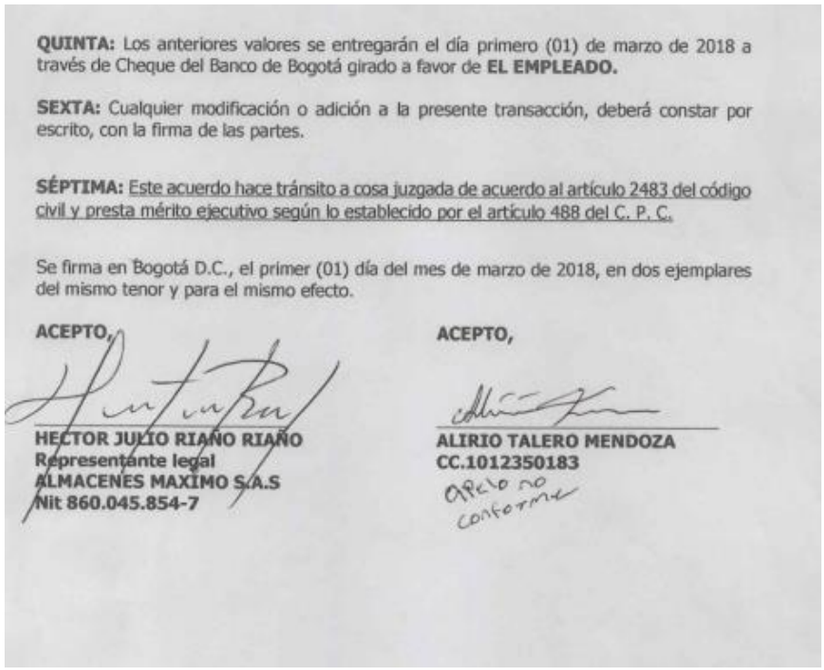
88. A exigir el pago de bonificaciones, indemnizaciones, honorarios, salarios, prestaciones sociales, o créditos que se hubieren causado en su favor.

89. A exigir cualquier derecho adicional al que por el presente documento se le otorga.

90. A exigir cualquier tipo de indemnización o bonificación.

**CUARTA. LAS PARTES** han acordado que definen cualquier reclamación pendiente presente o futura por la relación laboral que los vinculó con la cancelación de una **SUMA DE TRANSACCION TRANSABLE**, que asciende a la cantidad de TRES MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS**($3732542) M/CTE.** De igual manera se cancelarán las acreencias laborales que le correspondan.

**PARÁGRAFO.** La **SUMA DE TRANSACCION** se reconoce por única vez y por mera liberalidad, y en tal sentido, **LAS PARTES ACUERDAN** que no tiene efectos prestacionales, es decir, que no será constitutiva de salario, razón por la cual no tendrá incidencia alguna sobre las prestaciones sociales que le puedan corresponder, así como indemnizaciones o parafiscales, conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.



**QUINTA:** Los anteriores valores se entregarán el día primero (01) de marzo de 2018 a través de Cheque del Banco de Bogotá girado a favor de **EL EMPLEADO.**

**SEXTA:** Cualquier modificación o adición a la presente transacción, deberá constar por escrito, con la firma de las partes.

**SÉPTIMA:** Este acuerdo hace tránsito a cosa juzgada de acuerdo al artículo 2483 del código civil y presta mérito ejecutivo según lo establecido por el artículo 488 del C. P. C.

Se firma en Bogotá D.C., el primer (01) día del mes de marzo de 2018, en dos ejemplares del mismo tenor y para el mismo efecto.

**ACEPTO,**

**HECTOR JULIO RIAÑO RIAÑO**
**Representante legal**
**ALMACENES MAXIMO S.A.S**
**Nit 860.045.854-7**

**ACEPTO,**

**ALIRIO TALERO MENDOZA**
**CC.1012350183**
APTO no conforme

Tal como se pactó, las partes suscribieron el acuerdo de transacción el 01 marzo de 2018, en el cual se dio terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, en consecuencia, la empresa le pagó a la liquidación definitiva de prestaciones sociales (pág. 102 pdf). En razón a lo pactado, en la cláusula tercera las partes transigieron todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral y la forma de terminación con efectos de cosa juzgada, en los términos del artículo 2483 del C.C.

Acreditado lo anterior, el litigio sobre coacción e inducción a error, se debe tener en cuenta el interrogatorio de parte al demandante, donde el señor Alirio Talero Mendoza (min. 45:11 y sig.) afirmó que para el 1 de marzo lo citaron a una reunión, donde informaron que se iba a tercerizar, que terminarían los contratos de trabajo, que pensaron que era algo bueno pero fue una bomba que les dio el representante, que no sabía que el contrato se terminaba, que los “engruparon”, considera que lo enredaron y siente que fue obligado a firmar, que eligió la terminación del contrato porque no iba a firmar pero se sintió “endulzado” para que le ayudaran a ingresar a otra empresa, que le ofrecieron un 20% sin saber cómo le pagaron una suma, esto es si eso lleva un 20%.

En testimonio del señor Javier Ruiz (min. 11:47), quien laboró para la demandada, indicó que los citaron en el mismo dia a una reunión en la zona franca, donde los reunieron y dieron refrigerio, que ahí les avisaron en una reunión colectiva que los iban a tercerizar y que no a todos, pero que podrían vincularse con otra empresa, relató que dividieron a todo el mundo por grupos, que a Alirio lo sacaron a otro grupo, que eran de 8 o 10 personas en salones, que después reunido con el demandante, dialogaron sobre lo qué pasó, expone que los urgieron, indicando premura del tiempo, para la elección del contenido que tenían unos sobres, que en la reunión les dijeron que un sobre tenía un 20% adicional de lo que liquidaban normalmente, que no pudo leer nada de los sobres y tampoco pudo leer el sobre que escogió, sin recordar que

les expusieran lo qué era una transacción laboral y sin saber lo que a cada uno le iban a decir, sino hasta que le tocara a cada persona.

El representante legal de la demandada Héctor Riaño (min. 31:29) refirió sobre esta reunión del 1/03/2018 que fue convocada sobre el medio día en salones de zona franca a cuadra y media del sitio de trabajo, para informarles la tercerizaron y terminación del contrato, lo que fue informado por el señor Botero, además con la presentación de alternativas, la terminación del contrato de trabajo unilateral e indemnización y otra por mutuo acuerdo con un 20% adicional a la terminación del contrato de trabajo, oferta realizada en recursos humanos, donde no participaron los trabajadores en su elaboración, pero indicando que se dio la oportunidad de leerlo, al punto que una persona no firmó. Refirió que el detalle de la liquidación no se expuso puntualmente pero que sí que iba el 20% adicional a quienes eligieran esa opción, que el proceso de tercerización conllevo más de un año, recordó que sobre el documento al no tener más de 5 o 4 hojas se tuvo un tiempo aproximado de 10 a 15 minutos para su lectura.

Por su parte la testigo María Isabel García manifestó (min 1:04:40 y sig.), quien fue la jefe de nómina de la accionada, que participó en el proceso de suscripción del acuerdo transaccional y frente a ello relató que se citó a un auditorio que había en zona franca, se hizo una reunión general donde el señor Elías Botero, quien era el representante legal y gerente de la empresa, contó la situación de la empresa, la decisión que se había tomado, que se iban a hacer las terminaciones de los contratos, que todos iban a trabajar hasta ese día, y que la terminación iba a ser por mutuo acuerdo, aunado se les estaba ofreciendo una suma transaccional, se les dio la explicación general más o menos de 40 minutos, y después de eso se fue con otras personas de recursos humanos y de la empresa con un grupo, como de 10 personas, en que se les presentaron los documentos de manera individual, que cada uno leía el documento, que si tenían una inquietud preguntaban lo que quisieran y firmaban el documento, y ellos ya se iban con la liquidación hecha, las cartas de retiro y el cheque en que estaba su liquidación completa, donde estaba incluido la suma transaccional, como si terminación hubiese sido unilateral más un 20%, suma transaccional que se decidió entregar; señaló no recordar en qué grupo estaba el demandante, indicó que solo se prometió a los trabajadores el pago del dinero, que era el 20% adicional de la indemnización, y que la suma acordada en la transición se entregó mediante cheque a la suscripción del acuerdo, donde tomaron el resto de la tarde para leer esos documentos, siendo posible que enviaran las hojas de vida de los trabajadores al nuevo operador, aunque no podían comprometerse a que serían vinculados en aquel operador logístico, precisándose que se cumplió con lo que se indicó en la transacción, sin que se expresara sobre la existencia de una obligación o agresión entre otras moral, por la no firma del documento y que existieron personas que leyeron varias veces el documento, refirió que se habló del cálculo de la suma transaccional en que los trabajadores podían ver el documento de liquidación.

Por otra parte, la testigo Mayerli Acero Benavidez(min.1:25:23), declaró que trabajó en Almacenes Máximo como directora de talento humando, frente al retiro del demandante precisó que fue en el 2018, donde se hizo una reunión en zona franca, que tuvo dos momentos, donde Elías Botero quien era el gerente financiero los reúne y les cuenta que la compañía ha tomado la decisión de tercerizar el proceso logístico para mejorar los procesos, que por eso la compañía había tomado la decisión de diseñar un plan de retiro y que ese plan de retiro consistía en el 20% adicional, en contraste a lo que le correspondería por su indemnización sin una justa causa, posteriormente hubo un segundo momento donde casi cuatro salas se dividieron, estas por diferentes personas y se les explicaba de manera individual en qué consistía el plan de retiro, que era de común acuerdo. Reunión que inició hacia las once de la mañana y el proceso se estuvo terminado hacia las seis de la tarde. Expuso que en la reunión individual no recuerda si estuvo el demandante, pero que existió tiempo para la lectura del documento de transacción y la reunión colectiva trascurrió durante 20 minutos aproximadamente.

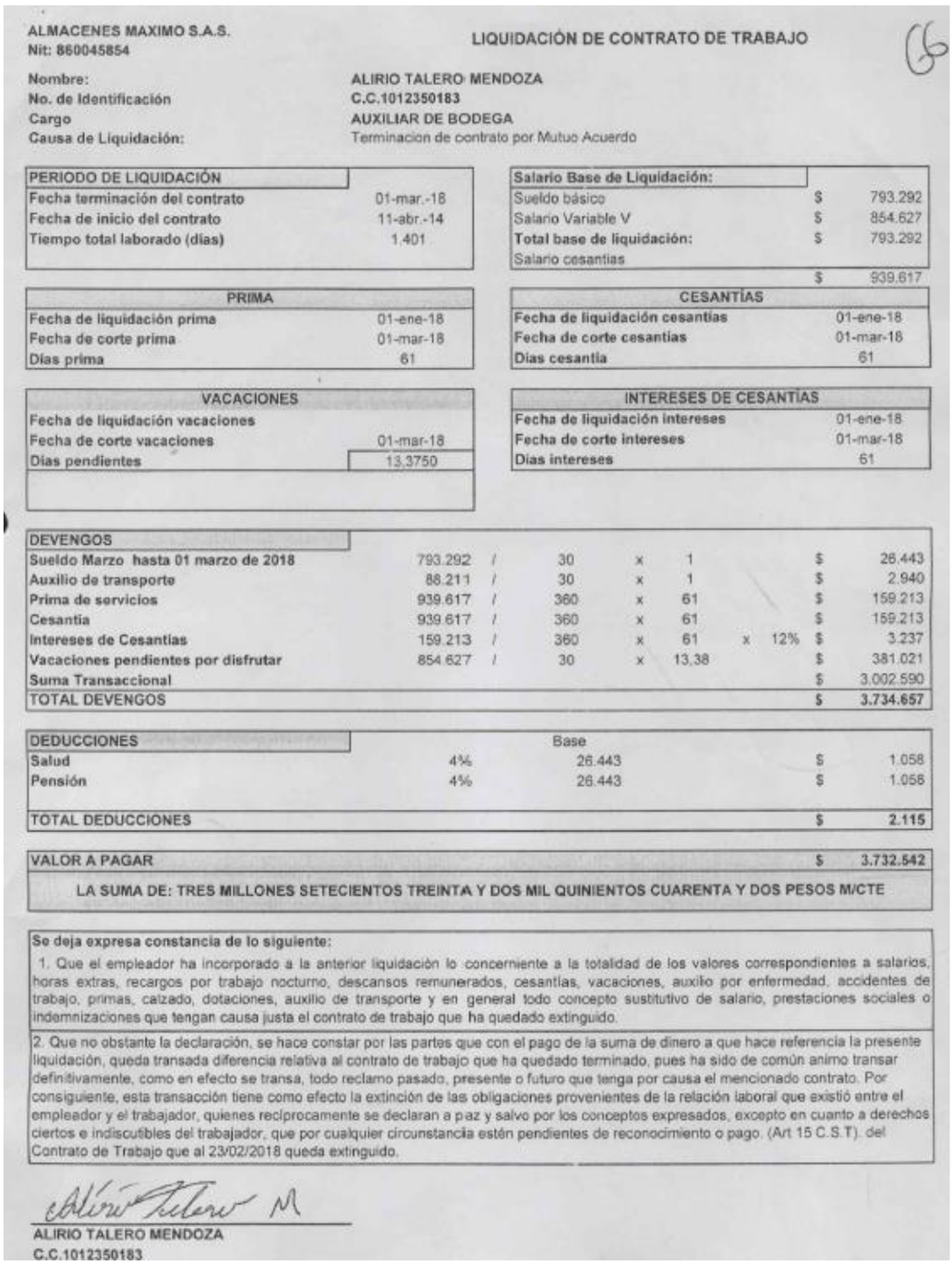
La señora Carolina Mosquera (min. 3:49:23) como testigo expresó que labora como encargada del área de logística y comercio electrónico de la demandada, desde hace once años, quien conoció al demandante, como auxiliar logístico quien se desvinculó por mutuo acuerdo ante la tercerización del proceso logístico, declarante que no estuvo presente en la reunión de terminación del contrato de trabajo con el demandante, donde conoce se ofreció una suma transaccional con un valor adicional a la que habría sido la terminación del contrato de trabajo.

Al respecto se observa por la Sala, conforme el relato del actor, no existe elemento de prueba en torno a la coacción que describe la demanda y el recurso que permita verificar que dichas circunstancias de falta de exposición del citado acuerdo y/o ausencia de relato de diferentes opciones, observando que si bien el accionante en su interrogatorio describe tener una condición al parecer de expresión verbal, el planteamiento del demandante en su interrogatorio no evidencia una situación de salud como la que se indica en el recurso, en contrario las respuestas del actor exponen adecuadamente el desacuerdo planteado en el litigio.

Sin que por haber reconocido el representante legal de la demandada que los trabajadores no participaron en la elaboración del documento, esto no edifica la coacción que se expresa en el sentido que fuera nugatoria la voluntad del trabajador al momento de la reunión colectiva, grupal e individual, sobre la firma del acuerdo de transacción en torno a la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, tanto en no ser unánime o con certeza que existiera una promesa de vinculación con otra sociedad, tampoco que lo intempestivo de la programación de la reunión conllevara un error sobre la firma de la transacción, ya que además existió una exposición colectiva y que las razones particulares en testimonial sobre la premura de la firma sin

lectura del documento, puedan asumirse que también sucedieron para el demandante.

Conforme a lo manifestado no es dable tener por demostrado que el trabajador demandante no tuviese oportunidad de leer el acuerdo, también por la extensión y asunto, no era dable comprender que la dinámica para la información de la decisión empresarial, para la firma del documento transaccional, conllevara una coacción, como tampoco que el valor expresado en la transacción por $3.732.542-, que corresponde al valor final de la liquidación del contrato de trabajo[7], esta que contiene $3.002.590- por valor de suma transaccional, en tanto este valor que es inferior e incluido en el valor de $3.732.542- indicado en el acta de transacción y esta suma se relaciona a cualquier reclamación anterior, presente y futura por parte del trabajador.



ALMACENES MAXIMO S.A.S.
Nit: 860045854

**LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO**

| | |
|---|---|
| Nombre: | ALIRIO TALERO MENDOZA |
| No. de Identificación | C.C.1012350183 |
| Cargo | AUXILIAR DE BODEGA |
| Causa de Liquidación: | Terminacion de contrato por Mutuo Acuerdo |

| PERIODO DE LIQUIDACIÓN | |
|---|---|
| Fecha terminación del contrato | 01-mar.-18 |
| Fecha de inicio del contrato | 11-abr.-14 |
| Tiempo total laborado (días) | 1.401 |

| Salario Base de Liquidación: | | |
|---|---|---|
| Sueldo básico | $ | 793.292 |
| Salario Variable V | $ | 854.627 |
| Total base de liquidación: | $ | 793.292 |
| Salario cesantias | $ | 939.617 |

| PRIMA | |
|---|---|
| Fecha de liquidación prima | 01-ene-18 |
| Fecha de corte prima | 01-mar-18 |
| Días prima | 61 |

| CESANTÍAS | |
|---|---|
| Fecha de liquidación cesantías | 01-ene-18 |
| Fecha de corte cesantías | 01-mar-18 |
| Días cesantía | 61 |

| VACACIONES | |
|---|---|
| Fecha de liquidación vacaciones | |
| Fecha de corte vacaciones | 01-mar-18 |
| Días pendientes | 13,3750 |

| INTERESES DE CESANTÍAS | |
|---|---|
| Fecha de liquidación intereses | 01-ene-18 |
| Fecha de corte intereses | 01-mar-18 |
| Días intereses | 61 |

| DEVENGOS | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Sueldo Marzo hasta 01 marzo de 2018 | 793.292 | / | 30 | x | 1 | | $ | 26.443 |
| Auxilio de transporte | 88.211 | / | 30 | x | 1 | | $ | 2.940 |
| Prima de servicios | 939.617 | / | 360 | x | 61 | | $ | 159.213 |
| Cesantía | 939.617 | / | 360 | x | 61 | | $ | 159.213 |
| Intereses de Cesantías | 159.213 | / | 360 | x | 61 | x 12% | $ | 3.237 |
| Vacaciones pendientes por disfrutar | 854.627 | / | 30 | x | 13,38 | | $ | 381.021 |
| Suma Transaccional | | | | | | | $ | 3.002.590 |
| TOTAL DEVENGOS | | | | | | | $ | 3.734.657 |

| DEDUCCIONES | | Base | | |
|---|---|---|---|---|
| Salud | 4% | 26.443 | $ | 1.058 |
| Pensión | 4% | 26.443 | $ | 1.058 |
| TOTAL DEDUCCIONES | | | $ | 2.115 |

| VALOR A PAGAR | $ | 3.732.542 |
|---|---|---|

LA SUMA DE: TRES MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y DOS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE

**Se deja expresa constancia de lo siguiente:**

1. Que el empleador ha incorporado a la anterior liquidación lo concerniente a la totalidad de los valores correspondientes a salarios, horas extras, recargos por trabajo nocturno, descansos remunerados, cesantías, vacaciones, auxilio por enfermedad, accidentes de trabajo, primas, calzado, dotaciones, auxilio de transporte y en general todo concepto sustitutivo de salario, prestaciones sociales o indemnizaciones que tengan causa justa el contrato de trabajo que ha quedado extinguido.

2. Que no obstante la declaración, se hace constar por las partes que con el pago de la suma de dinero a que hace referencia la presente liquidación, queda transada diferencia relativa al contrato de trabajo que ha quedado terminado, pues ha sido de común animo transar definitivamente, como en efecto se transa, todo reclamo pasado, presente o futuro que tenga por causa el mencionado contrato. Por consiguiente, esta transacción tiene como efecto la extinción de las obligaciones provenientes de la relación laboral que existió entre el empleador y el trabajador, quienes recíprocamente se declaran a paz y salvo por los conceptos expresados, excepto en cuanto a derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, que por cualquier circunstancia estén pendientes de reconocimiento o pago. (Art 15 C.S.T). del Contrato de Trabajo que al 23/02/2018 queda extinguido.

ALIRIO TALERO MENDOZA
C.C.1012350183

[7] 

A diferencia de la información y comunicación de la terminación del contrato de trabajo en forma unilateral, lo que sucede en un solo instante, la reunión de información a los trabajadores transcurrió por lo menos en forma grupal durante 20 a 40 minutos y posteriormente en forma grupal e individual para la firma, sin que por ello se pueda determinar la invalidez sobre la terminación por mutuo acuerdo, según el numeral 1) literal b) del artículo 61 del CST. Pues como se ha indicado las condiciones particulares de cada testigo no pueden asumirse idénticas para el demandante.

Aun así, el contenido del contrato de transacción suscrito por las partes versó sobre derechos inciertos y por lo tanto discutibles, según los artículos 13, 15 y 43 del CST contienen una proposición jurídica inquebrantable en cuanto precisa que la ley sustantiva solo consagra un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, por lo que toda convención o pacto celebrado con vulneración de ese mínimo es ineficaz, empero del contrato de transacción relacionado a la terminación por mutuo acuerdo del contrato de trabajo, dada la previsión legal de este modo de terminación, no se puede concluir que existiera una transacción sobre una continuidad laboral prefijada en todo caso y situación, sobre el cual las partes no mantuvieran potestad de decisión y por lo cual la suscrita entre las partes no es ineficaz. Lo anterior conforme se ha expuesto en Casación Laboral CSJ SL6435-2015:

*"Al punto, es de advertir que el hecho de que el acta que contenga el acuerdo celebrado entre trabajador y empleador haya sido elaborada por éste último, no constituye una circunstancia que determine la nulidad de aquélla, en tanto en ese documento, el trabajador impuso su firma en señal de aceptación, expresión de aprobación que como quedó visto en este preciso asunto, no fue desvirtuada por el recurrente.*

*En similar sentido ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Sala, entre otras en la CSJ SL 449-2013, en la que se sostuvo:*

*Es conveniente señalar que no es circunstancia, relevante, que determine la nulidad de las conciliaciones celebradas el que el acta que las contenga haya sido elaborada y presentada por el empleador al funcionario que impartió su aprobación, pues en ese documento aparece la expresión de aprobación del trabajador, sin reserva de ninguna clase, la que se evidencia con la firma impuesta en señal de asentimiento.*

*Igualmente, la jurisprudencia laboral tiene definido que la consecuencia de que una conciliación no esté suscrita o aprobada por el funcionario competente, consiste en que el acuerdo de las partes plasmado en tal documento adquiere el carácter de una transacción que, como tal, no requiere el aval de autoridad competente alguna para su validez, siempre que la manifestación de las parte se haga en forma consciente, libre de apremio y se respeten los derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.*

*(…)*

*Bajo la misma línea, conviene precisar que no existe disposición legal alguna que le reste existencia o validez a un acuerdo suscrito entre trabajador y empleadora, por el hecho de que se hubiera celebrado en las instalaciones de esta última, de manera que dicha premisa tampoco resultaba relevante para atribuir per se, vicio en el consentimiento del trabajador con la entidad suficiente para desquiciar el acto y predicar su invalidez.*

*Así, desde cualquier óptica que se aborde el estudio de las circunstancias alegadas por el censor, en torno a los aspectos escriturales del acuerdo suscrito entre las partes, ninguna conduce a la existencia de un yerro, menos aún con la entidad de mayúsculo, a partir del cual se pueda configurar el vicio pretendido para dar al traste con aquél, y por tanto, no puede atribuirse al sentenciador de segundo grado ese tipo de dislate.*

***3.-** Finalmente, aduce el censor que la Junta Directiva de la sociedad accionada, contempló una reestructuración administrativa, orientada a disminuir la planta de personal y que para tal efecto, estableció el plan de retiro al que el actor se vio obligado a acogerse.*

*En cuanto a esta alegación, basta señalar que esta Sala ha sostenido con insistencia que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores, públicos o privados, proponer planes de retiro a sus trabajadores por razones de reestructuración, pues tales propuestas son lícitas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o no.*

*Así lo consideró esta Corporación en sentencia CSJ SL, 4 abr. 2006, rad. 26071, reiterada con profusión, entre otras en la reciente providencia CSJ SL8987-2014:*

*(…) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo."*

De lo expuesto se sigue que si bien es una premisa en el escrito de demanda que lo alegado conllevaría a un despido colectivo, no puede asumirse que los hechos relacionados como despido de trabajadores se encontrara demostrado en relación a los presupuestos del artículo 67 de la Ley 50 de 1990, tanto por la necesidad de la prueba en torno al despido por el número de trabajadores de la accionada y desvinculaciones unilaterales sin justa causa a su iniciativa, sino porque al acuerdo transaccional sobre terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo no se encuentra afectado por vicios del consentimiento, sin que equivalga al despido alegado, precisando que si bien el acta de transacción laboral allegado por la parte actora junto a la firma del actor tiene nota de desacuerdo "apelo no conforme", en anexos a la contestación de la demanda no se contiene tal leyenda (al índice 07 pág. 123 pdf), siendo posible que fuera un manuscrito posterior, como que el recurso no versó sobre la incidencia en específico de tal nota al acta de transacción.

Las anteriores razones llevan a confirmar la decisión recurrida. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

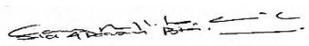
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por ALIRIO TALERO MENDOZA contra ALMACENES MAXIMO S.A.S., de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

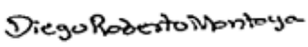
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **75ee09a39d68608108fa81136b5247e654c491ceb66aba349d6a6de6d49fb4d0**

Documento generado en 31/10/2023 04:06:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de 2023

PROCESO ORDINARIO LABORAL de primera instancia de BERTHA ELENA BOLIVAR REYES contra COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS ad. No. 110013105-27-2019-00562-01

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación[1] interpuesto por el apoderado de la accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de junio de 2022.

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana BERTHA ELENA BOLÍVAR REYES instauró demanda ordinaria laboral, contra Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el fin de que se condene a la entidad demandada, al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su cónyuge Oscar Mauricio Romero Lozano, a partir del 13 de enero de 2018, la indexación; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que: el señor Oscar Mauricio Romero Lozano, estuvo afiliado al fondo de pensiones Colfondos S.A., cotizó 296.86 semanas, que contrajo matrimonio civil con el causante el 26/01/2006 el cual se encuentra registrado con el indicativo serial No. 04963338, dentro del matrimonio se procrearon dos hijos G.R.B y J.G.R.B, quienes en la actualidad son menores de edad, que su cónyuge el señor Oscar Mauricio Romero Lozano falleció el 13/01/2018. Afirmó que mediante comunicación BP-RIL-28528-03-18 de 26/03/2018 el fondo de pensiones y cesantías Colfondos S.A., reconoció y pago pensión de sobrevivientes a favor de los menores en proporción 25% para cada uno, para un total de 50% de la mesada pensional; indicó que la accionada le negó la solicitud de reconocimiento pensional, por considerar que no acreditaba la calidad de beneficiaria, dejando suspendido el

[1] PD 15/07/2022

50% de la mesada. Agregó que, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que la causante tenía problemas de alcoholismo y frecuentemente se tornaba agresivo con ella y sus hijos; que el 01 de julio de 2016 fue valorada por medicina legal debido a un episodio de violencia intrafamiliar el cual quedó registrado bajo el informe pericial de clínica forense No. GCLF-DRB12045-2016, y se le dio tres días de incapacidad médica.

Expresó que, los menores G.R.B. y J.G.R.B. el 05 de julio de 2016, recibieron agresiones físicas de su padre, bajo el informe pericial de clínica forense No. UBAM-DRB-08999-2016 en el cual quedó consignado el tema de violencia física en contra de los menores, con una incapacidad médico legal de cinco días para uno de ellos, que por circunstancia de fuerza mayor con su cónyuge, se vio abocada a suspender la convivencia con su esposo fallecido Oscar Mauricio Romero Lozano, desde agosto de 2015, sin embargo nunca desapareció el animó de unidad y solidaridad como familia; que el causante respondía económicamente por los gastos del hogar; que nunca perdieron el vínculo familiar, la solidaridad, el amor y protección entre padres e hijos; que el haberse presentado separaciones temporales como consecuencia de las desavenencias no implica el incumplimiento del requisito de ley para el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes[2].

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentó para tal efecto, que se suspendió el 50% del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que según la validación de la información efectuada por BOLIVAR SEGUROS S.A., no existe certeza respecto de la convivencia de la accionante con su cónyuge fallecido. Formuló como excepciones la de *«cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe, prescripción, pago, compensación e innominada o genérica*». (Expediente digital al índice 01 pag.121 a 137)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de junio de 2022, resolvió:

> «PRIMERO: Condenar a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar a la señora BERTHA ELENA BOLÍVAR REYES la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del afiliado OSCAR MAURICIO ROMERO LOZANO en cuantía inicial del 50% del salario mínimo mensual vigente de cada anualidad a partir del 18 de enero de 2018, junto con los incrementos legales anuales y una mesada adicional anual. Las mesadas deberán cancelarse debidamente indexadas, desde la fecha de causación de cada una hasta la data de pago efectivo.

[2] Al índice 01ExpedientePdf 93 -102

SEGUNDO: La mesada de BERTHA ELENA BOLÍVAR REYES, se acrecentará en la medida de que se extinga el derecho de GABRIELA ROMERO BOLIVAR y JUAN GUILLERMO ROMERO BOLIVAR hijos del causante, hasta completar el 100% de un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la administradora.

CUARTO: Condenar en costas a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Como agencias en derecho se fija la suma de $1.000.000»

Para arribar a dicha conclusión indicó que, no fue objeto de discusión que el causante Oscar Mauricio Romero Lozano falleció el 13 de enero de 2018, según se corrobora con el Registro Civil de Defunción, que al momento del fallecimiento se encontraba afiliado para los riesgos de invalidez, vejez, muerte a Colfondos S.A; indicó que, al analizar las declaraciones juramentadas, los testimonios, las documentales y el interrogatorio de parte, se logró acreditar, el proyecto de vida en común entre la accionante; igualmente se acreditó que el causante tenía problemas de alcoholismo, que conllevaba a que fuera agresivo y ejerciera violencia física sobre su cónyuge e hijos, razón por la cual en algunas ocasiones no pernoctaba bajo el mismo techo que la accionante, pero ello no impide que le sea reconocida la prestación deprecada, toda vez que la jurisprudencia de las Altas Cortes ha doctrinado, que la cónyuge sobreviviente no pierde derecho por una separación de cuerpos resultado de violencia intrafamiliar ejercida por el causante. En consecuencia, la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en un 50%, a partir 13 de enero de 2018, misma que se acrecentara cuando, los menores hijos, pierdan el derecho. Las mesadas deberán ser debidamente indexadas. Respecto de la excepción de prescripción, consideró que no se sobrepasó el término trienal articulo 488 del CST para reclamar a la prestación, pues la demanda se inició el 12 de abril de 2019.

## II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación, argumentó, en síntesis, que la accionante no cumple con las condiciones para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ya que, no convivió con el causante por lo menos cinco años continuos con anterioridad a su muerte. De las pruebas recaudas en el trámite procesal, se puede observar que en la declaración extrajuicio la actora, solicita el reconocimiento de la pensión en el 100% de la mesada pensional a los hijos del afiliado fallecido con la cual se demuestra que no era beneficiaria de la pensión de sobrevivencia. Sin análisis del testimonio dirigido al reconocimiento de la pensión a la actora. Donde el requisito de 5 años de convivencia anterior al fallecimiento, es necesario en todo caso. Por tanto, solicita revocar la sentencia de primera instancia, ya que, al considerar no probado dentro del presente proceso que la demandante tenga la condición de beneficiaria, no demostró esa convivencia efectiva para la fecha del deceso del afiliado, y que esta se haya

presentado durante el termino mínimo exigido de conformidad con la reiterada jurisprudencia. (al índice 08Audio Min 16:04)

## III. CONSIDERACIONES

No encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura estudiar si la aquí demandante ostenta la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Oscar Mauricio Romero Lozano; en caso afirmativo, de existir derecho determinar el porcentaje en que les corresponde la prestación económica.

Sea lo primero, precisar, que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que Oscar Mauricio Romero Lozano; falleció el 13 de enero de 2018, conforme se acredita con el registro civil de defunción (índice 01 pág. 28 pdf), data para la cual ostentaba la calidad de afiliado a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías S.A, que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y en la actualidad el 50% de la prestación está en cabeza de sus dos menores hijos (al índice 01 pág. 37 a 41 pdf).

Clarificado lo anterior, es necesario resaltar, que línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción laboral; expresa que, por regla general, la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente al deceso del pensionado o afiliado. (CSJ SL7358-2014 reiterada en sentencia SL335-2023), en el plenario se acreditó que Oscar Mauricio Romero Lozano falleció el 13 de enero de 2018, lo que permite determinar que la norma vigente para la fecha de su deceso, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, literales a) y c).

Para resolver sobre la cuestión acerca de la calidad de la demandante como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, en su condición de compañera permanente, para ello es imperioso precisar que, frente al requisito de convivencia exigido en el canon trascrito en líneas precedentes, la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, respecto del alcance del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que regula quienes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y lo atinente al requisito de convivencia, observaba igual tiempo necesario en torno a los cinco años como mínimo tratándose del fallecimiento del afiliado o pensionado.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, analizó el criterio imperante y precisó, que el requisito de cinco (5) años de convivencia solo resulta exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados, CSJ SL1730 de 2020, tesis reiterada en sentencia SL-2820 de 2021, en los siguientes términos:

*"No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado. Así por ejemplo, en la sentencia* CSJ SL1905-2021, *en torno a la citada norma se sostuvo:*

*[…] En síntesis, pueden extraerse dos reglas […] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).*

*Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.».*

Determinado lo anterior, la Sala se acoge al criterio antes expuesto de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado. De esta manera, las conclusiones de la Máxima Colegiatura se incorporan dentro del concepto en tal acápite de interpretación.

En lo que respecta a la convivencia, sostiene la actora haber ostentado la calidad de cónyuge con el señor Oscar Mauricio Lozano Romero desde 26/01/2006 y hasta la fecha de su deceso.

Ahora a efecto, de establecer la convivencia entre la demandante y Oscar Mauricio Lozano Romero, en testimonio las señoras Mery Reyes de Bolívar y Lucia Sanabria

de Huerta, manifestaron que el causante Oscar Mauricio y la demandante María Celina Gaitán, que comenzando el matrimonio vivieron en EEUU, y después la accionante se devolvió sola a Colombia porque el de cujus la agredió físicamente a ella y a su hija, porque tenía problemas de alcoholismo; que en algunas ocasiones el señor Oscar Mauricio fue agresivo de palabra y físicamente, pese a ello la relación siempre fue constante, que siempre compartieron en las fiestas de cumpleaños, en el día de las madres, navidad y año nuevo, indicaron que el causante era quien respondía económicamente por el hogar, que no dejo que la accionante trabajara, porque ella debía ocuparse de la crianza de sus dos hijos (min. 1:03:52 y sig.).

En el interrogatorio de parte la demandante, manifestó que fue novia del causante desde el 2003, que se casaron en el 2006, se fueron a EEUU, que convivieron allá hasta el 2010, que la agredió físicamente y decidió devolverse a Colombia a donde sus padres, que nuevamente en el 2012, reanudaron la relación, procrearon a su segundo hijo, vivieron bajo el mismo techo hasta el 2016, cuando agredió a su menor hijo, y desde entonces había noches que él dormía con sus padres y otras noches con ella, que todos los días estaba en la casa, no tenía trabajo estable por su alcoholismo, que en el 2017 fue hospitalizado por su adicción y lo atendió en la clínica en último tiempo de existencia, que el causante ayudaba económicamente al hogar, que siempre entre ellos estuvo el amor y solidaridad (min. 4:15 y sig.).

En lo que respecta a la prueba documental, se tiene informe pericial de clínica forense de 1 y 5 de julio de 2016 ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se indica, situación de agresión del causante, ocurrida días antes, contra la demandante y sus hijos en común, con determinación de 5 días de incapacidad médico legal, para el menor de los hijos[3].

De cara a lo indicado, se corrobora con claridad que, para la fecha del deceso, la demandante, hacía parte del núcleo familiar con el afiliado Oscar Mauricio Romero, el cual como se reseñó tenía vocación de permanencia, viéndose reflejada en el proyecto de vida en común que la pareja emprendió, cuando el causante en busca de obtener un mejor futuro para su familia, viaja a Estados Unidos, prestándose apoyo y ayuda mutua. Ahora, el hecho que la demandante por circunstancias ajenas como el alcoholismo y los problemas de agresividad de su esposo no conviviera bajo el mismo techo con el afiliado fallecido antes la fecha, no constituye en sí confesión, como tampoco que por razón de urgencia de su enfermedad indicara el reconocimiento del total de la mesada pensional a sus hijos, sin que pueda concluirse que no es beneficiaria la prestación de sobrevivientes, toda vez que como se expone en Casación Laboral en sentencia CSJ SL3734-2020, situaciones de conducta graves, puede justificar la no existencia de cohabitación, al respecto se señala:

[3] Expediente digital «al índice 01 Pdf. Pag 30 a 36

*"Decir, que negar el reconocimiento de la sustitución pensional por la ausencia de una comunicación constante «o apoyo económico o moral» con el causante, con posterioridad a la separación de hecho, propiciada por el alcoholismo del causante y su comportamiento agresivo, comporta una especie de revictimización de la actora, contraria a los valores del ordenamiento jurídico y atentatoria del derecho a la igualdad y no discriminación (artículos 12 y 13 de la Constitución Política).*

*En un caso de similares contornos la Sala discurrió:*

*Siendo ello así, no sería posible entender, bajo ninguna circunstancia, que una víctima de maltrato pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes de su cónyuge, por el solo hecho de renunciar a la cohabitación y buscar legítimamente la protección de su vida y su integridad personal. Pensar diferente sería, ni más ni menos, una forma de revictimización contraria a los valores más esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, al derecho a la igualdad y no discriminación y al artículo 12 de nuestra Constitución Política, de conformidad con el cual nadie puede ser sometido a «…tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes…» Igualmente, implicaría reproducir patrones y contextos de violencia contra la mujer, negarle el derecho a oponerse al maltrato y condenar a otras mujeres a soportarlo, con tal de no perder beneficios jurídicos como el de la pensión de sobrevivientes.*

*Conforme a todo lo expuesto, en este caso la Corte debe tener por cumplido el requisito de la convivencia exigido legalmente, pues, además de que la demandante convivió con el causante desde la fecha del matrimonio – 3 de junio de 1993 -, aproximadamente hasta el mes de marzo de 1997 (fol. 76), la falta de cohabitación desde ese momento y hasta la muerte del pensionado – 7 de septiembre de 2004 - se originó en los malos tratamientos que este le dispensaba a su esposa. (CSJ SL2010-2019)."*

En consecuencia, para la Sala se encuentran acreditados los requisitos de ley por parte de la demandante Bertha Elena Bolívar Reyes, para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada.

Respecto al reproche del recurrente, frente a que la actora no tiene derecho a ser beneficiaria de la prestación objeto de estudio pues solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el 100% a favor de sus dos hijos; debe resaltarse que la pensión de sobrevivientes es derecho, cierto, fundamental e irrenunciable y como quedo visto la actora cumplió con los requisitos legales y jurisprudencial para el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes, razón por la cual se itera se confirmará la sentencia apelada. Sin costas en esta instancia.

## DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

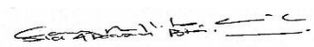
## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2022, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

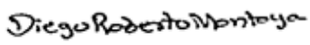
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b002146588c5be946b9ebfc069a7c4e2998b6bd9845f21047459af4ed0f2a58c**
Documento generado en 31/10/2023 04:06:00 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-020-2020-00381-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | CRISTOBAL BARÓN GARCÍA |
| Demandadas: | UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP |

*Conforme documental allegada, obra como apoderada de la parte demandante la doctora TERESITA CIENDÚA TANGARIFE T.P No. 116.558 del C.S.J y como apoderado sustituto de la UGPP el doctor ÁLVARO GUILLERMO DUARTE LUNAT.P No. 352.133 del C.S.J .*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación[1], así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales – UGPP, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente al extremo pasivo (Art. 69 CPTSS).

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Cristóbal Barón García llamó a juicio a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, para que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, tal y como se estipuló en audiencia especial de conciliación, a partir del 4 de diciembre de 2010,

[1] 27/05/22 pasa a despacho.

incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre, de manera indexada, junto con lo que se demuestre ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones al indicar que se vinculó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo escruto a término indefinido, vigente entre el 25 de febrero de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991, vínculo que finalizó por cuanto el actor presentó carta de renuncia que fue aceptada conforme lo certifica el Acta Especial de Conciliación No. 133 denominada "Conciliación Voluntaria" de fecha 7 de noviembre de 1991 y con efecto a partir del 16 de noviembre de 1991. Precisó que prestó sus servicios personales a la referida Caja durante 17 años 08 meses y 21 días, ocupando como último cargo el de Director Grado 11 en la oficina de Arauquita – Arauca y que el último promedio mensual del salario devengado correspondió a $358.090, además que durante el vínculo laboral devengó la prima de antigüedad de manera mensual. Agregó que cumplió 60 años el 4 de diciembre de 2010 y que el 28 de noviembre de 2019 presentó la reclamación administrativa ante la entidad demandada, respuesta a la pensión proporcional que fue negada por la UGPP en Resolución RDP003829 del 11 feb. 2020[2].

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relativos a la reclamación administrativa y la respuesta otorgada por la entidad, frente a los demás supuestos fácticos señaló no constarle. Sostuvo que de acuerdo con la normatividad que regula lo pretendido por el actor y conforme la que reposa en el plenario, para la fecha en que el actor cumplió los 60 años la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993, la cual no establece la pensión restringida pretendida, como tampoco se estipuló en el acuerdo conciliatorio, que dice el demandante suscribió con su antigua empleadora, el reconocimiento de este tipo de pensión bajo la categoría de prestación social. Como excepciones de mérito formuló las de: *prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales*[3].

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, resolvió:

> "PRIMERO: Declarar que entre el señor CRISTOBAL BARON GARCIA y la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo desde el 25 de febrero de 1974 hasta el 15 de

[2] Exp. digital: Índice 01 págs. 33 a 47.

[3] Exp. digital: Índice 04 págs. 3 a 12.

noviembre de 1991, para un total de 17 años, 08 meses y 21 días laborados continuos; relación laboral que terminó de manera voluntaria por las partes.

SEGUNDO: Condenar a la demandada, UGPP a que reconozca la PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN, por retiro voluntario, por más de 15 años de servicio, junto con sus mesadas adicionales legales, a partir del 04 de diciembre de 2010, a favor del señor CRISTOBAL BARON GARCIA.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION, y por tanto CONDENAR a la demandada, UGPP., a pagar la pensión de jubilación a partir del 29 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta la cuantía de $2.725.862,16., conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: ORDENAR el pago del retroactivo de las mesadas pensionales causadas a partir del 29 de noviembre de 2016, hasta cuando se acredite el pago conforme a lo considerado.

QUINTO: Como quiera que la pensión reconocida en esta sentencia es de carácter legal y la misma se confiere por haber laborado el demandante al servicio del Estado (Caja Agraria) por más de quince años y retirarse de manera voluntaria, la misma no es compatible con ninguna pensión que hacia el futuro se llegase a conceder, teniendo como fundamento el mismo tiempo laborado, para lo cual la UGPP solo cancelaría a partir de dicha data el mayor valor si esta última fuese inferior.

SEXTO: COSTAS. Serán a cargo de la demandada, UGPP. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SÉPTIMO: DE SER APELADA O NO la presente providencia, consúltese con el Tribunal Superior de Bogotá en cuanto fue condenada la UGPP entidad y sistema general de pensiones el cual es garante la Nación".

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* advirtió la pensión proporcional legal por retiro voluntario se encuentra regulada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 la cual establece que se aplicara a los trabajadores vinculados por contrato de trabajo con la administración pública o establecimiento públicos descentralizados en los mismos casos descritos en la referida norma y que, en relación con la cuantía de la prestación económica, esta será directamente proporcional al tiempo de servicio prestado por el trabajador, en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Además, aclaró que conforme el criterio jurisprudencial, el nacimiento de este derecho lo determina el tiempo de servicio y la voluntad del trabajador de poner fin a la relación laboral, de manera que la edad únicamente es una condición para la exigibilidad de la prestación, aunado a que la pensión proporcional o restringida causada no se pierde por el advenimiento de unas normas como la Ley 100 de 1993, o las posteriores dictadas, toda vez que el trabajador oficial que se retiró voluntariamente después de haber cumplido con el tiempo de servicio exigido en la

Ley 171 de 1961, vigente para esa fecha, no puede verse afectado por la aparición de nuevas reglamentaciones.

Precisó que al actor acreditó los requisitos exigidos por la norma para ser beneficiario de la pensión reclamada en tanto que está acreditado que laboró 17 años, 8 meses y 21; y que el contrato finalizó de manera voluntaria y por mutuo consentimiento a partir del 15 de noviembre de 1991, cumpliéndose así los dos presupuestos para acceder a la pensión restringida de jubilación, razón por la que accedió a reconocer la pensión a partir del 4 de diciembre de 2010, fecha que cumplió 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales, teniendo en cuenta para su cálculo el promedio de los salarios devengados en el último año correspondiente a $358.090 y proporcional al tiempo laborado. Adicionalmente, consideró que conforme la jurisprudencia es procedente indexar o actualizar la base salarial de liquidación de su mesada pensional en los términos en que lo solicitó la parte actora (min. 05:16).

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la UGPP interpuso recurso de apelación en el que argumentó que el actor no cumple con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión sanción prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues la misma tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994 fecha a partir de la cual empezó a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, disposición que no contempla las pensiones por retiro voluntario, por lo que solicitó revocar la decisión y no acceder a la petición por no cumplir totalmente con lo que la norma establece en este tipo de sanciones. Manifestó que tampoco procede el pago de la mesada 14 por cuanto el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional que se ha conocido como la mesada 14, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en el que se establece expresamente que las personas cuyo derecho a la pensión se causa a partir de la vigencia del referido acto legislativo no podrán percibir más de 13 mesadas pensionales al año. Adicionalmente, sostuvo que no procede la condena en costas ni agencias en derecho por cuanto la entidad ha obrado de buena fe teniendo en cuenta las normas legales vigentes (min 33:12).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida establecida por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y de ser así, establecer el monto de esta.

## V. CONSIDERACIONES

En lo que respecta a la pensión restringida de jubilación, advierte la Sala que la misma se encuentra regulada por el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que estableció unas pensiones proporcionales de jubilación derivadas de tres situaciones distintas, conforme lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia [4], a saber:

(i) cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 10 años y menos de 15, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido si ya tiene 60 años o cuando cumpla 60 años,

(ii) Cuando el trabajador es despedido sin justa causa por el empleador habiendo laborado más de 15 años, caso en el cual debe iniciar a pagar la pensión cuando cumpla 50 años, y

(iii) Cuando después de 15 años de servicio. El trabajador se retira voluntariamente, tiene derecho a la pensión cuando cumpla 60 años.

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que una vez cumplidos los requisitos anteriormente citados, se causa el derecho a la pensión de jubilación proporcional, quiere decir ello que es a la fecha del despido sin justa causa o a la fecha del retiro voluntario, ya cumplido el tiempo de servicios exigido que se causa el derecho, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho[5].

Por tanto se considera pertinente definir en primer término, si tal y como lo reclama la parte demandada, el requisito de la edad se debía cumplir antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues esta última no previo dicha pensión especial. A este respecto, basta decir, que ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia laboral en explicar que dicha prestación no quedó derogada con la Ley 100 de 1993 como tampoco se subrogó a cargo del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por la razón que aquella no cubre el riesgo de vejez, fundamento para concluir que por esa razón es compartible con la pensión de vejez que llegare a reconocer el ISS, hoy Colpensiones. Este criterio ha sido expuesto desde sentencia del 03 de febrero de 2010 en el proceso radicado bajo el número 35426, en el que se estableció:

*"Para dilucidar la controversia es indispensable precisar si las pensiones reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, fueron asumidas por el Instituto de Seguros Sociales al expedir el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año.*

[4] Sentencia 37312 del 3 de febrero de 2010.
[5] Sentencias CSJ SL 16282-2014 y SL4310-2022

*Pues bien, ya ese punto ha quedado esclarecido por la Corte, como se observa en la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, en la que, reiterando lo dicho en la sentencia del 12 de febrero de ese mismo año, radicación 28733, que se constituye en la jurisprudencia actualmente vigente, la Corporación se pronunció en los siguientes términos:*
*[…]*

*"…el Instituto de Seguros Sociales no asumió el riesgo que a ella (pensión sanción) corresponde, ni sustituyó a los patronos en las obligaciones de pagarla. De un lado, porque las normas como se advirtió antes, dejó intacta la dicha obligación patronal y reconoció la posibilidad de concurrencia de las dos pensiones, y de otro, porque la pensión restringida o especial no atiende propiamente el riesgo de vejez, sino que fue establecida con el carácter de pena o sanción para el patrono por el despido sin justa causa del trabajador que había servido largo tiempo, como garantía de la estabilidad de éste en el empleo y de que por este camino pudiera llegar a obtener el beneficio de la jubilación, frenando así y restándole eficacia a la utilización de aquel medio por el empresario para evitarlo. En consecuencia, esta clase de pensiones, vale decir las que se causan por despido injustificado después de 10 o 15 años de servicios y sin que interese cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de los Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, continúan en pleno vigor, son independientes de las que deba reconocer el Instituto y corren a cargo exclusivo del patrono"*

*De otro lado, también tiene definido de antaño la Corte, que las aludidas pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causaban o se configuraban desde el momento en que el trabajador era despedido sin justa causa o se retiraba voluntariamente del servicio, siendo la edad apenas un mero requisito de exigibilidad de la pensión"*

Tesis que además se ha venido reiterando por la Alta Corporación, entre otras, en las SL790-2013 y SL622-2019, última en la que se advierte que el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 no derogó el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, respecto de la pensión restringida de los trabajadores oficiales. Con base en los parámetros legales y jurisprudenciales, se procede al estudio del caso en concreto:

La Corte Constitucional en sentencia C–074 de 1993 se estuvo a la naturaleza jurídica de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, como una sociedad de economía mixta, vigilada por la Superintendencia Bancaria y sometida al régimen legal de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo que se arriba a la conclusión que el demandante tuvo la calidad de trabajador oficial y en esa condición el tiempo de servicios le permite beneficiarse de las premisas legales del artículo 8º de la Ley 171 de 1961.

Según certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se acreditó que el demandante laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por el periodo comprendido entre el 25 de febrero de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991 (al índice 01 págs. 6 y 7), que corresponde a 17 años, 8 meses y 21 días, tiempo con el que cumple uno de los requisitos para acceder a la

pensión de jubilación proporcional. Adicionalmente, la relación laboral terminó por conciliación celebrada por el actor y su empleador el 7 de noviembre de 1991, ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la cual de manera libre y voluntaria pactaron la terminación por mutuo consentimiento del contrato de trabajo (índice 01 págs. 18 a 20).

De conformidad con lo anterior, se concluye que el actor se ubicó en la hipótesis tercera del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues acredita cumplidos más de 15 años de servicios a favor de la entidad y su retiro fue voluntario, pues la conciliación se le asimila a ello como lo tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[6]; así las cosas, se concluye que le asiste derecho a la pensión proporcional desde el 4 de diciembre de 2010, data en la que cumplió 60 años de edad, pues nació el mismo día y mes de 1950 (pág. 5 *ibídem),* ya que como se expuso en antelación, el cumplimiento de la edad es solo una condición para la exigibilidad del derecho.

Valor de la primera mesada pensional

El artículo 8º de la Ley 171 de 1961 establece que la cuantía de la mesada pensional será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador con la pensión plena de jubilación, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Al respecto, para determinar el promedio salarial, debe acudirse a los conceptos salariales contemplados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de esa misma anualidad, que prescribe cuales tienen esa característica, conforme lo ha considerado la H. Sala Laboral de la CSJ, citando a modo de ejemplo la sentencia SL1061-2023.

A efecto de la fijación del IBL a tener en cuenta para la determinación del monto de la pensión reclamada, la Sala de Decisión deja de presente que la acreencia que se reclama es una prestación a cargo única y exclusivamente del empleador y quien lo sustituye, no del régimen de seguridad social, por lo que la prueba a tener en cuenta para el efecto es la certificación que el ex empleador expida de los conceptos devengados y que en este proceso obra visible al índice 1 págs. 6 y 7, en la que se evidencia que de los conceptos devengados en el último año de servicios, corresponde tener en cuenta para fijar el IBL el salario básico en la suma de $161.360, gastos de representación por $2.300 y la prima de antigüedad por valor de $45.825 (págs. 6 y 7 *ibíd.)*, respecto de éste último concepto, debe aclararse que al respaldo de la referida certificación se acredita qué se devengaba de manera mensual y sólo debe tenerse en cuenta su sesentava parte, en la medida que corresponde a un quinquenio que se paga una vez al año y no es una fija mensual (SL3132 de 2020).

[6] Sentencia SL4578-2014

De acuerdo con lo anterior, el IBL a tener en cuenta será $164.423,75 valor que indexado con base en la fecha de terminación -15/11/1991- y la fecha de cumplimiento de los 60 años de edad -04/12/2010- determina $1.568.581 cifra a la que se le aplica una tase de remplazo equivalente al 66,47% que corresponde al tiempo proporcional laborado por el actor, por lo que se determina el valor inicial pensional al año 2010 la suma de $1.042.636, circunstancia por la que se modificará la decisión de primera instancia.

Sobre el estudio del medio exceptivo denominado prescripción, se confirmará lo atinente a la fecha en que se declaró probada parcialmente la referida excepción, pues de conformidad con los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, las mesadas causadas con anterioridad al 28 de noviembre de 2016 se encuentran afectadas por este fenómeno jurídico, en tanto la prestación se hizo exigible el 4 de diciembre de 2010, el demandante presentó reclamación administrativa el 28 de noviembre de 2019 (índice 1 págs. 21 a 27) y la demanda fue presentada el 3 de noviembre de 2020, con lo cual se configuró parcialmente dicho medio exceptivo, advirtiendo que si bien el juez de primer grado concluyó que la misma operaba respecto de las mesadas causadas a partir del 29 de noviembre de 2016, este aspecto al no ser objeto de apelación por la parte actora, no podrá ser modificado en grado jurisdiccional de Consulta que se surtió a favor de la UGPP.

A su vez, razón le asistió al *a quo* en definir que se deben reconocer 14 mesadas al año, pues al no ser la edad un requisito para la configuración del derecho sino de su disfrute, el mismo se causó desde el año 1991, es decir, desde antes que entrara en vigor el Acto Legislativo 01 de 2005 (SL3132-2020), argumentos suficientes que impone la confirmación de la decisión de primera instancia en este puntual aspecto.

En ese sentido, no fue materia de inconformidad la indicación como compactible de la mesada pensional y que por este motivo el a quo no liquidara el retroactivo en tanto habrá de adicionarse igualmente la decisión en el sentido de cuantificarse el retroactivo, por lo que realizada la operación aritmética por el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2016 y el 30 de septiembre de la presente anualidad arroja la suma de $146.351.571,40.

| ***Tabla Retroactivo Pensional*** | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| ***Fecha inicial*** | ***Fecha final*** | ***Incremento %*** | ***Valor mesada calculada*** | ***N°. Mesadas*** | ***Subtotal*** |
| *04/12/10* | *31/12/10* | *2,00%* | *$ 1.042.636,00* | *PRESCRITO* | *PRESCRITO* |
| *01/01/11* | *31/12/11* | *3,17%* | *$ 1.075.688,00* | *PRESCRITO* | *PRESCRITO* |
| *01/01/12* | *31/12/12* | *3,73%* | *$ 1.115.811,00* | *PRESCRITO* | *PRESCRITO* |
| *01/01/13* | *31/12/13* | *2,44%* | *$ 1.143.037,00* | *PRESCRITO* | *PRESCRITO* |
| *01/01/14* | *31/12/14* | *1,94%* | *$ 1.165.212,00* | *PRESCRITO* | *PRESCRITO* |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| *01/01/15* | *31/12/15* | *3,66%* | *$ 1.207.859,00* | *PRESCRITO* | *PRESCRITO* |
| ***29/11/16*** | *31/12/16* | *6,77%* | *$ 1.289.631,00* | *2,07* | *$ 2.665.237,4* |
| *01/01/17* | *31/12/17* | *5,75%* | *$ 1.363.785,00* | *14,00* | *$ 19.092.990,0* |
| *01/01/18* | *31/12/18* | *4,09%* | *$ 1.419.564,00* | *14,00* | *$ 19.873.896,0* |
| *01/01/19* | *31/12/19* | *3,18%* | *$ 1.464.706,00* | *14,00* | *$ 20.505.884,0* |
| *01/01/20* | *31/12/20* | *3,80%* | *$ 1.520.365,00* | *14,00* | *$ 21.285.110,0* |
| *01/01/21* | *31/12/21* | *1,61%* | *$ 1.544.843,00* | *14,00* | *$ 21.627.802,0* |
| *01/01/22* | *31/12/22* | *5,62%* | *$ 1.631.663,00* | *14,00* | *$ 22.843.282,0* |
| *01/01/23* | ***30/09/23*** | *13,12%* | *$ 1.845.737,00* | *10,00* | *$ 18.457.370,0* |
| ***Total retroactivo*** | | | | ***$ 146.351.571,40*** | |

Igualmente, en atención a lo dispuesto en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada debe realizar las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con destino a la EPS a la que esté afiliado el demandante.

Por último, se aclara que esta pensión es de carácter compartible en los términos del Acuerdo 029 de 1985, por lo que en caso de que se le llegare a reconocer una pensión de carácter legal, a la entidad demandada sólo le corresponderá asumir el mayor valor que se genere entre las dos pensiones.

Respecto a la condena en costas, debe indicarse que de conformidad con el artículo 365 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPTSS, la condena en costas procede respecto a la parte vencida en el proceso, por lo que, bajo esa premisa, corresponde fijarlas a cargo de la UGPP, por resultar condenada en la presente causa.

En consecuencia, se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primer grado, para en su lugar, modificar el valor de la mesada pensional, ilustrar el valor del retroactivo por los periodos antes dichos y sobre 14 mesadas pensionales al año, así como autorizar los descuentos en salud. En todo caso bajo la limitación dispuesta en el numeral quinto de la sentencia recurrida al no resultar tal erogación pensional compactible a cualquier otra que se llegare a reconocer por los mismos tiempos de servicio y cotización. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo de 2022, en donde es demandante CRISTÓBAL BARÓN GARCÍA y demandada la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para en su lugar fijar como monto de la primera mesada pensional la suma de $1.042.636 para el 4 de diciembre de 2010, resultando como retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 29 de noviembre de 2016 y el 30 de septiembre de 2023 la suma de $146.351.571,40, sin perjuicio del que se cause en sucesivo, de los cuales se autorizan los descuentos en salud, calculada sobre 14 mesadas pensionales al año, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia dado el resultado de la decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cb24ee43ac1db153e55b3b027e449cd555d1341228f24049d29123ceb82ea0e1**

Documento generado en 31/10/2023 04:02:25 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-039-2021-00503-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | PILAR ASTRID FALLA LOZANO |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. |

*Conforme documental allegada, obra como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de diciembre de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana Pilar Astrid Falla Lozano llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Protección S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación RPMPD.

[1] Pasa a despacho 20/02/2023

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que nació el 1° de abril de 1963 y que desde el 15 de marzo de 1983 cotizó de forma ininterrumpida al ISS hoy Colpensiones, hasta el 17 de junio 2003. Agregó que los asesores de Protección la persuadieron para que el 17 de junio de 2003 se vinculara al RAIS, momento en el que la presionaron sistemáticamente para que se trasladara bajo los argumentos de que ese fondo privado era una entidad del Grupo Bolívar y era una orden de presidencia del grupo para que se trasladara y que además obtendría una mesada pensional superior a la que podría obtener con el ISS, e incluso, que el Estado iba a acabar con el ISS, lo que suponía un enorme riesgo para su pensión. Indicó que no le suministraron ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado, no se realizó ningún tupo de estudio o asesoría sobre el impacto y el alcance que tendría para ella ese cambio como tampoco las características y condiciones de cada uno de los regímenes ni las ventajas o desventajas del traslado realizado. Por lo anterior solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, petición que fue negada (índice 01 págs. 8 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, el número de semanas cotizadas y la proyección pensional realizada por la administradora; indicó no aceptar ni constarle los demás supuestos fácticos de la demanda. Expuso que la afiliación objeto de discusión es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues la señora Claudia Pilar Astrid Falla Lozano suscribió el formulario de vinculación en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de una verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Formuló como excepciones de mérito las de: *inexistencia de la obligación y falta de casa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, y la innominada o genérica*[2]*.*

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó aceptar los hechos relativos a la fecha de nacimiento y sobre la reclamación presentada por la actora; frente a los demás adujo no constarle. Sostuvo que no es procedente la ineficacia de afiliación realizada el 17 de junio de 2003 por la accionante, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una

[2] Índice 09

inconformidad por parte de la demandante. Como excepciones de fondo formuló las de: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica*[3].

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1° de diciembre de 2022, resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora PILAR ASTRID FALLA LOZANO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó el régimen de prima media.
>
> SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCION S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, si ya han sido redimidos, así como los gastos de administración o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos, desde gastos de administración en adelante, deberán ser indexados al momento del pago a Colpensiones.
>
> TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media.
>
> CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas
>
> QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia en contra de PROTECCION S.A.
>
> SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada PROTECCION S.A., dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos ($2.000.000), se exonera a Colpensiones del pago de las costas
>
> SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar adversa a COLPENSIONES".

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el que expuso que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de

[3] Índice 10.

régimen pensional de conformidad con los preceptos legales y jurisprudenciales, no se acreditó que hubiese existido ningún tipo de engaño por parte de las AFP que dieran paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que dentro de las oportunidades legales la actora nunca manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada al RAIS, debiendo asumir las consecuencias legales de tal decisión que no son otras que las de regirse por las normas, requisitos y procedimientos establecidos por el RAIS desde el día que realizó su traslado (min 36:51).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Pilar Astrid Falla Lozano del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 1° de abril de 1963 (índice 1 pág. 23), ii) se afilió al ISS en marzo de 1983 (índice 1 págs. 29 a 42 e Índice 09 pág. 39-57*)* y iii) que el 18 de junio de 2003 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección (índice 9 pág. 24).

Ahora bien, como tesis al caso se ha expuesto, que los asuntos sobre la ineficacia de traslado propiamente no tratan del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de

prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos

13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia la persona afiliada o que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo",* dado que, entre otros, la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*" (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-*2022 "los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *"los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos*

*del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.”.*

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad de la demandada no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones, los conceptos ordenados en la sentencia de primer grado con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y que al momento de cumplirse lo anterior, además, que los mismos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal Segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de diciembre de 2022, en donde es demandante PILAR ASTRID FALLA LOZANO y demandadas LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; para ordenar a PROTECCIÓN S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a9ba066ea404abb40f90eb92994cbb74316c2af7d00bbecfd60a08997fb24112**
Documento generado en 31/10/2023 04:02:24 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-038-2020-00380-01

| | |
|---|---|
| Demandantes: | LILIANA ESTUPIÑAN ORJUELA |
| Demandada: | COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA – EN LIQUIDACIÓN |

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá del 9 de mayo de 2022.

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana Liliana Estupiñan Orjuela llamó a juicio a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 6 de octubre de 2009 y el 31 de octubre de 2017, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de la liquidación del contrato para la fecha terminación del mismo, las indemnizaciones de que tratan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 y los demás derechos demostrados ultra y extra petita, de manera indexada junto con las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones al indicar que el 6 de octubre de 2009 suscribió con Servicopava un acuerdo cooperativo de trabajo asociado para ocupar el cargo de agente del servicio al cliente, para lo cual cumplió un horario habitual en turnos rotativos de 8 horas y 15 minutos en franjas de 5:00 p.m. a 1:45 a.m., de 3:00 p.m. a

[1] PD 27/05/2022

12:45 a.m., de 5:00 a.m. a 1:45 p.m. y de 4:00 a.m. a 12:45 p.m., trabajando durante 6 días y descansando el séptimo día.

Indicó que las funciones laborales desarrolladas eran prestadas para una tercera entidad llamada Aerovías del Continente Americano – Avianca, labores que cumplió hasta el 31 de octubre de 2017. Agregó que devengaba un salario mensual de $1.155.381 y que durante la vigencia de la relación laboral se mantuvo en una constante subordinación por parte de la demandada, en tanto debía cumplir un horario y realizar las labores encomendadas por su jefe inmediato y demás personal gerencia de la cooperativa. Explicó que a finales de septiembre de 2017 se le notificó sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo a partir del 31 de octubre de 2017, esto debido a la terminación del acuerdo comercial con Avianca. Además, que la demandada le solicitó a todos los colaboradores que presentaran la correspondiente carta de renuncia como requisito para poder acceder a una nueva contratación directamente con Avianca[2].

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Cooperativa de Trabajo Asociada Servicopava en Liquidación mediante apoderada judicial, presentó escrito de contestación en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, aduciendo no ser ciertos ninguno de los hechos relacionados en el libelo demandatorio. Sostuvo que entre las partes se suscribió un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado vigente entre el 6 de octubre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2017, convenio de asociación que se terminó obedeciendo única y exclusivamente a una decisión unilateral por parte de la accionante mediante renuncia voluntaria, la cual realizó de manera libre, consciente y voluntaria. De igual manera, precisó que la actora nunca tuvo la calidad de trabajadora en ejecución de un contrato de trabajo, sino que su vinculación con la demandada fue en condición de trabajadora asociada. Como excepciones de mérito presentó las de: *cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica*[3]*.*

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 resolvió absolver a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava – En Liquidación, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas a la demandante incluyendo como agencias en derecho $500.000.

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* precisó que la relación contractual que se da entre los asociados y las Cooperativas de Trabajo Asociado, por mandato legal no

[2] Índice 01
[3] Índice 04 - CONTESTACION DEMANDA LILIANA ESTUPIÑAN

comporta un contrato de trabajo subordinado o dependiente en el que se pueda hablar de trabajadores o empleadores, pues los asociados son al mismo tiempo participes de la propiedad de la cooperativa, entonces no le son aplicables las reglas del CST. Así las cosas, advirtió que con las pruebas que militan en el informativo no puede deducirse la presencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, pues si bien es cierto se encuentra la actividad de la demandante y el pago de unas retribuciones como contraprestación de esa actividad personal, lo que no surge es precisamente el vínculo subordinado que exige el CST como configurador particular de una relación contractual laboral.

En ese escenario, trayendo a colación jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que no hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral regida por el CST entre la demandante y la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicoopava, advirtiendo que no es objeto de debate en el presente trámite procesal la eventual intermediación de la cooperativa respecto de terceros que eventualmente desnaturalizara su condición como CTA en los términos de la Ley 1233 de 2008. Por otra parte, precisó, que aun si en gracia de discusión pudiera deducirse que la actividad de la demandante se habría dado dentro de un escenario de subordinación jurídico laboral, las súplicas de la demanda tampoco tendría vocación de prosperidad en la medida que a la demandante le fueron reconocidos, como ella misma lo admite en su interrogatorio de parte y como se acredita en el informativo, beneficios y pagos equivalente a lo que podría recibir un trabajador dependiente en el marco de las previsiones del CST (min 1:47:27).

## III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandante interpuso recurso de apelación, manifestó que si bien es cierto en la sentencia recurrida se hizo alusión a unos elementos, los mismos sí constituyen una verdadera relación laboral entre las partes, en el entendido que la subordinación estuvo latente todo el tiempo sumado a la configuración de los demás elementos que se presentaron en el presente trámite, así las cosas, se opuso a la decisión de primer grado en el entendido que existe una vulneración evidente a los derechos de la trabajadora toda vez que se desconoce la primacía de la realidad sobre los formalismos, así como se desconocieron unos derechos irrenunciables de la demandante. Agregó que aunque no existió una reclamación o cualquier otra manifestación frente a las irregularidades contractuales, tanto en la vinculación como en la terminación de la misma, no quiere decir que haya existido 100% satisfacción en la realización de sus labores, en el entendido que la figura que operó entre las partes fue el de un contrato realidad.

Por otra parte, que la rentabilidades o compensaciones a las que se hicieron alusión en el fallo apelado no son asimilables a las prestaciones y pagos que se generan con ocasión a un contrato de trabajo, pues las mismas fueron reconocidas con el ánimo de disfrazar los aportes al sistema de seguridad social (min. 2:06:39).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales, no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, con alegación de conclusión presentadas, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre la demandante y la Cooperativa demandada existió un contrato de trabajo de trabajo, como consecuencia, si le asiste el derecho al pago de prestaciones sociales e indemnizaciones deprecadas.

## V. CONSIDERACIONES

Es preciso señalar que la actora en su demanda pretende únicamente la declaratoria de la existencia de una relación laboral con la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, desde el 6 de octubre de 2009 y el 31 de octubre de 2017, consecuencialmente, el pago de las acreencias laborales que aduce tener derecho; razón por la que no resulta posible estudiar en este asunto supuestos diferentes a los expuestos por la actora, en la medida en que no se pretendió ni discutió que cualquier otra sociedad en calidad de cliente o contratante de la encartada haya fungido como empleadora de la señora Liliana Estupiñan Orjuela y que Servicopava haya actuado bajo los supuestos de intermediación laboral.

En ese orden, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha destacado que la es característica del contrato de trabajo, la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

De conformidad a lo establecido por el artículo 23 del CST, para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales, la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio.

Por su parte, el artículo 24 íbid., consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual

condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL1664-2021, SL1639-2022[4] entre otras).

Adicionalmente, es necesario precisar que desde la Ley 79 de 1988 (art. 4º) y posteriormente en el Decreto 4588 del 2006 se conceptúo que las cooperativas son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creadas con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Se distinguieron tres modalidades de cooperativas, según su actividad, a saber: especializadas, multiactivas e integrales (artículo 61 de la Ley 79 de 1988); las primeras se definieron como aquellas que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural (artículo 62 ídem). Las segundas, como esas que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica (artículo 63 ídem), y las últimas, entendidas como aquellas que en desarrollo de su objeto social realicen dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios (artículo 64).

El legislador también se refirió a las Cooperativas de Trabajo Asociado, integrándolas en la categoría de las especializadas y definiéndolas como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios (artículo 70 ibídem) y previó que en los casos donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación, «será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria» (artículo 59 ibid.).

De manera que las cooperativas de trabajo asociado en su auténtico sentido nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los asociados son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia (CSJ sentencias rad. 25725 del 02 de feb. 2006 y rad. 35164 del 28 abr. de 2009).

---

[4] "Ese pilar se ha desarrollado en tanto no es atendible que la entrega libre y voluntaria, de energía física o intelectual que hace una persona a otra, bajo continuada subordinación, pueda negársele tal carácter, y por ello es que se ha entendido en amparo del propio artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que asigna un paliativo probatorio al trabajador, a quien le basta demostrar la ejecución personal para que opere en su favor la existencia del vínculo laboral, mientras que el empleador deberá desvirtuar el hecho presumido a partir de elementos de convicción que avalen que el servicio se ejecutó bajo una relación jurídica autónoma e independiente (CSJ SL1664-2021)."

De igual modo se debe señalar que en los procesos en los que se demanda un eventual contrato realidad de trabajo bajo la figura de la primacía de la realidad sobre las formalidades que ha impuesto una Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, debe partirse, en el juicio de valor probatorio a que alude el artículo 61 del CPTSS, necesariamente, de dos consideraciones preliminares que importan para la definición del litigio, de que en virtud de los textos contractuales, en principio, se está ante la presencia de un convenio asociativo de trabajo, por otra parte que en virtud de la especialidad de ciertos tipos de cooperativas de trabajo asociado, el bien o servicio de la cooperativa a un tercero, está amparada por una especie de presunción de legalidad, dado que para estas actividades la Ley Cooperativa así expresamente lo autoriza; diferente es cuando se indica y pretende que el contrato de trabajo tiene como empleador a tal tercero por la prestación personal del servicio que a este se realizó. Tal es el caso de las Cooperativas especializadas en salud, educación, transporte y seguridad y vigilancia privada, al tenor de lo dispuesto en los parágrafos de los artículos 5º y 12º del Decreto 4588 de 2006 y Ley 1233 de 2008.

Al respecto, el interrogatorio de parte rendido por la demandante Liliana Estupiñan Orjuela narró que firmó convenio de asociación con Servicopava el 6 de octubre de 2009, el cual finalizó el 31 de octubre de 2017, por cuanto la demandada le dijo que tenía que pasar una carta de renuncia para seguir laborando con Avianca, de lo contrario se quedaba sin trabajo. Afirmó que previo a suscribir los documentos de vinculación con la Cooperativa, les explicaron lo que ello implicaba, entre otras cosas, que iban a ser socios de esta y por lo tanto se sometían a la política que se tenía prevista. Además, que autorizó a la Cooperativa que le descontara sus aportes sociales y que la pasiva le pagó todas las compensaciones ordinarias y extraordinarias de manera quincenal, junto con las compensaciones semestrales de junio y diciembre. Que en los años 2010, 2014 y 2015 Servicopava le dio los permisos a que tenía derecho por la jornada electoral así como se le otorgaron unos descansos anuales que sería el equivalente a vacaciones durante la vigencia del contrato cooperativo. Aseguró que durante el vínculo cooperativo sólo trabajó en el aeropuerto sin que le fueran asignadas actividades distintas a las encomendadas al inicio (índice 09. min 26:49).

El representante legal Servicopava en interrogatorio de parte informó en síntesis que en el año 2009 la demandante presentó solicitud de afiliación voluntaria para afiliarse a la Cooperativa de Trabajo Asociada, y ante la existencia de un costo labor fue aceptada en la misma empezando a ejercer sus funciones a partir de octubre de 2009 como trabajadora asociada y cooperada, ejerciendo las labores de auxiliar o agente de servicios de acuerdo con la oferta mercantil que para es época tenía Servicopava con Avianca. Explicó que de acuerdo con la oferta mercantil cada asociado debía tener distintivos y colores que impartía la aerolínea. Adicionalmente que la Cooperativa paga todas las compensaciones legales y auxilio extralegales o extra cooperativos

que se impartían a los asociados gracias a la gran producción que tenía la cooperativa y al gran dinamismo que había (índice 09 min. 7:41).

La señora Meryein Yancet Amado en testimonio informó en relevancia que la demandante suscribió un convenio asociativo en octubre de 2009 con Servicopava que perduró hasta el 2017, fecha en la cual presentó la renuncia. Que la actora realizaba sus funciones en un tiempo de 8 horas diarias de lunes a domingo con un día de descanso, estando asignada a los servicios de Avianca. Precisó que a la accionante se le pagaban unas compensaciones mensuales que se dividían en quincenas, como también percibía unas compensaciones semestrales y anuales, auxilios extralegales, auxilios de transporte o de alimentación, beneficios que dependía de la empresa cliente para la cual estaba asignada. Indicó que para desarrollar las actividades la demandante recibía unas instrucciones como todos los asociados, quienes tenían unos coordinadores o líderes de Servicoopava que les indicaban qué era lo que debían realizar y qué función hacer cada día. De igual manera, que la actora tenía unos distintivitos como asociada de la Cooperativa, con pago de emolumentos como asociada que le eran adeudados (ibid. min. 45:45).

A su turno, como testigo la señora Andrea Liliana Guerrero Agudelo indicó que fue compañera de la demandante cuando trabajaron juntas en Avianca desde aproximadamente en el año 2011, para lo cual tenía conocimiento que Liliana estaba asociada en Servicopava, pues manejaban el mismo tipo de contrato. Explicó que la actora estuvo vinculada en el módulo, mostrador y en el salón VIP que fue donde trabajaron juntas en el aeropuerto, que en el 2017 les exigieron terminar el contrato con la cooperativa para iniciar contrato con Avianca directamente. Agregó que la actora cumplía unos turnos rotativos de 8 horas de domingo a domingo, y que era la parte administrativa de Avianca la que elaboraba el cronograma de turnos. Siendo masivo el cambio de contrato para pasar a Avianca, quienes utilizaron uniformes con distintivos de esta empresa sin determinar cuál era la que los entregaba (ibid. min 1:06:02).

Por otra parte, al índice 4 – archivo *‘‘CONTESTACION DEMANDA LILIANA ESTUPIÑAN”* se aportaron los siguientes documentales:

- Estatutos de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, en el que se estableció como objeto social que corresponde a:

*“ (…) una organización sin ánimo de lucro perteneciente al sector solidario de la economía, que asocia personas naturales que simultáneamente son gestoras, que contribuyen económicamente a la Cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo, es el de generar y mantener trabajo para sus asociados con autonomía, autodeterminación y autogobierno, velar por el desarrollo y la prosperidad económica y social de todos los asociados, mediante la prestación de servicios en forma autogestionaria en las siguientes actividades socioeconómicas: Servicios de operación y manejo de proceso administrativos, operativos y de soporte,*

*dentro de los cuales tenemos los siguientes: Servicios aeroportuarios, operaciones de servicio a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada. Atención y/o mantenimiento de aeronaves de pasajeros y/o carga en rampa. Manejo logístico y venta de pasajes y servicios aéreos, terrestres, fluviales y marítimos (…)" (págs. 28 a 66).*

- Adicionalmente, dentro de los estatutos se estipuló el régimen económico (aportes sociales), régimen de compensaciones (págs. 82 a 89) y régimen de trabajo (págs. 67 a 81), último en el que se estableció:

**ARTICULO 1.** Una vez se forma parte de la Cooperativa se requiere que el trabajador asociado aporte además del capital establecido en los Estatutos, la capacidad física, técnica e intelectual como parte del acto cooperativo, sin sujeción a la legislación laboral ordinaria. Existe compromiso contractual desde el momento de su aceptación y al acogerse a los Estatutos y regímenes aprobados por la Asamblea General.

**ARTICULO 2.** La prestación de servicios contratada con terceros por la Cooperativa, estará a cargo de los trabajadores asociados, quienes desarrollarán las actividades previstas en el Estatuto y en el presente régimen en forma autogestionaria.

**ARTICULO 3.** De los medios de producción y/o de labor de la Cooperativas de Trabajo Asociado. La Cooperativa de Trabajo Asociado deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología y demás medios materiales o inmateriales de trabajo. Si dichos medios de producción y/o de labor son de propiedad de

los asociados, la Cooperativa podrá convenir con estos su aporte en especie, la venta, el arrendamiento o el comodato y, en caso de ser remunerado el uso de los mismos, tal remuneración será independiente de las compensaciones que perciban los asociados por su trabajo. Si los medios de producción y/o de labor son de terceros, se podrá convenir con ellos su tenencia a cualquier título, garantizando la plena autonomía en el manejo de los mismos por parte de la Cooperativa. Dicho convenio deberá perfeccionarse mediante la suscripción de un contrato civil o comercial.

**ARTICULO 4.** La Cooperativa organizará directamente las actividades de trabajo de sus asociados, con autonomía administrativa, inclusive cuando se conviene o contrata la ejecución de un trabajo o proceso total o parcial a favor de otras empresas o terceros en general.

**ARTÍCULO 5.** La COOPERATIVA contratará a trabajadores no asociados, y sólo en forma excepcional y por razones debidamente justificadas y en tales casos las relaciones con ellos se regirán por las normas vigentes del Código Sustantivo del Trabajo, sin perjuicio de que las partes convengan otras modalidades de contratación. Se considerarán causas excepcionales y justificadas para contratar trabajadores no asociados las siguientes:

5.1 Para trabajos ocasionales o accidentales referidos a labores distintas de las actividades normales y permanentes de la COOPERATIVA.

5.2 Para reemplazar temporalmente al asociado que conforme a los estatutos o al Régimen de Trabajo Asociado, se encuentre imposibilitado para prestar su servicio, siempre que la labor sea indispensable para el cumplimiento del objeto social de la COOPERATIVA.

5.3 Para vincular personal técnico especializado, que resulte indispensable para el cumplimiento de un proyecto o programa dentro del objeto social de la COOPERATIVA, que no exista entre los trabajadores asociados y que no desee vincularse como asociado a la COOPERATIVA.

**ARTICULO 6.** Cada trabajador asociado activo tendrá un puesto de trabajo claramente definido por la Cooperativa y sus funciones serán fijadas en el Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado. Además de realizar la labor asignada al trabajador asociado, éste debe desempeñar el cargo para el cual fuere elegido democráticamente como miembro del órgano directivo, para integrar comités especiales o comisiones transitorias por designación del Consejo de Administración, siempre que estas funciones no afecten la responsabilidad de su trabajo.

- Ofertas mercantiles de prestación de servicios para la venta de servicios de apoyo en proceso técnicos, administrativos y operativos celebrados entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava a Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca de 1° de agosto de 2003, junto con el contrato de comodato precario 123605021, diferentes otrosíes y anexos al mismo (págs. 90 a 443).

- Solicitud elevada por la demandante para afiliarse a la Cooperativa Servicopava del 6 de octubre de 2009, la cual fue aceptada esa misma fecha por parte de la demandada (págs. 454-455).

- Entrega de Cartilla de *"Inducción y Nivel Básico de Cooperativismo de Trabajo Asociado";* certificación en la que consta que la actora recibió *"la inducción de ingreso a SERVICOPAVA, código de ética de la Cooperativa y beneficios de AVIANCA"* y declaración de recepción de código de ética suscrito por la accionante (págs. 484-486)

- Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado y complementario, suscrito entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava y la demandante el 6 de octubre de 2009, por el cual la trabajadora se obliga a desempeñar las funciones de AUXILIAR DE SERVICIOS (págs. 449-450) y acuerdo complementario al convenio de asociación suscrito por las partes el 19 de diciembre de 2013 (pág. 451).

- Comunicación del 6 de octubre de 2009 en el que se le informa a la actora que *"de acuerdo con la oferta MERCANTIL de venta de servicios, firmada entre AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA y SERVICOPAVA, y el convenio de asociación suscrito por usted con esta Cooperativa, a partir de la fecha usted comenzará a ejercer las funciones de AUXILIAR DE SERVICIOS en el área de la [sic] TALENTO HUMANO, en la ciudad de BOGOTA" (pág. 473).*

- Autorización de descuento de aportes voluntarios, en la que la actora autoriza a Servicopava a descontar mensualmente de sus compensaciones ordinarias y/o extraordinarias $13.600 por concepto de aportes voluntarios que incrementen su cuenta individual de aportes sociales; misma comunicación en la que manifiesta que se somete a las disposiciones legales y a la reglamentación de Servicopava para la devolución total o parcial de dichos aportes voluntarios (pág. 456).

- Comunicaciones denominadas *"invitación a mejoramiento" e "incremento",* emitidas por Servicopava y dirigidas a la accionante, en las que le invitan a cumplir con los procedimientos establecidos por la compañía e informan el aumento de las compensaciones y auxilio de transporte (467- 472).

- Solicitudes de descansos por jornada electoral suscrita por la demandante dirigidas a Servicopava y concesión de descansos anuales (págs. 475 a 483).

- Renuncia presentada por la señora Liliana Estupiñan Orjuela de fecha 26 de octubre de 2017, la cual fue aceptada por Servicopava a partir del 31 de ese mismo mes y año (págs. 461-462).

- Paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación y ficha técnica de trabajador asociado (págs. 458-459).

- Certificación expedida el 3 de noviembre por Servicopava en la que informa que la señora Liliana Estupiñan Orjuela desarrolló sus labores Asociativas en esa Cooperativa desde el 6 de octubre de 2009 hasta el 31 de octubre de 2017, desempeñando como último cargo asociativo el de AGENTE DE SERVICIO AL CLIENTE y entrega de documentos de retiro (págs. 487 a 492)

- Histórico de los pagos efectuados por la cooperativa a la demandante y certificados de aportes en los que consta que la demandada realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social a favor de la actora, en los términos allí referidos (págs. 493 a 528).

- Certificación expedida el 1 de diciembre de 2017por el representante legal suplente de la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava (pág. 446), en la que consta:

"Que entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava y la empresa cliente Avianca, se suscribió una oferta mercantil para prestar servicios de soporte en actividades no misionales de la empresa cliente.

Que a su vez, la oferta mercantil suscrita no fue prorrogada por parte de la empresa cliente Avianca, finalizando la relación contractual atrás referida a partir del treinta y uno (31) de diciembre de 2017.

Que los trabajadores asociados de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, en razón a la finalización de la oferta mercantil, no se les permite el ingreso a las instalaciones aeroportuarias donde realizaban sus labores asociativas desde el 31 de octubre de 2017.

Que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA de común acuerdo con sus otras empresas clientes, han decidió finalizar las ofertas mercantiles suscritas entre las partes, con cortes entre el 30 de noviembre y 31 de diciembre de 2017".

Lo anterior, evidencia que la demandante prestó servicios como auxiliar de servicios y, posteriormente, como agente de servicio al cliente, por el acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito con la Cooperativa demandada, ejecutando funciones propias para esos cargos y en virtud del contrato surgido de la aceptación de Avianca de la oferta mercantil emitida por Servicopava de la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos.

En ese sentido, es dable colegir que la demandante prestó sus servicios personales, al igual que la declarante Andrea Liliana Guerrero Agudelo, pero lo cierto es que ese servicio fue como asociada de la cooperativa demandada, en virtud del mencionado contrato de asociación que celebraron las partes. Sin situación fáctica que diera cuenta que pese la organización de la demandada como cooperativa de trabajo asociado, esta fungiera como mero intemediario, en que antes que catalogarse como empleador, debiera responder como solidaria, ante la declaratoria del contrato de

trabajo con una empresa tercera, pues el régimen asociativo de por si permite la subordinación al acuerdo de trabajo asociado, lo que no permite la estructuración del contrato de trabajo en los términos del artículo 23 del CST, logrando concluir que no se desvirtuara que la vinculación que existió entre las partes estuvo regida por las normas aplicables al sector solidario y excluidas de la legislación laboral, según lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 79 de 1988 y por tanto que la condición de la actora era de trabajadora asociada y no trabajadora subordinada en los términos del Código Sustantivo de Trabajo.

Además, como se advirtió del estudio en conjunto de este material probatorio es dable advertir que la demandante desde un comienzo conocía la forma de vinculación, se sujetó a las reglas y estatutos de la cooperativa, efectuó la solicitud de admisión de manera libre, se sometió a todo un proceso para el consecuente ingreso a la cooperativa; aportó su capacidad física en beneficio de ésta, su fuerza de trabajo fue compensada en la forma establecida en el régimen de compensación y en el convenio de asociación celebrado, situaciones que fueron aceptadas por la misma actora al absolver el interrogatorio de parte; lo que conlleva a tener que desde un comienzo conocía la forma de vinculación y no solo se sujetó a las reglas y estatutos de Servicopava sino que ejerció de manera activa su rol de asociada de la cooperativa.

Aunado a lo anterior, ningún elemento probatorio aportado al plenario permite inferir que entre los sujetos procesales se haya configurado una relación regida por un contrato de trabajo, pues en efecto, tanto la prueba documental, los interrogatorios de parte como la testimonial corroboran la existencia de un convenio asociativo de trabajo; concluyéndose así que la parte promotora de este proceso se abstuvo de demostrar alguna circunstancia fáctica que llevara a la conclusión de la existencia de un contrato de trabajo, como tampoco logró desvirtuar la existencia del vínculo como trabajador cooperado, asunto del que sí se ocupó la pasiva.

Además, se desvirtúa la presunta subordinación que se dice existió entre la demandante y la cooperativa de trabajo asociado llamada a juicio, pues de la estructuración de la demanda y el subsiguiente litigio, el material probatorio recaudado surge que los servicios prestados por la actora lo fueron en su calidad de trabajadora asociada de la cooperativa, bajo la guía de esta y regida por los estatutos que gobiernan la actividad del ente cooperativo, máxime cuando se aprecia en la liquidación del convenio de trabajo, le fue devuelto el aporte social (págs. 458 a 460 índice 4 – archivo “CONTESTACION DEMANDA LILIANA ESTUPIÑAN”).

En suma, se está en presencia de una asociada a una cooperativa de trabajo asociado - no trabajador subordinado- que como tal no se rige por la normatividad laboral, sino por lo establecido en los estatutos de la CTA y el hecho de haber prestado servicios como auxiliar de servicios y agente de servicio al cliente, en este caso no le da la calidad de trabajadora en los términos pretendidos en la demanda ni resta la naturaleza al convenio asociativo suscrito entre las partes, ya que el artículo 70 de la

Ley 79 de 1988 contempla precisamente la prestación de servicios como una de las posibilidades de desarrollo del objeto social de tales cooperativas.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

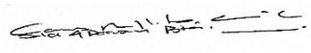
## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante la señora LILIANA ESTUPIÑAN ORJUELA y demandada la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA – EN LIQUIDACIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

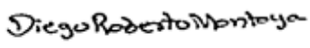
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**

**Sala Laboral**

**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **64721d10c19a3bbf713b3d77aed4f7d0e919342b31df134980d6d47b58de23f6**

Documento generado en 31/10/2023 04:02:22 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-038-2020-0093-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | MARIO GABRIEL RODRÍGUEZ FIGUEROA |
| Demandada: | PROMOTORA COLOMBIANA DE RECREACIÓN LTDA. |

AUTO

Se advierte que el apoderado del actor solicita se surta a favor del señor Mario Gabriel Rodríguez Figueroa el Grado Jurisdiccional de Consulta teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador[1]. No obstante, no es dable acceder a la referida petición toda vez que el artículo 69 del CPTSS establece que serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario siempre y cuando las mismas no fueren apeladas; requisito que no se encuentra reunido en el presente asunto como quiera que el doctor Álvaro Eugenio Márquez Sarmiento, en calidad de apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de abril de 2022, recurso que fue admitido mediante auto del 10 de mayo de 2022 y que será objeto de análisis en esta instancia.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación[2], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de

[1] Índice pdf 05
[2] Pase despacho 6/05/2022

apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá del 18 de abril de 2022.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano MARIO GABRIEL RODRÍGUEZ FIGUEROA llamó a juicio a la Promotora Colombiana de Recreación Ltda., para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por cuatro meses, que inició el 12 de agosto de 2017 y se prorrogó en dos oportunidades; que se declare que el 1 de junio de 2018 la demandada decidió terminar el contrato de trabajo en violación del Reglamento Interno de Trabajo, del Código Sustantivo del Trabajo y la Constitución Política de Colombia y que dicha terminación es ilegal y no surtió efectos jurídicos. En consecuencia, solicitó se condene al reintegro sin solución de continuidad a un cargo de igual o superior categoría, al pago de los salarios, prestaciones legales y extralegales, intereses, aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir hasta la fecha de su reintegro, junto con lo que se pruebe de manera ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, solicitó se declare que la Promotora Colombiana de Recreación Ltda., en vigencia de la relación laboral, nunca cumplió con la obligación frente a las actividades recreativas en empresas con más de 50 trabajadores y jornada de 48 horas a la semana, según artículo 21 de la Ley 50 de 1990, que pagó parcialmente la prima de servicios causada del 12 de agosto al 31 de diciembre de 2017 y hubo pago parcial de la liquidación final de salarios y prestaciones del contrato de trabajo ya que quedó debiendo parte de la prima de servicios generada del 12 al 31 de agosto de 2017, como consecuencia, solicitó se condene a la demanda a realizar y pagar la reliquidación de salarios y prestaciones teniendo en cuenta todos los factores salariales y tiempo laborado por el actor, así como, se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Fundamentó sus pretensiones en indicar que el 12 de agosto de 2017 suscribió un contrato individual de trabajo con la Promotora Colombiana de Recreación Ltda. por un término fijo de 4 meses, para ejercer el cargo de Barman en la ciudad de Bogotá; contrato que fue prorrogado en dos oportunidades por un término igual de 4 meses los días 11 de diciembre de 2017 y 10 de abril de 2018, teniendo como fecha de finalización el 9 de agosto de 2018. Señaló que el 24 de mayo de 2018, por motivos de fuerza mayor y caso fortuito, llegó a su turno de trabajo 30 minutos tarde, fecha en la que sin previa notificación fue requerido verbalmente por la Coordinadora de Talento Humano con el fin que rindiera descargos, para lo cual el actor expresó que

para rendir descargos debía existir una notificación clara donde se le formularan los cargos correspondientes, de acuerdo con el RIT. Por tal motivo, la Coordinadora de Talento Humano remitió carta al demandante, en la que le solicitó rendir descargos con relación al hecho de haber llegado 30 minutos tardes, pero sin indicar las normas del RIT ni del CST.

Agregó que el 30 de mayo de 2018, dentro del tiempo otorgado por la Coordinación de Talento Humano, el demandante remitió una comunicación rindiendo los descargos correspondientes, explicando la razón de su retraso; posteriormente que el 31 de mayo de 2018 fue llamado nuevamente a descargos por la supuesta negativa de ponerse una malla para el cabello el 24 de mayo de 2018, misiva en la que no se indicaron los cargos por los cuales era requerido conforme las normas del RIT. Que el 1 de junio de 2018, la empleadora decidió terminar con justa causa el contrato de trabajo, vulnerando los derechos al debido proceso, defensa, contradicción, doble instancia, dignidad en las relaciones laborales y a la presunción de inocencia, efectuándose el pago parcial de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales el 6 de junio de 2018, dejando de cancelar, la empresa, algunos emolumentos y prestaciones. Por lo anterior, que el actor se dirigió a una institución universitaria para verificar la liquidación efectuada, encontrando que no estaba acorde, que el 15 de agosto de 2018 las partes no llegaron a ningún acuerdo ante el Ministerio de Trabajo. Finalmente, que pese a que solicitó copia del RIT, de los desprendibles de pago e historia laboral, la empresa no le remitió toda la información relacionada con su historia laboral[3].

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Promotora Colombiana de Recreación Ltda., mediante apoderado judicial, presentó escrito de contestación en el que aceptó los hechos relativos a la fecha de inicio de la relación laboral y la modalidad contractual, la audiencia de conciliación a la que asistieron la partes ante el Ministerio de Trabajo, la petición radicada por el actor en la que solicitó una serie de documentos con su respectiva respuesta, frente a los demás supuestos fácticos adujo no ser ciertos o no constarles. En igual sentido, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, aclarando que el despido fue justo y legal y con ejercicio pleno del derecho de defensa y contradicción. Precisó que no existe ningún fundamento de hecho ni derecho para que se ordene el pago y reliquidación pretendida por el actor, puesto que la empresa le pagó todas las acreencias laborales establecidas en la ley derivadas del contrato de trabajo que existió hasta el 1 de julio de 2018, fecha en que terminó con justa

[3] Índice 01 págs. 112 a 134.

causa. Como excepciones de mérito presentó las de: *inexistencia de la obligación por carencia del derecho sustancial, falta de título causa para pedir por carencia del derecho reclamado, pago, cobro de lo no debido, prescripción, mala fe y temeridad del trabajador demandante, buena fe de la empresa demandada, legalidad y eficacia del despido y la genérica*[4].

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de abril de 2022, resolvió:

> "PRIMERO: ABSOLVER a la demandada SOCIEDAD PROMOTORA COLOMBIANA DE RECREACIÓN LTDA de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante MARIO GABRIEL RODRIGUEZ FIGUEROA, lo anterior específicamente, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.
>
> SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.
>
> TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $300.000 en favor de la demandada.
>
> CUARTO: Si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el Superior".
>
> TERCERO: CONDENAR en costas al extremo demandante. Tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a ½ SMLMV
> […]".

Para arribar a la anterior decisión, el *a quo* advirtió que se encuentra debidamente acreditado que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo, pactado inicialmente por 4 meses que se prorrogaron en 2 ocasiones, en virtud del cual el accionante se desempeñó como barman, devengando como último salario mensual la suma de $1.020.000, vinculación que estuvo vigente entre el 12 de agosto de 2017 y el 1 de junio de 2018, fecha en la cual la empleadora tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo aduciendo justas causa. En cuanto a la terminación del contrato de trabajo, el juzgador indicó que el demandante tenía conocimiento del Reglamento Interno de Trabajo de la accionada, que aceptó haber llegado con 30 minutos de retardo a su turno el 24 de mayo de 2018, a pesar de que debía ingresar a las 5:00 p.m. y se presentó a las 5:30 p.m. aduciendo que la persona

[4] Índice 13- SUBSANO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA MARIO RODRIGUEZ VS - LA BOLERA - AGOSTO 30 DE 2021

encargada de cuidar a su hijo tenía que realizar algunos trámites personales y que, sumado a ello, se presentaron algunas manifestaciones en la ciudad que ocasionaron trancones, aseveraciones sin respaldo probatorio, anotando que inclusive ante su empleador tampoco acreditó con prueba siquiera sumaria la ocurrencia de tales circunstancias, sin que el demandante justificara en debida forma su llegada tarde a laborar el 23 de mayo de 2018.

En cuanto a la causal de terminación relacionada con el hecho de que el demandante no utilizó la malla para el cabello para el cumplimiento de sus laborales, encontró acreditado que el demandante recibió capacitaciones relacionadas con la manipulación de alimentos y bebidas, pues así se admitió en el interrogatorio de parte rendido por el actor, a lo que se abonan las pruebas documentales que dan cuenta de la realización de estas actividades.

Expresó que no se contempla el RIT procedimiento que deba surtirse para el despido de un trabajador; que no hay lugar a exigir para efectos de un despido los mismos procedimientos que se establecen claramente para la imposición de sanciones disciplinarias, pues evidentemente el despido, como jurisprudencialmente ha sido reconocido, no es una sanción disciplinaria, ya que de manera alguna la desvinculación del trabajador tendría la virtualidad de hacer reflexionar al trabajador sobre su conducta. En ese sentido, que la demandada no tenía que cumplir algún procedimiento particular para la terminación del contrato de trabajo. Aunado a lo anterior, recalcó que al demandante se le garantizó la posibilidad de rendir explicaciones, cumplido ello, se adoptó la determinación pertinente sin que tal procedimiento merezca reproche alguno, por lo que descartó la posibilidad de una declaratoria de ilegalidad de la desvinculación derivada de una omisión de procedimientos por parte del empleador, lo que afecta las pretensiones relacionadas con el reintegro y las que de esta se derivan.

Teniendo en cuenta que no es viable por omisión de procedimientos disponer el reintegro del demandante ante un despido ilegal, el *a quo* se remitió a las previsiones del RIT de la empresa que regulan las faltas calificadas como graves, destacando que dentro de ellas dan lugar a la terminación del contrato de trabajo, el retardo de hasta 10 minutos en la entrada a la jornada de trabajo sin excusa suficiente por quinta vez, siendo cierto que el actor reiteradamente llegó tarde sin que se evidencian justificaciones atendibles, lo que comporta la configuración de una justa causa, estos es, incurrir en una conducta calificada como falta grave en el RIT. Dentro de este escenario, igualmente se le endilgó al demandante el incumplimiento en una instrucción, específicamente la de utilizar una malla para cubrir su cabello, que implica

la necesidad de su utilización al estar manipulando alimentos en su condición de barman, señaló que el actor en su interrogatorio de parte admitió que le fue suministrada esta malla para el cabello y que no la utilizó inmediatamente, incluso, que transcurrió más de un día sin haberla utilizado, que el demandante fue capacitado para el manejo de alimentos en la forma acreditada en el informativo, le fue indicado el uso obligatorio del elemento de manera oportuna, siendo evidente que el trabajador incumplió con esta orden expresamente dada por su empleador y por sus representantes, por esto encontró que efectivamente también se desconoció gravemente las obligaciones especiales del trabajador (min 2:26:43).

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en el que señaló que el demandante cumplió con la normatividad laboral y así se haya incumplido con el proceso disciplinario, la empresa debió ceñirse al debido proceso, mismo que se encuentra establecido en la sentencia que se hizo referencia en el escrito de la demanda. Además, se encuentra probado que la empresa no cumplió con el proceso por ella impuesto en el RIT, que a pesar del incumplimiento del horario de trabajo, esa no es una medida grave como para dar por terminado el contrato de trabajo porque estaba primero la vida de sus hijos como justificación para llegar un poco tarde al cumplimiento del trabajo, tanto así que el demandante nunca faltó al trabajo a pesar que sí presentaba retardos era por causas externas.

Agregó que el RIT establece qué clase de faltas deben tenerse en cuenta, por tanto al hacerse un procedimiento abreviado en menos de 8 días, como lo establece el mismo RIT, la empresa no le dio la oportunidad procesal al demandado (sic) para poder defenderse adecuadamente por lo que se desconoció su fuero interno y por lo tanto el RIT fue omitido por la Empresa Promotora Colombiana. Por otra parte, sostuvo que a pesar que los testigos manifestaron que desde el principio del contrato de trabajo se les había exigido la cofia, eso es falso, toda vez que se logró establecer que la cofia se instituyó a partir del 24 de mayo, aprovechando el momento en que el señor Mario estaba en una situación de vulnerabilidad, por haber llegado tarde 30 minutos tarde, además porque lo llamaron inmediatamente a descargos, por lo que no se cumplió con el RIT violándose el debido proceso; que la cofia no fue entregada al demandante, entonces, la culpa que recae sobre la empresa y no puede afectar al actor, ya que, reitera, no se entregó la cofia, casi 8 o 10 meses después de haberse suscrito el contrato de trabajo, afirmaciones que están corroboradas con los testimonios que rindieron los empleados de la empresa, pese que cada uno manifestó

algo diferente, advirtiéndose contradicciones entre la jefe de recursos humanos, pues ninguno sabía qué era la cofia ni cuando se la habían dado, únicamente hasta que se presentó el memorándum (min. 0:49).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si a la finalización del vínculo laboral ejecutado entre el señor Mario Gabriel Rodríguez Figueroa y la Promotora Colombiana de Recreación Ltda., obedeció a las justas causas alegadas por la empresa demandada.

## V. CONSIDERACIONES

Previo al análisis del problema jurídico, corresponde manifestar que no es objeto de discusión que entre el señor Mario Gabriel Rodríguez Figueroa y la Promotora Colombiana de Recreación Ltda. existió un contrato de trabajo a término fijo que tuvo vigencia entre el 12 de agosto de 2017 y el 1 de junio de 2018, en el que el demandante ocupó como último cargo Barman, devengando como último salario la suma de $1.020.000, supuestos fácticos que en igual forma se encuentran demostrados con el contrato de trabajo a término fijo de 4 meses (índice 01 págs. 36 a 38, 97), el cual fue prorrogado de manera automática en dos oportunidades por un periodo igual al inicialmente pactado y con terminación del empleador alegando justa causa (págs. 70 a 72 *ibídem)*.

Es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se enuncian las justas causas para la terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, determinadas en el artículo 62 del CST. También, que cuando se pretende la indemnización y/o reintegro por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, este último quien debe justificar legalmente su proceder (CSJ SL1166-2018). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Igualmente, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar el despido como justo, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de este, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados

en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal.

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien alega la configuración de una justa causa está en la obligación de demostrar ese hecho. En tal sentido, se tiene que el despido realizado por la parte demandada se realizó a través del comunicado de fecha 1 de junio de 2018 (págs. 70 a 72 índice 01), que indica:

> "Por medio de la presente me permito comunicarle la decisión, que lamentablemente su conducta nos obliga a tomar, de dar por terminado con justa causa, el contrato de trabajo de fecha Agosto 12 de 2017, en virtud a los hechos y razones que a continuación se relacionan:
>
> El injustificado incumplimiento y violación grave de sus deberes, obligaciones y prohibiciones contractuales y legales en aspectos tales como el cumplimiento de su horario de trabajo, cuando, por ejemplo, sin justificación válida, el pasado 24 de mayo de 2018, debiendo iniciar labores a las cinco de la tarde (5:00 pm), se presentó a las cinco y treinta minutos de la tarde (5:30 pm), es decir con treinta (30) minutos de retardo, argumentando según sus descargos que la persona que le cuida sus hijos menores de edad llegó tarde por motivos personales a cuidarlos.
>
> Desafortunadamente su airada e irrespetuosa reacción, cuando escasamente se estaba dando inicio a la notificación de los hechos y conductas sobre los presuntos incumplimientos o faltas a los deberes y obligaciones que motivaban la diligencia de descargos; aduciendo que para usted dar explicaciones sobre su retardo era obligación de la empresa citarlo por escrito, cuando nuestro Reglamento Interno de Trabajo en su Artículo 51, establece la posibilidad de hacer la citación verbal, pese a lo cual usted sin permitir siquiera terminar de comunicarle la totalidad de las razones de la citación a descargos, pues tan solo al dar inicio a la comunicación de los hechos sobre el posible incumplimiento de su horario, dijo usted que se negaba a presentar descargos hasta que se le citara por escrito, razón por la cual con el propósito de evitar discusiones innecesarias se le cito [sic] por escrito y se le solicito [sic] que presentara sus descargos por escrito, lo cual usted hizo pretendiendo justificar su llegada tarde simplemente argumentando, que la persona que le cuida sus hijos menores de edad, llegó tarde a cuidarlos por motivos personales, sin presentar ninguna clase de prueba de tal hecho.
>
> Por otra parte resulta injustificable su conducta del pasado 24 de mayo de 2018, de negarse abiertamente a cumplir las órdenes impartidas por la Administración, sin razón válida alguna, pues ante su negativa de acatar la orden escrita de la Administración, la Gerencia General realizó un comunicado donde se le ordena utilizar la malla para cubrir el cabello y usted la manifestó a la señora Roxi F. Pulido, que no utilizaría la malla hasta tanto tuviera una reunión con la Gerencia General; a pesar de la orden impartida por escrito firmado directamente por la Gerente General, en la que se indicaba que era obligatorio el uso de la malla, pese a lo cual usted de hecho se ratificó en su negativa de no a [sic] acatar dicha orden, pues a pesar de que en sus descargos manifiesta usted no haberse negado a cumplir dicha orden, de hecho no la quiso utilizar hasta el día sábado 26 de mayo del presente año, cuando decidió usarla "por voluntad propia", tal como usted mismo lo afirma en su diligencia de descargos rendida el día 31 de mayo del año en curso. (…)"

Así pues, se extrae que las faltas calificadas como graves se circunscribieron en que el trabajador el 24 de mayo de 2018 se presentó a su turno de trabajo con 30 minutos

de retardo y que ese mismo día se negó a cumplir las órdenes impartidas por el empleador, en especial, la relacionada con la utilización de la malla para cubrir el cabello para el cumplimiento de sus funciones.

Allí se pone de presente las posibles faltas en que incurrió el trabajador, como quiera que se le endilgó que incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratado, en tanto que no ejecutó correctamente los procedimientos, funciones y responsabilidades que tiene establecido, con fundamento en los artículos 43, 46 y 48 artículo numeral 4 del RIT en concordancia con el artículo 58 y 60 del CST.

El demandante a efecto de probar que fue despedido sin justa causa, al índice 01 allegó las siguientes pruebas documentales:

- Contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 12 agosto de 2017 (págs. 146 a 148).

- Reglamento Interno de Trabajo de la Promotora Colombiana de Recreación Ltda. (págs. 149 a 175).

- Comunicación de fecha 24 de mayo de 2018 (pág. 176), por medio de la cual la demandada le solicitó al actor:

  "[…] que en un término no mayor a cinco días hábiles contados a partir del día de mañana, se sirva rendir los descargos por escrito que se negó a rendir el día de hoy 24 de mayo de 2018, con el objeto de que explique la razón por la cual usted llegó con treinta (30) minutos de retraso respecto a su hora de ingreso.

  Es de anotar que conforme al Artículo No. 51 del Reglamento Interno de Trabajo, contrario a lo que usted manifiesta esta citación se puede realizar en forma verbal, incluso en el momento mismo en que se [sic] suceden los hechos, no obstante con el objeto de darle las mayores posibilidades para ejercer su derecho de defensa, dispone usted del tiempo antes indicado para que pueda aportar las pruebas que estén en su poder o solicitar las practicas [sic[ de aquellas que considere conducentes oportunas y que le sean favorables.

  Aprovechamos la oportunidad de hacer entrega de la malla que debe utilizar en el cabello durante el servicio de acuerdo a normatividad vigente, Resolución 2674 e[sic] 2013, Capitulo III, Artículo 14, numeral 5."

- Descargos presentados por el actor el 30 de mayo de 2018 (págs. 177-178), en el que indicó:

Por medio de la presente me permito entregar a Uds en el termino de no mayor a 5 dias habiles apartir del 24 mayo del 2018 los descargos Solicitados por uds de manera escrita con el objeto de explicar la razon por la cual llegué con 30 minutos de retraso Respecto a la hora de ingreso programada.

El dia 24 de mayo la persona que A diario se hace Responsable del cuidado de mis hijos menores de edad de 12 y 3 años debia Realizar algunos tramites personales, ya que durante casi todos los dias se hace cargo de ellos mientras mi esposa y yo trabajamos, dicho dia salio desde las 7:00 AM para poder estar devuelta a nuestra casa a eso de la 1 o 2 de la tarde para yo poder partir hacia mi trabajo A eso de las 4 PM para poder llegar con algún tiempo de anterioridad 10-15-20 o Hasta 30 minutos como en muchas ocaciones si no todos los dias lo hago... Pao desafortunadamente y por cuestiones ajenas a ella y a mi como lo puede ser cualquier dia el transporte de la ciudad, las filas en las diligencias, el trafico y la importancia de dichos tramites no lo permitieron así, llegando a Recibirle a mis hijos A las 4:00:00 PM mas sin embargo Concidaé que el tiempo da suficiente para llegar a trabajar y por lo cual partí hacia mi trabajo; Cabe Anotar que no podia partir sin esperar a esta persona ya que no tenia con quien mas dejar antes de las 4:00 PM y no es coherente, logicó, bueno, y seria irresponsable de mi parte dejarlos Solos en la casa encerrados y sin el cuidado y la Responsabilidad de un adulto, aparte de peligroso.

Racionalmente a esto y a pesar de que habia salido con un buen tiempo Prudente de mi casa hacia el lugar de trabajo, existieron Ciertas Protestas por los Vendedores Ambulantes de la Av. Suba con Av. Ciudad de Cali, El

los cuales fueron desalojados de sus lugares de trabajo en ESPACIO Publico por la policia, en los anteriores dias a esta fecha de la cual estoy Hablando-Escribiendo (24-Mayo 2018) esto tambien afecto mi trayecto a laborar, fue transcurriendo el tiempo y desafortunadamente mi Celular se encontraba fuera de Servicio Por falta de pago y no Contaba ni con datos ni minutos Para poder Comunicarme via Celular con el telefono de la bodega e informar el inconveniente que se me estaba presentando.

Si Infortunadamente llegue a turno a las 5:30 PM y mi turno Iniciaba a las 5:00 PM, Cabe anotar nuevamente que mis hijos Son menores de edad y por tal motivo no podia dejarlos solos; Estos fueron dos hechos y motivos por los que existió mi Retraso

Al llegar a la oficina de administración Casi que no pude ni Saludar, pues se me ordenó dirigirme inmediatamente a la oficina de Recursos humanos donde la Señora Roxi Polido y Un abogado JAIRO Segura me ordenan Rendir descargos Sin Siquiera Preguntar, Indagar, o darme tiempo de explicar el Porque de mi llegada tarde, dandole cero importancia a mi vida personal Privada o por lo menos saber los motivos, si no que a la hora de Rendir descargos me sentí Juzgado y Acusado injustamente.

- Citación a descargos notificada al señor Mario Rodríguez, en el que la empresa lo citó para el día 31 de mayo de 2023 a las 4:00 p.m., misiva en la que se le indicó que dicha diligencia obedecía a la *"negación a utilización de malla para el cabello, orden directa de gerencia"*. De igual manera, se le informó que podía acudir con testigos y presentar las pruebas que pretenda hacer valer en ejercicio de su derecho de defensa y que los descargos son la expresión del derecho a la defensa y tiene por objeto de garantizar el debido proceso (Índice 01 pág. 179).

- Comunicación terminación del contrato de trabajo del 1 de junio de 2018 (págs. 180 a 182).

Obrantes a páginas 183 a 217 del índice 01, hacen referencia a desprendibles de nómina, liquidación y otros, donde ser advierte que el recurso de apelación versó únicamente respecto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que originaron la terminación del contrato de trabajo más no se alegó reparo alguno frente a las demás pretensiones que se negaron en primera instancia.

Por su parte, la demandada Promotora Colombiana de Recreación Ltda., allegó en relevancia al punto materia del recurso (índice 13 – archivo *"SUBSANO CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA MARIO RODRIGUEZ VS - LA BOLERA - AGOSTO 30 DE 2021"*),:

- Control de horario de llegada y salida a los turnos de trabajo del señor Mario Rodríguez (págs. 50 a 53, 55 a 57).

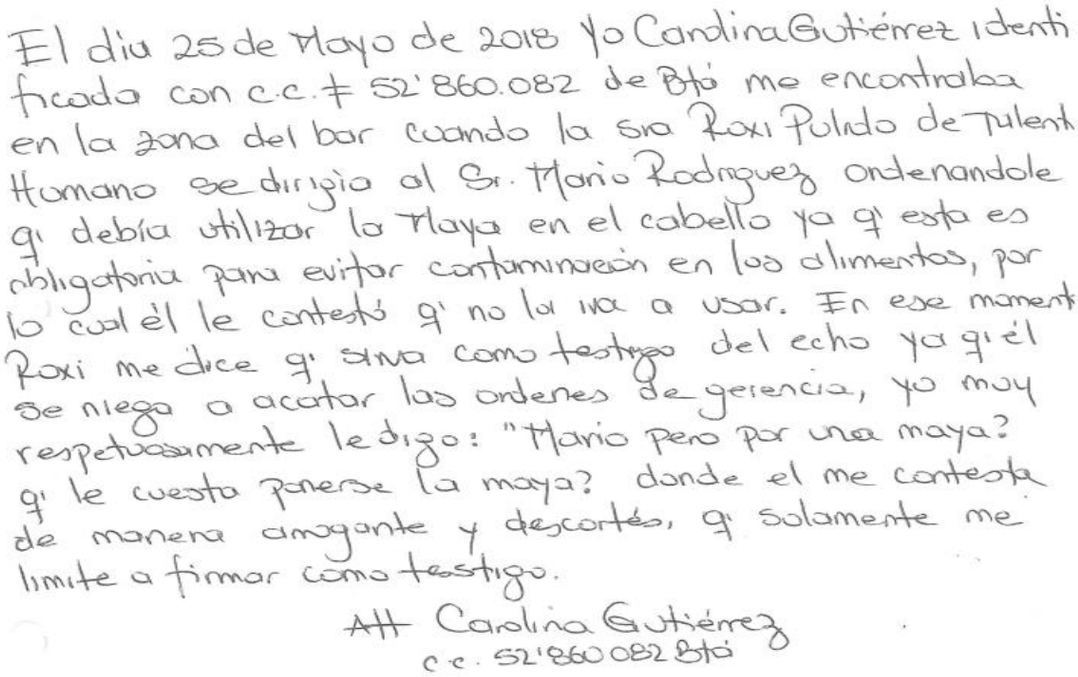
- Llamado de atención realizado el 29 de diciembre de 2017 al demandante por sus llegadas tarde (pág. 54).

- Comunicado interno del 23 de septiembre de 2017, recibido por el demandante, dirigido al personal de cocina, heladería, mesa y bar, en el que les recuerda a los trabajadores que el manipulador de alimentos es toda persona que interviene directa o indirectamente en actividades de fabricación, procesamiento, preparación, envase, transporte, almacenamiento y expendio de alimentos; a quienes se les da unas instrucciones de higiene para la manipulación de alimentos, en especial, dar cumplimiento a la Resolución 2674 de 2013, so pena de tomar medidas al respecto (págs. 62 y 63).

- Comunicación del 25 de mayo de 2018 dirigida a Mario Gabriel Rodríguez Figueroa, entre otros, en el que se les informa que *"[e]l día de ayer hicimos entrega de las mallas que deben utilizar para cubrir el cabello, las cuales son de obligatoria utilización de acuerdo a la Normativa para Manipuladores de Alimentos, Resolución 2674 de 2013, Capitulo III, Artículo 14, numeral 5"* (pág. 77).

- Contrato individual de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 12 de agosto de 2017 (págs. 78 a 80).

- Documento indica suscrito por Carolina Gutiérrez en los siguientes términos (pág. 81):



El día 25 de Mayo de 2018 Yo Carolina Gutiérrez identificada con c.c.# 52'860.082 de Btá me encontraba en la zona del bar cuando la Sra Roxi Pulido de Talento Humano se dirigía al Sr. Mario Rodriguez ordenandole q' debía utilizar la Maya en el cabello ya q' esta es obligatoria para evitar contaminación en los alimentos, por lo cual él le contestó q' no la iba a usar. En ese momento Roxi me dice q' sirva como testigo del echo ya q' él se niega a acatar las ordenes de gerencia, yo muy respetuosamente le digo: "Mario Pero por una maya? q' le cuesta ponerse la maya? donde el me contesta de manera amigante y descortés, q' solamente me limite a firmar como testigo.

Att Carolina Gutiérrez
c.c. 52'860 082 Btá

- Descargos rendidos por el señor Mario Gabriel Ramírez Figueroa el 30 de mayo de 2018 (págs. 82-83)

En interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada señaló que las razones por las cuales se finalizó el contrato de trabajo al demandante obedecieron a que llegó tarde en 10 oportunidades e incumplió órdenes que se le dieron en la compañía, pues él se negó a usar la cofia por dos días, pese que era su deber. Afirmó que para tomar la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo se cumplió con el procedimiento establecido en el RIT (min. 5:49).

El demandante en interrogatorio indicó que en la diligencia de descargos expresó que ya tenían varios meses desde el año 2017 en que no venían usando la malla exigida y no veía inconveniente en empezarla a usarla, por lo que pidió la reunión con la señora Sara para mirar el tema estético porque trabajaban de cara al cliente y que con otros dos compañeros que fueron despedidos solicitaron varias veces una reunión con la gerente, la cual no fue concedida. Explicó que el 24 de mayo de 2018 ingresaba a laborar a las 5:00 p.m., y sus hijos, de 4 y 12 años, siempre los cuida una persona, que ese día la señora que los cuida llegó tarde por unas manifestaciones, aun así, el demandante salió a trabajar y se dirigió al lugar de la Bolera, pero por ese mismo hecho no fue posible llegar a tiempo como tampoco podía dejar en estado de vulnerabilidad a sus hijos sin una persona adulta y responsable; que por esa razón llegó tarde 30 minutos, explicando en su oportunidad lo sucedido a las personas que le preguntaron. Mencionó que el 24 o 25 de mayo recibió la orden de utilizar una malla en la cabeza por efectos higiénicos, sin embargo, que como ya llevaban varios meses trabajando sin este tipo de malla y por considerar que la misma no se veía

estéticamente presentable al cliente, era un asunto que, junto con otros compañeros, querían hablar con la gerente, con el fin de utilizar otro producto para cubrir el cabello, puesto que son directamente los implicados en la preparación de los cócteles. Que, al no obtener la reunión requerida, utilizó la malla pasados entre uno o dos días, pues, reiteró, no veía necesario utilizarla. Por otra parte, aceptó que recibió capacitaciones sobre el uso adecuado de productos químicos, sobre trazabilidad y rotulación de alimentos, manipulación de alimentos, entre otros (min.13:44).

Igualmente, se practicaron los siguientes testimonios:

- El señor Cesar Augusto Cárdenas Márquez quien indicó que conoció al demandante porque trabajaron juntos en “la Bolera” aproximadamente en el año 2017-2018, lugar donde el declarante ocupó el cargo de Coordinador Operativo y el demandante ejercía las funciones de barman. Señaló que el actor fue desvinculado en el año 2018 luego de una auditoría que hubo por parte de Colsubsidio para realizar un torneo grande en la Bolera el que se finalmente se realizó, en el que se evidenciaron algunas cosas que debían cambiarse; además, que tenía conocimiento que una de las razones de desvinculación obedeció al uso de la malla, ya que el demandante tenía que usar una malla, la cual usaba de vez en cuando, sin embargo, que no recuerda exactamente los temas que dieron origen a la terminación del contrato de trabajo (min. 39:27).

- Asistió el señor Daniel Mauricio Gómez Estupiñán quien señaló que conoció al Mario Rodríguez porque trabajaron juntos durante un año en la Bolera, aproximadamente del 2015 a 2017. Anotó que el actor desarrollaba sus actividades en el bar con el declarante, para lo cual tenían a cargo la atención de la barra, sirviendo y preparando bebidas calientes, bebidas frías, coctelería y cervezas, y que la razón por la cual le terminaron el contrato de trabajo al demandante fue porque no se colocó una cofia. Detalló que un ente de control les dijo que la cofia la debían utilizar cuando estuvieran haciendo proceso en el bar, tales como la elaboración, pues ellos – declarante y demandante- tenían las mismas funciones, para lo cual hacían la papayuela o alistaban las fresas, momento en el que ellos se colocaban la cofia, sin embargo, que en el bar no se la colocaban porque no estaba establecido ni era una obligación mientras no manipularan alimentos. Que por esa razón, los llamaron a unos descargos y al día siguiente ya tenían los respectivos reemplazos, tanto del demandante, del declarante como de otro compañero. Aseguró que no recibieron por parte de los administrativos directamente la instrucción de usar el elemento, sino que fue una chica de Colsubsidio que les dijo que debían utilizar la cofia para lo cual ello contestaron que “no aquí no nos dicen que la utilicemos”; luego fueron citados

para una especie de descargos que tuvieron, donde les preguntaron por qué no usaban la cofia o malla y que la culpa por esa razón iba a perder unos eventos con Colsubsidio; que el proceso de desvinculación fue una especie de descargos, un día en la noche más o menos a las 5 o 6 de la tarde y al otro día ya no tenían contrato vigente (min. 49:58).

- La señora Roxi Fabiola Pulido señaló en síntesis que conoció al demandante, como quiera que la declarante trabajó en el cargo de Coordinadora de Talento Humano entre el 6 de octubre de 2016 al 22 de julio de 2021. Narró que el actor trabajó en la empresa como barman y que las razones principales por las cuales terminó el contrato de trabajo fue por desobedecer una orden directa de la gerencia relacionada con que se colocara una cofia, ya que él era manipulador de alimentos en el bar, entonces debía cumplir una norma que exigía la malla para el cabello y pese que se le compró unas, él no quiso ponérsela aun cuando se tuvo una visita con Colsubsidio, justificando que no se la ponía hasta tanto no hablara con la gerencia. Manifestó que esa orden se le dio desde que él ingreso a la empresa, pues en esa oportunidad se les informó cuáles eran los elementos que debía usar, a lo que él siempre se negaba; recordó que a él se le entregó la malla al iniciar sus labores y se le indicó que debía cambiársela semanalmente o en el momento en que se dañara, para lo cual ellos subían a recursos humanos y se les entregaba una nueva. Posteriormente, que la empresa tuvo una visita de Colsubsidio donde la ingeniera de alimentos informó que las personas del bar no tenían la malla, por lo que la declarante junto con la gerente les entregó unas mallas pero en ese instante ellos se negaron a utilizarla, por lo que se les pasó un documento informando que debían ponerse con carácter obligatorio dicho elemento de acuerdo a la norma establecida para los manipuladores de alimentos, sin embargo, continuaron negándose, sin explicación alguna. Por otra parte, expresó que el demandante reiteradamente llegaba tarde, 2 o 3 veces por semana, aduciendo que era una fuerza mayor (min. 59:28).

- La señora Claudia Andrea López Salcedo, contadora de la Promotora Colombiana de Recreación, aseguró conocer al demandante cuando él ingresó a laborar en la compañía como barman en agosto de 2017, a quien se le finalizó el contrato aproximadamente en junio de 2018 por no obedecer órdenes relacionadas con no colocarse la cofia y no seguir procedimientos de acuerdo con el sistema de gestión. Indicó que siempre que ingresa a laborar alguien, como el actor, la persona de talento humano da la inducción de cómo debe portar el uniforme, qué elementos debe usar conforme el sistema de gestión, así como se les brindaba cursos de manipulación de alimentos y manejo de todos los procesos que ellos deben tener en el bar. Precisó que el demandante no venía utilizando desde el principio la cofia, sin embargo hubo

una persona de Colsubsidio que fue hacer una auditoría, que es la empresa que contrata los servicios en la Bolera, y advirtió cuáles eran las falencias que se tenían en el momento; que se suponía que tenía que usar la malla desde el inicio del contrato pero no se le exigió. Además, que esa situación junto con otras observaciones, puso en riesgo la contratación comercial entre la demandada y Colsubsidio, quien representaba un 30% de los ingreses en ese momento (min. 1:17:54).

- La señora Sara Cheque Romero, gerente de la sociedad demandada, aseguró conocer a Mario Rodríguez por cuanto compartieron vinculación laboral con la pasiva y él fue vinculado en agosto de 2017 para el cargo de barman. Afirmó que se le terminó el contrato de trabajo porque él no cumplía con las políticas de la empresa como el RIT, lo que se reflejaba en las llegadas tardes, el uso de la cofia que era deber de una persona que maneja alimentos y bebidas, como era el cargo del actor, y que afecta las normas que pide la Secretaría de Salud. Aseguró que al actor se le entregó la malla o cofia en tanto es una exigencia para todas las personas que manejan alimentos y bebidas; pese lo anterior, que a Mario se le dijo en varias ocasiones el deber de usar la cofia, para lo cual hubo una situación en particular relacionada con una negociación importante con Colsubsidio en donde una ingeniera los visitó para hacer la correspondiente auditoría, haciendo la revisión de todas las áreas como las del bar, alimento y bebidas, cocina, bodega, con el fin de verificar que se cumplieran todas la normas, justo en ese momento la ingeniera encontró que el demandante no tenía puesta la cofia e hizo la respectiva observación, momento en que la declarante le solicitó a la persona de talento humano que le dijera al actor que se la colocara, no obstante, él no quiso colocársela, lo que generó que la ingeniera representante de Colsubsidio escribiera en su reporte dicho suceso, lo que hizo que bajara puntos en la calificación de la negociación. Posteriormente, que tuvieron que hacer nuevamente el proceso de validación, hablar con todo el personal para que se colocaran la cofia y solicitarle nuevamente a la ingeniera de Colsubsidio que volviera a hacer una verificación para que les dieran una calificación positiva y no se dañara la negociación, más aún cuando el tema de la cofia está sujeto de vigilancia por parte de la Secretaría de Salud. De igual manera, en cuanto a la razón de finalización del vínculo, señaló que llegó tarde varias veces, una de ellas llegó más de media hora tarde, para lo cual se cumplió con el procedimiento de llamarlo y solicitarle las razones de su llegada tarde (min 1:32:35).

- Claudia Liliana Mendoza García informó que trabaja para la empresa demandada en el cargo de Administradora y que por esa razón conoció a Mario Rodríguez quien fue contratado como barman. Destacó que la razón principal por la cual se le finalizó el

contrato al demandante fue por desobediencia de las órdenes a él impartidas, pues en una ocasión la empresa tuvo una visita de la auditoría de la empresa Colsubsidio con la cual han tenido muchas negociaciones durante años, pues a ellos se les presta los servicios de torneos de bolos , alimentos y bebidas, por lo que ellos requerían efectuar una visita y hacer el recorrido de todas las instalaciones y mirar cómo se estaba manejando lo del tema de alimentos y bebidas, y en ese momento se encontraron con unas falencias en el bar, entre otras, que los barman no estaban utilizando la cofia; entonces, la ingeniera de Colsubsidio le comunicó a la declarante que los barman debían colocarse la cofia, por lo que la deponente se dirigió a ellos y les solicitó que se la colocaran ya que estaban con un proceso de negociación grande, sin embargo el demandante se negó a colaborar y se abstuvo de colocarse la misma, omisión que mantuvo por dos días pese que al día siguiente de la visita de Colsubsidio se le hizo un comunicado con la norma respectiva (min. 1:54:26).

En ese orden, conforme al reglamento interno de trabajo – RIT- se tiene que en su artículo 43 se establecen los deberes generales de los trabajadores, siendo relevante, para el caso, los estipulados en los literales *"…c) Procurar completa armonía con sus superiores y compañeros de trabajo en las relaciones personales y en la ejecución de labores. […] h) Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta en general con su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general" (al índice 01 pág. 53).*

El artículo 46 numeral 1°, se establecen las obligaciones especiales del trabajador *"1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes, según el orden jerárquico establecido".* Y artículo 48 numeral 4° por el cual se prohíbe a los trabajadores *"…4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso de la empresa, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo, o cuando medie incapacidad médica expedida por la EPS a la que se encuentra afiliado el trabajador. La incapacidad debe ser allegada en el menor tiempo posible"* (págs. 56 a 58 *ibídem).*

Revisados los elementos probatorios, puede afirmarse que para la terminación del contrato de trabajo del actor medió justa causa, como quiera que se acreditó en el juicio que el demandante incumplió con sus obligaciones al no ejecutar de manera oportuna y diligente la orden impuesta por el empleador relacionada con la utilización de la malla o cofia, requerimiento que se le hizo en primer lugar de manera verbal para

la data en que la auditoría de Colsubsidio -24 de mayo- y, posteriormente, mediante escrito del 25 de mayo de 2018 (pág. 77 índice 13 – subsanación) en el que específicamente se le indicó al señor Mario Rodríguez Figueroa y a otros dos trabajadores que *"[e]l día de ayer hicimos entrega de las mallas que deben utilizar para cubrir el cabello, las cuales son de obligatoria utilización de acuerdo a la Normativa para Manipuladores de Alimentos, Resolución 2674 de 2013, Capitulo III, Artículo 13, numeral 5".*

Aunado, en el interrogatorio de parte al demandante confesó que recibió la orden de utilizar una malla en la cabeza por fines higiénicos, empero, consideró que por asuntos estéticos y como quiera que llevaba varios meses trabajando sin este tipo de malla, era un asunto que debían hablar directamente con gerencia, razón por la cual aceptó que pasados 2 días procedió a usar dicho elemento.

Además, de las pruebas analizadas, también es dable determinar que el actor se encontraba debidamente capacitado e informado para cumplir con sus funciones y que debía cumplir ciertos parámetros como barman, en especial, aquellas que implicaban la manipulación de alimentos, tal como él mismo lo aceptó al informar que recibió varias capacitaciones, entre ellas, las relacionadas con la manipulación de alimentos, el riesgo de manipulación de alimentos y sobre trazabilidad y rotulación de alimentos, lo que se corrobora con la documental obrante al índice 1 págs. 58-59 y con la manifestación realizada por la testigo Roxi Fabiola Pulido Pulido.

Aunado a ello, el señor Mario Gabriel Rodríguez Figueroa tenía conocimiento sobre los lineamientos que debía cumplir para la manipulación de bebidas y alimentos, en los términos de la Resolución 2674 de 2013, tal y como se le puso en conocimiento mediante comunicado interno del 23 de septiembre de 2017 (índice 13- subsanación págs. 62-63), por lo que no es de recibo para esta Sala que la omisión al cumplimiento de una Resolución emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, obedezca a que, a consideración del actor, la malla o cofia no era estética para la atención de los usuarios.

De acuerdo con las pruebas antes reseñadas que como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que el demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, lo cual constituyen faltas graves, pues en efecto se incurrió en las causas legales que facultan al empleador para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que el trabajador incumplió con sus deberes y obligaciones.

Además, es menester precisar que cuando se invoca para la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, un motivo o falta derivada de varias anomalías o irregularidades cometidas por el trabajador, basta con demostrar una de ellas, puesto que si la misma tiene la identidad o fuerza para configurar la causal alegada, como en esta oportunidad ocurre en relación con la omisión del demandante en el desempeño de sus funciones, estipulada desde el reglamento interno de trabajo y como grave frente artículo 62 del CST, subrogado por el artículo 7 del D.L. 2351 de 1965, literal a) numeral 6° y 58 numeral 1° del mismo estatuto, en tanto no utilizar la malla o cofia para el cumplimiento de sus funciones, pese que manipulaba alimentos y bebidas y tuvo orden directa del empleador, se evidencian como suficientes para acreditar la justificación del despido, máxime cuando su renuencia tuvo lugar el día de auditoría de Colsubsidio, pudiendo incurrir en desgastes administrativos o perdidas económicas para la demandada.

Se debe tener en cuenta que no existe obligatoriedad de agotar un procedimiento disciplinario previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, y su ausencia en manera alguna vicia o afecta de validez el despido, al respecto la Sala de Casación Laboral ha indicado que el despido no es una sanción disciplinaria por lo que no es necesario el adelantamiento previo de un proceso disciplinario, máxime si no se acredita la existencia de norma convencional o de reglamento interno del trabajo que así lo dispusiera; no obstante lo anterior, tal como ya se indicó, la Promotora Colombiana de Recreación sí efectuó las debidas investigaciones, requerimientos y citó al actor a diligencia de descargos.

Concluye entonces la Sala que se demostró y sucedieron en un tiempo razonable a la comunicación de la terminación del contrato de trabajo, por consiguiente generan la convicción inequívoca acerca que el despido al demandante se soportó en causales legalmente establecidas como justas, máxime si para que el trabajador se haga acreedor a la protección legal y sea merecedor de la indemnización por despido injusto.

Por las anteriores razones procede la absolución de las pretensiones de la demanda, como lo consideró el *a quo,* por lo que se confirmará la sentencia recurrida. Sin costas en la alzada, se confirman las de primera.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

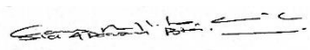
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en donde es demandante el señor MARIO GABRIEL RODRÍGUEZ FIGUEROA y demandado la SOCIEDAD PROMOTORA COLOMBIANA DE RECREACIÓN LTDA., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

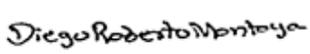
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **817e82bfdfd958a369c660b229c068f6238cdb59f1938c12869813061eb29c51**

Documento generado en 31/10/2023 04:02:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-026-2022-00006-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | ADRIANA LUCIA CORTÉS FORERO |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. |

*Conforme documental allegada, obra como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de febrero de 2023.

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana Adriana Lucia Cortés Forero llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Protección S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que nació el 23 de octubre de 1965 y que acredita 394,43 semanas cotizadas entre el 18 de febrero de 1987 y el 31 de agosto de 1996 en el RPMPD. Agregó que el 14 de agosto de 1996 se trasladó al RAIS a través de Protección S.A., momento en el cual los asesores de esa

[1] Pasa a despacho 01/03/2023

administradora no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional, además que no le hicieron una descripción de las características, ventajas y desventajas objetivas de afiliarse al RAIS o continuar en el RPMPD, como tampoco se le hizo un comparativo de los dos regímenes. Agregó que los asesores de Protección no le realizaron una proyección pensional ni le indicaron que la Ley 797 de 2003 dispuso un periodo de gracia para trasladarse sin limitación ni permanencia previa. Por lo anterior, solicitó ante Colpensiones y Protección la ineficacia y anulación de la afiliación, petición que fue resuelta desfavorablemente (índice 01 págs. 2 a 10).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, el número de semanas cotizadas y la reclamación presentada; indicó no aceptar ni constarle los demás supuestos fácticos de la demanda. Expuso que la afiliación objeto de discusión es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues la señora Claudia Pilar Astrid Falla Lozano suscribió el formulario de vinculación en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de una verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Formuló como excepciones de mérito entre otras, las de: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*[2]*.*

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó aceptar los hechos relativos a la fecha de nacimiento, fecha de afiliación y semanas de cotización en el RPMPD y sobre la reclamación presentada por la actora; frente a los demás adujo no constarle. Sostuvo que la señora Adriana Lucia Cortés Forero realizó su traslado de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, es decir en derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo el RAIS, administrado por la AFP Protección. Como excepciones de fondo formuló entre otras, las de: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad condena en costas*[3]*.*

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de febrero de 2023, resolvió:

[2] Índice 08
[3] Índice 12

"PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ADRIANA LUCÍA CORTÉS FORERO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000).".

## III. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Adriana Lucía Cortés Forero del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

## IV. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 23 de octubre de 1965 (índice 1 pág. 11), ii) se afilió al ISS el 29 de julio de 1984 (índice 1 págs. 12 a 16 *);* iii) que el 14 de agosto de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección (índice 08 pág. 46); y iv) posteriormente efectuó un traslado horizontal el 10 de octubre de 2008 de Protección a ING hoy Protección (índice 08 pág. 47).

Ahora bien, como tesis al caso se ha expuesto, que los asuntos sobre la ineficacia de traslado propiamente no tratan del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al

de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En relación al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en

todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia la persona afiliada o que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo",* dado que, entre otros, la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca *"los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-*2022 "los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen".* Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *"los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima"* (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten concluir que la sentencia de primer grado se ajusta al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones, el bono pensional si existiese, las comisiones debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

## V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal Segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de febrero de 2023, en donde es demandante ADRIANA LUCÍA CORTÉS FORERO y

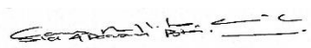
demandadas LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; para ordenar a PROTECCIÓN S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

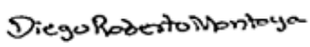
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **985a3b737d793fb09874217ef6873d571fbd8ad297aa52d484045cd1d6a81090**

Documento generado en 31/10/2023 04:02:19 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-022-2020-00100-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | MARÍA CLAUDIA BELLO FORERO |
| Demandadas: | COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. |

*Conforme documental allegada, obra como apoderado en sustitución de COLPENSIONES el doctor NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de febrero de 2023. De Igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana María Claudia Bello Forero llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

[1] Pase despacho 21/02/2023

–RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Skandia S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar en síntesis que, nació el 29 de mayo de 1962 (29/05/1962), ha cotizado al Sistema General de Pensiones desde antes de 1994 y ha estado activamente en el sistema en las siguientes entidades y periodos: Colpensiones desde noviembre de 1984 (11/1984) hasta 07/1994, Colpatria hoy Porvenir desde 07/1994 hasta 07/2001, Porvenir 07/2001 hasta 05/2002, Protección desde 07/2001 hasta 05/2002, Old Mutual desde 04/2013 hasta 11/2013, Porvenir desde 12/2013 hasta 06/2014, Old Mutual desde 12/2014 hasta 06/2015, Colfondos desde 07/2015 hasta 08/2017 y Old Mutual desde 09/2017 a la fecha.

Señaló que el traslado de régimen fue con la AFP Colpatria hoy Porvenir en el mes de julio de 1994, afiliación que se realizó sin respectar el término de permanencia de los 3 años establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además que el formulario de afiliación contiene varios yerros. Agregó que las AFP demandadas no informaron ni explicaron las diferencias entre ambos regímenes, el término que tenía para trasladarse de régimen, el término de retracto, sobre la rentabilidad como tampoco las condiciones y/o ventas y desventajas que conllevaba dicho traslado, en especial, sobre los requisitos de pensión. En suma, que no existió una asesoría oportuna, clara, cierta ni veraz por parte de las AFP para con la demandante que le permitirá oportunamente optar por escoger el régimen que más le convenía, tampoco al momento de acercarse a cumplir los 47 años (índice 03 págs. 2 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir allegó escrito de contestación en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos adujo no ser ciertos. Sostuvo que el traslado al RAIS fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito formuló las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*[2]

A su turno Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó los relativos a la fecha de nacimiento de la actora y el periodo de cotización al sistema general de pensiones, indicó no constarle los demás. Destacó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir a la demandante en un error por falta al deber de información, así como tampoco se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora. Formuló como excepciones de fondo: *errónea e indebida aplicación del*

[2] Índice 08

*artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica*[3]*.*

Colfondos presentó escrito de contestación, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los relativos al periodo en el que estuvo afiliada en esa administradora y sobre el cálculo del monto de su pensión. Argumentó que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección, además, que los asesores de Colfondos le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento de este, las diferencias entre los regímenes, ventajas y desventajas. Formuló como excepciones de mérito las de: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago*[4]*.*

A su turno, Protección allegó escrito de contestación en el que se opuso a cada una de las pretensiones alegadas por la actora; aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora y las afiliaciones realizadas a las diferentes administradoras de fondos pensionales, respecto de los demás señaló no ser ciertos o no constarle. Sostuvo que el acto de afiliación es existente y válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Como excepciones de fondo formuló las de: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, traslado de aportes, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración y el seguro previsional, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento y la innominada o genérica*[5]*.*

Por su parte, Skandia en escrito de contestación se opuso frente a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó parcialmente los relativos a los periodos en las que estuvo afiliada en esa AFP, sobre la petición elevada por la actora ante esa administradora y que actualmente no se encuentra pensionada; adujo no constarle ni ser ciertos los demás supuestos fácticos. Destacó que en el presente caso la señora María Claudia Bello Forero al momento de afiliarse con Skandia, venía de

[3] Índice 9.
[4] Índice 21
[5] Índice 22.

estar afiliada en Porvenir, Protección y Colfondos, por ende, ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante. Como excepciones de fondo formuló entre otras, las de: *Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica.* De igual manera, Skandia presentó escrito de llamamiento en garantía en el que solicitó se vincule a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha aseguradora y la administradora de pensiones, cuyas vigencias son 2013 a 2015 y 2017 a 2018[6].

Por auto del 16 de junio de 2021 fue admitido el llamamiento en garantía formulado por Skandia S.A. Pensiones y Cesantías contra Mapfre Colombia Vida Seguro S.A.[7]; aseguradora que allegó escrito de contestación en el que su opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía; aceptó el hecho referente a la fecha de la presentación de la demanda de la referencia y adujo no ser ciertos ni constarle los demás supuestos fácticos. Como excepciones de fondo frente a las pretensiones de la demanda formuló las de: *inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.* Y como excepciones de mérito al llamamiento en garantía formuló las de: *improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber de información e improcedencia de devolución de primas inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional* [8].

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de febrero de 2023, resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARIA CLAUDIA BELLO FORERO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 18 de julio de 1994. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
>
> SEGUNDO: ORDENAR a Skandia fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de

[6] Índice 11
[7] Índice 12
[8] Índice 13.

ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. a que remitan COLPENSIONES, los dineros que se recaudaron por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a dichos fondo debidamente indexados.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de Porvenir, Protección, Skandia, Colfondos S.A. y que efectué los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las AFP demandadas en relación con la demandante, de conformidad con la parte motiva de la presente diligencia.

SEPTIMO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Mapfre S.A y se absuelve de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo explicado en la parte considerativa de la presente decisión.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones en favor del demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV, a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte actora. De la misma manera se condena en costas a la demandada Skandia S.A. y en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV.

NOVENO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que señaló no compartir la no aplicación del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en cuanto se desconoció la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante, prohibición que deviene de una norma que no está derogada ni declarada inexequible, como tampoco se encuentra afectada por el término de prescripción. Por otro lado, considera que se aplicó de manera indebida el criterio jurisprudencial, pues la demandante pretende retornar al RPMPD por el descontento que tiene con el valor de la mesada pensional que le fue liquidada en el RAIS, y en ese sentido no se puede reputar como una falta al deber de información ese

descontento pues para la fecha del primer traslado al RAIS es imposible saber cuál iba a ser la pensión de la actora 20 años después, ya que este valor varía. Agregó que, en caso de confirmarse la decisión, se releve a Colpensiones al pago de costas ya que, el revés financiero que ha generado este tipo de procesos no se podría ver afectado por dicha condena, ya que Colpensiones ha sido llamado al proceso para defender el régimen público de pensiones, pero de ninguna forma puede llegar a responder por actos jurídicos celebrados por terceros, esto es, la afiliación que hubo entre la demandante y el fondo privado en su debido momento y en tal sentido oponerse a las pretensiones no supone desacuerdo a la demanda presentada por la demandante, sino que simplemente no le consta tal y como se puede ver en la contestación de la demanda, situación que debe ser analizada más allá de que el CGP señale que los que han sido vencidos en juicio sean condenados en costas (min. 39:17).

Porvenir interpuso recurso de apelación en el que señaló no compartir los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de ineficacia contra esa administradora. Indicó que la condena impuesta relativa al pago de sumas indexadas resulta improcedente toda vez que dicho concepto es incompatible con los rendimientos financieros que también se devolvieron a la parte demandante, teniendo en cuenta que se estaría condenando a la administradora dos veces por el mismo rubro, al respecto sostuvo que mediante sentencia SL9316-2016 la Corte Suprema de Justicia precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para restar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía; que como quiera que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados resulta incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar, toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante nunca se vieron afectados por la devaluación o inflación de la economía, y como quiera que Porvenir por su administración le garantizó rendimientos a los mínimos establecidos en la ley, estos son muy superiores a los que se le hubieren concedido en el RPMPD, de manera que al ordenar la devolución de los rendimientos financieros, se incluye los frutos e intereses de los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación de la actora, para lo cual se debe descartar la indexación (min. 43:09).

De igual manera, Skandia S.A. interpuso recurso de apelación argumenta que la ineficacia debe regularse bajo unos efectos legales, y en ese orden de ideas se tiene la norma que regula de manera taxativa los referente a los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones contemplado en el Decreto 3995 de 2008 artículo 7; norma que se ha desconocido por completo por el precedente jurisprudencial que en la materia regula el tema de los traslados de recursos y, especialmente, lo referente a los gastos de administración y a las primas de seguros previsionales, dado que dicha norma contempla que, como en el presente caso, se debe trasladar los respectivos aportes destinados en la cuantía de ahorro individual y

en al fondo de garantía de pensión mínima, pero no señala la norma en cita que deba trasladarse los gastos de administración y menos aún las primas. Todo ello porque efectivamente dicha norma que fue expedida en el año 2008 guarda una relación armónica con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que regula especialmente frente al 3% de gastos de administración, porcentaje que está destinado para la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro individual. Agregó que otra parte de los conceptos ordenados a devolver, está destinado para cubrir las primas de seguros previsionales, por lo que solicitó revocar el ordinal séptimo de la sentencia apelada, relacionado con la absolución del llamamiento en garantía, señalando que precisamente conforme el precedente jurisprudencial que regula el tema, ya se materializó y se generaron unos efectos en contra de la administradora, como quiera que los seguros previsionales no se encuentran en Skandia sino que están en manos de la aseguradora Mapfre, quien garantizó el excedente de una posible contingencia por invalidez y muerte de la demandante y, en ese sentido, es la llamada a responder, dado que ya se materializó en el presente caso una ineficacia, y al dejarse sin efecto alguno el contrato que nació entre Skandia y la demandante, se pierde el interés asegurable, el cual es uno de los elementos esenciales de todo contrato de seguros previsionales y conforme el artículo 1045 en armonía del 1137 del C. Co., no produce efecto alguno ese contrato por lo que debe la aseguradora restituir las sumas percibidas tal y como se solicitó en el llamamiento en garantía (min 46:45).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por María Claudia Bello Forero del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Skandia S.A.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 29 de mayo de 1962 (índice 01 pág. 31); ii) se afilió al ISS desde el 6 de noviembre de 1984 (índice 10 pág. 2); iii) que el 7 de julio de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir (índice 08 pág. 53), iv) posteriormente hizo un traslado horizontal el 20 de marzo de 2002 de Horizonte a Santander hoy Protección (índice 22 pág. 34); v) luego efectuó traslado entre administradoras del RAIS de Santander a Horizonte hoy Porvenir el 18 de diciembre de 2002 (índice 8 pág. 54); vi) un nuevo traslado horizontal el 21 de febrero de 2013 de Horizonte a Skandia (índice 11 pág. 75); vii) posteriormente retornó a la AFP Horizonte el 29 de octubre de 2013 (índice 08 pág. 55); viii) nuevamente el 27 de octubre de 2014 se trasladó a Old Mutual hoy Skandia (índice 11 pág. 41); ix) luego efectuó otro traslado de Old Mutual a Colfondos el 12 de abril de 2016 ( índice 21 pág.

22); y (x) finalmente el 26 de julio de 2017 se trasladó de Colfondos a Old Mutual hoy Skandia (índice 11 pág. 42).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia de traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo

expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, cada AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022

(reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca "los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 "los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen". Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima" (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian*

*aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Skandia S.A., que, además de lo allí expuesto, retorne a Colpensiones, el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia de primer grado para ordenar a Porvenir, Protección y Colfondos que retornen a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones deba activar la afiliación del demandante, así como recibir los aportes y conceptos mencionados.

Ahora, frente al punto de reparo alegado por Skandia S.A. relacionado con que se revoque el ordinal séptimo de la sentencia recurrida y, en su lugar, se condene a la

llamada en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.; pretensión que se encuentra fundamentada en la póliza No. 9201411900149, con vigencia temporal comprendida entre 2013 a 2018, aportada por la administradora al índice 11 págs. 78 a 82. Al respecto, advierte la Sala que la referida póliza de *"seguro previsional de invalidez y sobrevivientes"* en efecto fue tomada por Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías, sin embargo de la misma se observa que las coberturas aseguradas a los afiliados de dicha aseguradora consisten en la muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario.

En ese sentido, debe traerse a colación lo estipulado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 que, en su parte pertinente, establece: *"Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación",* es decir, que la póliza constituida por Mapfre solo se activa para cubrir las contingencias que se deriven de la invalidez y muerte, y que se requiera completar el capital respectivo para el pago al beneficiario; situaciones que no se encuentran configuradas, ya que el presente asunto versó en la ineficacia de traslado solicitada por la actora; máxime si se tiene en cuenta que, como quedó señalado en precedencia, bajo el criterio jurisprudencial, la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima deben ser asumidos con los propios recursos de Skandia, razones por las que se confirmará en este aspecto la sentencia.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de febrero de 2023, en donde es demandante MARÍA CLAUDIA BELLO FORERO y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA, para ordenar a Skandia S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de

garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

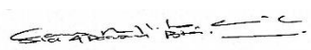
SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal tercero de la sentencia de primer grado para ordenar a Porvenir, Protección y Colfondos que retornen a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

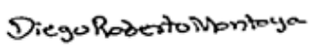
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3d72ca5350acac9c1c5e9b8fd558612af7d3beab271d0ddd48b6ba84060d04cd**
Documento generado en 31/10/2023 04:02:18 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-021-2021-00467-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | JAIME HUMBERTO GIRALDO GALINDO |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A. |

*Conforme documental allegada, obra como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora CINDY JULIETH VILLA NAVARRO y como apoderado de PORVENIR S.A. el doctor NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de enero de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jaime Humberto Giraldo Galindo, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Protección S.A., para que se declare la ineficacia y nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia,

[1] Pase despacho 22/02/2023

se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que nació el 28 de enero de 2021 e inició su vida laboral y a realizar cotizaciones a los fondos de pensión desde el 24 de marzo de 1992, cotizando un total de 285 semanas en el RPMPD. Señaló que en octubre de 1994 un asesor comercial de la AFP Protección lo persuadió para que se trasladara del extinto ISS al RAIS, indicando poca o nula información sobre las consecuencias del traslado; que durante el tiempo de cotización y hasta la fecha ha cotizado un total de 1473, de las cuales 1187 han sido cotizadas en el RAIS. Agregó que elevó peticiones ante Protección, Porvenir y Colpensiones en las que solicitó el traslado al RPMPD, las cuales fueron resueltas de manera desfavorable (índice 01 págs. 5 a 21).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir allegó escrito de contestación en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos, fundamento de las pretensiones, adujo no ser ciertos o no constarle. Sostuvo que el traslado de régimen pensional como sus posteriores traslados horizontales gozan de completa validez, dado que se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS y el RPMPD, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Como excepciones de fondo formuló las de: *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*[2]*.*

Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó los relativos a la fecha de nacimiento y edad del actor, el número de semanas de cotización ante el ISS y la respuesta al requerimiento elevado por el actor, indicó no ser ciertos ni constarle los demás. Expresó que en el plenario no existe prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor. Como excepciones de mérito formuló las de: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica* [3].

Mediante auto del 17 de noviembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de Protección como quiera que esa administradora no allegó escrito de contestación[4].

[2] Índice 09
[3] Índice 10
[4] Índice 12

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de enero de 2023, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JAIME HUMBERTO GIRALDO GALINDO al régimen de ahorro individual el 14 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad a partir en octubre de la misma anualidad por intermedio de PROTECCIÓN S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz en su caso desde que se produjo el traslado desde el año 2000 y hasta que se verifique el pago los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JAIME HUMBERTO GIRALDO GALINDO. Para lo cual se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor JAIME HUMBERTO GIRALDO GALINDO por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el momento del acto ineficaz y mientras estuvo su afiliación con dicho fondo con cargo, a sus propios recursos y utilidades.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de$1.000.000. a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A, la suma de $300.000 para COLPENSIONES y la suma de $300.000 para PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: CONSÚLTAR esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente".

## III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que expuso que, no es procedente la condena en costas impuesta en la sentencia de primer grado pues debe tenerse en cuenta que en el presente proceso se evidencia que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, tal y como lo expuso en su interrogatorio de parte, sin presiones indebidas y en cumplimiento de los deberes legales. Respecto al deber de la carga de la prueba, señaló que no resulta proporcional imponer esa carga a la AFP, teniendo en cuenta que la más afectada es Colpensiones, además que la decisión apelada afecta la sostenibilidad del sistema pensional, máxime si se tiene en cuenta que el demandante permaneció 29 años en el RAIS, configurándose un imposible probar las circunstancias que llevaron al traslado, y que para esa fecha no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, pues si bien el precedente de la Corte Suprema de Justicia aplica el Decreto 696 de1993, este deber de información sólo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento del formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgen entre el año 1993 y 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación que demostraba la plena intención de pertenecer al RAIS, como es el caso del demandante que se trasladó en 1994. Solicitó analizar si en la falta de información se produce un efecto cierto adverso como lo es perder el régimen de transición pensional o se trata de una situación donde el afiliado, una vez no pueda trasladarse de régimen y por no estar de acuerdo con la mesada pensional, impone esta clase de acciones con la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido de buscar ignorar normas que regulan el tema.

En caso que se confirme la providencia recurrida, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración, y los demás a las que hubiese lugar por el periodo en que estuvo afiliado el demandante al RAIS debidamente indexados. Reiteró, que no debe condenarse en costas a esa administradora por cuanto Colpensiones no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado (min 34:58).

Porvenir interpuso recurso de apelación en el que señaló que si bien existe un precedente jurisprudencial formado y planteado por la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que también la Alta Corporación ha indicado que el mismo no sirve para todos los casos donde están solicitando la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se presenta en este caso, toda vez que el actor realizó válidamente su traslado inicial con la AFP Protección, y su posterior traslado horizontal con Porvenir fue en el año 2011, haciéndolo de manera libre, voluntaria e informada. Ahora bien, que con cualquier tipo de información otorgada por las AFP aquí demandadas, esta información

se encontraba en la Ley 100 de 1993 por lo que el actor frente a los deberes del consumidor financiero que le asiste, debió validar cualquier contenido de la información que fue otorgada en estos momentos tanto de manera inicial como en su traslado horizontal, que el actuar de Porvenir siempre ha sido de manera objetiva ya que todas las actuaciones se realizaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen.

En cuanto a los rendimientos ordenados, señaló que si es declarada la ineficacia del traslado, el efecto natural de esa declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que se hubieren generado en la reserva del ISS hoy Colpensiones y no los que se hubieran generado en el RAIS pues no tiene sentido que, si el traslado del régimen no surtió efecto legal, se trasladen los rendimientos de este régimen que superan de una manera mayoritaria a los que se hubieran podido generar en el ISS. En ese mismo orden, que tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración, comisiones o cualquier suma destinada a la garantía, y como quiera que estos emolumentos son designados en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, Porvenir siempre ha realizado la administración de estos recursos de una manera logística en la forma que exige la ley, de tal suerte que ya no están en su poder. Respecto a la condena de los dineros indexados, advirtió que se está incurriendo en una doble condena a Porvenir, pues se está obligando al reintegro de los rendimientos, de tal manera que no se puede ordenar su indexación al no necesitar una actualización de la moneda corriente, pues se estaría generando una doble condena por el mismo concepto. Finalmente, solicitó desestimar la condena de agencias en derecho como quiera que esa AFP no fue la que generó la ineficacia de traslado y siempre obró de buena fe (min 39:39).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Jaime Humberto Giraldo Galindo del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 28 de enero de 1965 (índice 1 pág. 25); ii) se afilió al ISS el 24 de marzo de 1992 (índice 10 págs. 63 a 66); iii) que el 14 de septiembre de 1994 se trasladó al RAIS a través de Protección (índice 09 pág.79); iv) posteriormente hizo un traslado horizontal el 12 de septiembre de 2011 de Protección a Porvenir (índice 09 pág. 29).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia de traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal,

completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, cada AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital*

*destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca "los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 "los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen". Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima" (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones, los rendimientos que a nombre del actor, junto con los demás conceptos ordenados por el juez de primer grado con cargo a sus propios recursos y el bono pensional si existiese.

También debe considerarse que la afiliación del demandante debe permitir que pueda iniciar a realizar sus cotizaciones al régimen que administra Colpensiones, por lo cual no resulta posible diferir el cumplimiento del estado de afiliación a que las accionadas Porvenir S.A., y Protección S.A, trasladen a Colpensiones la sumas por aportes y demás conceptos ordenados.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP –art. 145 CPTSS), de lo cual la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto implica que sea Porvenir la que deba trasladar los aportes y conceptos mencionados, y Colpensiones deba activar la afiliación del demandante, así como recibir los aportes y demás conceptos.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de enero de 2023, en

donde es demandante JAIME HUMBERTO GIRALDO GALINDO y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para ordenar a Protección S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los rendimientos que a nombre del actor existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a estas administradoras.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.

CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **49fae0e504f1da8784d56beb5d22fa15713bdf109912cdeb236421240f52dcd7**
Documento generado en 31/10/2023 04:02:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31-de octubre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-011-2019-00772-01

| | |
|---|---|
| Demandante: | CONSTANZA MERCEDES GODOY GARCIA |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSONES Y CESANTÍAS S.A, hoy SKANDÍA S.A., COLFONDOS S.A. AFP PORVENIR S.A. |

*Conforme documental allegada, obra como apoderada sustituta de Colpensiones la doctora María Alejandra Almaza Núñez con T.P. 273.998 del C. S. de la J. y como apoderada de Porvenir S.A. la doctora Nedy Johana Dallos Pico con T.P. 373.640 del C.S. de la J.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta[1], la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la accionante y accionada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de agosto de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana Constanza Mercedes Godoy García llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Old Mutual Pensiones y Cesantías hoy Skandia S.A, Colfondos S.A., Porvenir S.A y AFP Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Colfondos S.A. y sus posteriores traslados horizontales

[1] PD 02/12/2022

al RAIS, siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Protección S.A, Colfondos S.A., y Skandia S.A y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS con sus rendimientos financieros, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 04/09/1959, estuvo afiliada para los riegos de invalidez, vejez y muerte al RPM desde abril de 1989; que se trasladó de este régimen al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. en noviembre de 1995, que la afiliación al RAIS fue realizada sin respetar el término de tres años establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que no se brindó una información clara ni oportuna ni confiable, no se le explicó las diferencias entre RPM y RAIS, no se informó el terminó de retracto como lo exige el Decreto 720 de 1994 artículo 12; la AFP demandadas no comunicaron antes de septiembre de 2006 fecha para la cual le falta menos de 10 años para pensionarse que debías trasladarse al RPM, ni que este último régimen convenia más para obtener el derecho una pensión, responsabilidad que se encuentra en cabeza de Colfondos S.A. y Protección S.A. época para la cual se realizaron el traslado entre fondos del RAIS y estaba próxima a cumplir los 47 años de edad, como lo exige el Decreto 720 de 1994, que solicitó a las accionadas el traslado de régimen siendo negada la petición, que en el formulario suscrito no se indica que haya recibido una asesoría cierta, suficiente y oportuna, que realizó los siguientes traslados horizontales: julio de 2000 a enero de 2002 a la AFP Porvenir S.A., febrero de 2002 a junio de 2006 en Colfondos S.A., agosto de 2006 a octubre de 2007 en AFP Protección, noviembre de 2007 a enero de 2009 Skandia, abril de 2009 a octubre de 2009 Porvenir S.A., noviembre de 2009 a noviembre de 2011 en Colfondos S.A., diciembre de 2011 a abril de 2013 Old Mutual S.A., mayo de 2013 a diciembre de 2017 AFP Protección S.A.[2]

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección S.A., se opuso a las pretensiones, sostuvo que conforme al formulario de afiliación que suscribió la actora, el acto se realizó en forma libre, espontánea, por el cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo y de la afiliada. Señaló que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, se respetó el derecho a la libre elección de régimen consagrado en la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo, entre otras, las de inexistencia *de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe e innominada o genérica.*[3]

Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentó que la afiliación se presentó en virtud de su derecho a la libre selección de fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Formuló

[2] Exp. Digital «01ExpedienteDigitalizadoPdf»
[3] Exp. Digittal «02 EscritoConestacionProtecciónS.A»

excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica*[4]

Porvenir S.A. en oposición a las pretensiones indicó que la parte actora suscribió el formulario lo que hizo de forma libre y espontánea, completamente informada. Como excepciones de fondo entre otras presentó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe[5].

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento. Por el contrario, la afiliación se hizo libre y voluntaria, sin dejar observaciones de constreñimiento o presiones indebidas. Formuló excepciones, entre otras: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia de causal de nulidad, caducidad, innominada o genérica* [6].

Por auto de 17 agosto de 2022 el a quo tuvo por no contestada la demanda por Old mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de agosto de dos mil veintidós (2022), resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la ciudadana Constanza Mercedes Godoy García, a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Colfondos S.A, en noviembre de 1995 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.
>
> SEGUNDO: DECLARRAR que para todos los efectos legales la demandante Constanza Mercedes Godoy García nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima medida con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.
>
> TERCERO: CONDENAR a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante Constanza Mercedes Godoy García, tales como aportes y cotizaciones, bonos pensionales, que se hubiera solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración, prima de invalidez y muerte, seguros previsionales de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

[4] Exp. Digital: «08ContestacioColfondos»
[5] Exp. Digital «09ContestacionPorvenirs.a»
[6] Exp. Digital: «06ContestacioColpensiones»

CUARTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por las entidades que conforman la pasiva, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a todas las entidades que componen la pasiva a saber Colfondos S.A, Porvenir S.A, Old Mutual y Protección S.A cada una a razón de $500.000, liquídese por Secretaría e inclúyase la suma de dos millones de pesos $2.000.000, valor en el que se estima las agencias en derecho y que deberán de pagar por partes iguales las entidades ya señaladas, de conformidad con los argumentos normativos señalaos en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONSULTAR esta providencia a favor de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, de conformidad con los argumentos normativos expuestos en la parte motiva de esta sentencia[7]"

Providencia aclarada en cuanto la ultima AFP en que indicaba afiliación la actora lo es a Protección S.A.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte accionante, interpuso recurso de apelación argumentando que quien debe trasladar la historia laboral y los fondos que actualmente registran en la cuenta de ahorro individual es la AFP Protección S.A, entidad que actualmente tiene a cargo la historia laboral y los aportes realizados por la señora Constanza Mercedes Godoy García. Agregó que se debe condenar a todas y cada una de las administradoras del régimen de ahorro individual a devolver la comisión y la prima provisional descontados durante el manejo de la cuenta de ahorro individual, Colfondos, Old mutual, y Colfondos, toda vez que su actuar indebido no se puede premiar con el reconocimiento de una comisión y una activa que ellos descontaron de cada aporte y que a futuro podría afectar la estabilidad financiera de Colpensiones. (Al índice 15 Min 27:26).

Colpensiones formuló y sustentó recurso de apelación, señalando que la accionante para la fecha en que solicitó la afiliación al RPM contaba con 60 años, edad máxima para adquirir el derecho a la pensión de vejez por lo cual no era viable retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, pues lo debió haber realizado cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad. Respecto al traslado efectuado al RAIS del mismo se puede afirmar que tiene plena validez y la afirmación de vicios de consentimiento de traslado del régimen suscrito en el mes de noviembre 1995 con una primera afiliación a Colfondos, adicionalmente se debe tener en cuenta que existió una ratificación expresa y tácita para sanear el presunto vicio del contrato pues se debe tener en cuenta que se saneó la nulidad con la ratificación manera voluntaria en el contrato, pues autorizó el traslado de régimen en su momento, adicionalmente durante todo este tiempo, es decir, desde la primera fecha de afiliación al RAIS hasta la fecha de la prestación de la demanda consintió que se le hicieran los descuentos respectivos con destino a su cuenta de ahorro

[7] Exp. Digital: «15AudioFallo»

individual. Precisó, respecto del deber de información, se debe tener en cuenta que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento y el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones, informado del afiliado. Finalmente asentó que la ineficacia de traslado afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Solicitó se revoque la decisión y en su lugar se absuelva; que en caso de no acogerse a los argumentos expuestos, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora por el fondo de pensiones Protección como lo son las indemnizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración y los demás a los que hubiere lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliada, como quiera que Colpensiones no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto el fondo protección reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante. (Al índice 15 Min 30:46).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Constanza Mercedes Godoy García al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A.

## V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 04/09/1959 (al índice 1 pdf, 21); ii se afilió a Colpensiones el 20/04/1989 (ISS) (al índice 01 pdf, 65); iii) el 06/02/1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Colfondos S.A. (al índice 08 pdf 30); iv) posteriormente con traslado horizontal del 28/03/2000 de Colfondos S.A a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (al índice 09 pdf 58); v) 01/10/2001 de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías a Colfondos S.A (al índice 02 pdf 71) vi) 28/03/2006 de Colfondos S.A. a ING (al índice 02 pdf 71), vii) 30/08/2007 de ING a Skandia (al índice 02 pdf 71), viii) 06/11/2008 de Skandia a BBVA Horizonte (al índice 02 pdf 71), ix) 31/08/2009 de BBVA Horizonte a Colfondos S.A (al índice 02 pdf 71), x) el 30/09/2011de Colfondos S.A. a Skandia S.A, xi) 20/02/2013 de Skandia a Protección S.A., en la que actualmente se encuentra afiliada la accionante (índice 02 pdf 63).

Ahora bien, puede indicarse que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo

2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de

información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo",* dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez, que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «*la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (CSJ SL4025-2021), sin que

resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS o realizado traslados horizontales, sea una persona profesional esto es, con estudios y/o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal, en sentencia CSJ SL5188-2021.

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca "los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos" (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliada a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 "los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen". Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque "los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que se tiene derecho en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores

que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima" (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

*"Pues bien, dicho artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.".*

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se modificará y adicionará el numeral tercero de la sentencia recurrida y consultada en el sentido de ordenar a Protección S.A., AFP donde en la actualidad la accionante se encuentra realizando los aportes pensionales, que retorne a Colpensiones la devolución del bono pensional únicamente deberá ser trasladado si existiese, pues el mismo se comprende si eventualmente se reflejara en la respectiva cuenta en el RAIS de la persona afiliada; las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En la misma línea se adicionará el ordinal séptimo a la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A, Colfondos S.A y Porvenir S.A a que retornen a Colpensiones y en referencia a la demandante, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Ahora bien, en lo que respecta al reparo de Colpensiones; considera la Sala que la afiliación de la demandante debe permitir esta pueda iniciar a efectuar sus cotizaciones al régimen que administra Colpensiones, por lo cual no resulta posible diferir el cumplimiento del estado de afiliación a que las administradoras de fondos de

pensiones trasladen a Colpensiones la sumas por aportes y demás conceptos ordenados.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las motivaciones que preceden, se adicionara la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia; las de primera se confirman.

## I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá el veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora CONSTANZA MERCEDEZ GODOY GARCIA y demandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. HOY SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES.

SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal tercero de la sentencia la sentencia aclarada, apelada y consultada, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., retorne a Colpensiones la devolución del bono pensional si existiese, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

TERCERO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia apelada y consultada para CONDENAR a PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a trasladar a Colpensiones y en referencia a la demandante, el porcentaje de los gastos de

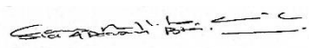
administración, comisiones, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

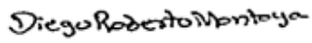
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f61e9e95693092eeee7c056b35d116ca6f537773a64e9110e59a0cab245e005d**
Documento generado en 31/10/2023 04:07:50 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**
**https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-31- de octubre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 008 2019 00324 01

| | |
|---|---|
| Demandante: | JOSE HERMINIO ZUZUNAGA MANCILLA |
| Demandada: | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. |

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la de la parte accionante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá del Catorce (14) de junio de 2022.

## I. ANTECEDENTES

El ciudadano Herminio Zuzunaga Mancilla llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con el fin de que se declare que tiene derecho a percibir la mesada 14, pues a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con 1473 semanas, que el 03 de noviembre de 2004 cumplió con el estatus de pensionado (tiempo y edad); que se ordene a la accionada a restablecer el pago de la mesada 14 en los términos de la Resolución No. 06014 de 16/12/2005, que estableció la pensión compartida entre el Seguro Social comunicación No. 8231-17899 de 10/11/2005, donde acepta la cuota parte y al ESE Luis Carlos Gañan Sarmiento. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de las mesadas dejadas de percibir, desde la suspensión ilegal e injusta y hasta que se haga efectivo el pago, con las indexaciones a que haya lugar; se actualice el valor de su mesada pensional, ya que sufrió un detrimento considerable de pasar de 3,75 SMLMV a 2.99 SMLMV; lo que resulte probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que cumplió la edad de 55 años para acceder a la pensión de vejez el 03/11/2004, pensión que fue causada por haber prestado sus servicios al ISS, habiendo desempeñado el cargo de celador grado 13, la prestación fue reconocida mediante Resolución No. 06014 del 16/12/2005. Señaló que en la respuesta calendada el 27/06/2018 se afirma que fue pensionado en el 2009, lo cual es falso debido a que la Resolución 06014 está fechada el 16/12/2005 y si bien superó los tres salarios mínimos, en la fecha que cumplió los requisitos para ceder a la prestación económica, no había sido aprobado el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual dicho documento tiene un yerro que está causando un detrimento injustificado.

Señaló que, en el oficio de la referencia se presenta una falsa motivación, pues argumenta equivocadamente que se afecta lo preceptuado por el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cual no es cierto, toda vez que el parágrafo 6 contiene una excepción constitucional, por lo tanto no es susceptible de ser reformada por Colpensiones, pues con toda claridad la prestación económica se causó antes del 31 de julio de 2011; manifestó que el 22/10/2018, solicitó a Colpensiones el pago de la mesada 14, quien contestó que la mesada supera los 3 SMLMV , razón por la cual no tiene derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio. Agregó que se pensionó el 16/12/2005 mediante Resolución 06014, el valor de la mesada fue de $1.434.038 y para el 2018, devenga $2.339.542 sufriendo un detrimento equivalente a $590.205, valor que debe ser reliquidado y pago, por pérdida del valor adquisitivo. (*01. Expediente Digital pdf. 24 a 28*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones, argumentando que en el asunto el accionante causo su pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, pues no se encuentra dentro de la excepción establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005. Formuló como excepciones de mérito las de "*inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, innominada o genérica".*[1]

El Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aclarando que no tiene derecho dentro de sus funciones legales el reconocimiento de derechos y beneficios establecidos por el sistema de seguridad social en pensiones. Formuló como excepciones de mérito las de "*falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido,*

[1] (Exp. Digital: *«al índice 01.pdf»* Págs. 37 a 44)

*inexistencia de la solidaridad entre Colpensiones y el Ministerio de Salud y Protección Social, prescripción e innominada"*[2].

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día catorce (14) de junio de dos mil dos (2022), resolvió:

"PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante, de conformidad con las motivaciones precedentes expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la entidad vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, de todas las pretensiones reclamadas por el actor, de conformidad con las motivaciones expuestas.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación propuesta por la demandada Colpensiones relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos dadas las resultas del caso.

CUARTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa, a los intereses de la parte demandante en caso de no ser apelada la misma, se remitirán, las diligencias el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia, ante su no causación."

En sustento de esta providencia se señaló que, conforme se acredita a folio 2 a 8 del plenario la empresa ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, reconoció pensión de vejez al accionante mediante Resolución No. 06014 del 16 de diciembre de 2005 en cuantía de $1.434.038, a partir del momento en que se acreditara el retiro del servicio, por haber prestado más de 20 años de servicios en entidades de derecho público, señalando que en dicha resolución la prestación reconocida tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez a cargo del ISS; acorde a la Resolución No. 03496 de 30/11/2005, se aceptó la renuncia del cargo del actor a partir del 30 de diciembre 2005. Mediante Resolución 009988 del 24/03/2011, el ISS reconoció pensión de vejez al demandante conforme el acuerdo 049 de 1990, en virtud el régimen de transición y en cuantía de $1.722.647 para el año 2011 prestación que dejó en suspenso hasta tanto se allegara el acto administrativo de retiro como servidor público, posteriormente en Resolución No. 019109 de 2011, se modificó el acto anterior en el sentido de ingresar en nómina de pensionados fijando como fecha de status pensional 03/11/2009 en cuantía de $1.636.977 aclaro que por Resolución GNR 151788 de 2014, Colpensiones reconoció incremento pensional por persona a cargo.

[2] (Exp. Digital: «*al índice 01.pdf*» Págs.61 a 69)

Señala que, a raíz del Acto Legislativo 01 de 2005, la mesada adicional de junio fue suprimida para quienes se pensionaran a partir de la entrada en vigencia de dicho enmienda constitucional que lo fue a partir del 25 de julio de 2005, salvo aquellas personas que percibieran una pensión igual o inferior a tres veces el salario mínimo legal mensual vigente pero cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011 de este modo quienes se pensionaron con posterioridad al 31 de julio de 2011 no tienen derecho a la prestación, como el actor causó su derecho a pensión de jubilación al retiro del servicio activo, esto es, el 30 de diciembre de 2005, anterior al 31 de julio de 2011, inicialmente podría darse la excepción del parágrafo 6 del acto legislativo 01 de 2005, de no ser porque en el acto administrativo se reconoció la prestación en cuantía de $1.434.038 para el 2005, para dicho anualidad el salario mínimo ascendía a la suma de $ 381.500, por lo que la cuantía de las prestación reconocida por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que excluye al demandante de la mesada pretendida. De otra parte, indicó que el reconocimiento pensional que efectuara, el ISS a favor del accionante a partir del 03 de noviembre de 2009, en cuantía $1.636.977, excede los 3 SMLMV que indica el Acto Legislativo 01 de 2005.

Respecto al reajuste de la pensión, manifestó que el reconocimiento pensional del actor se causó con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, y es superior al SMLMV y no es posible acceder a la suplica del demandante por cuanto es claro que el reajuste de su mesada pensional debe hacerse de acuerdo con la variación porcentual del IPC, para el año inmediatamente anterior y así consecutivamente para cada año. Por las anteriores razones absolvió a la accionada de las pretensiones incoadas en su contra.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento en que el Acto Legislativo 01 de 2005, reformó el artículo 48 de la Constitución Nacional, estableciendo el reconocimiento de no más de 13 mesadas, José Zuzunuaga nació en 1949, los requisitos para acceder a una pensión de jubilación son tiempo y edad, afirma que tiene unos derechos adquiridos y el Acto Legislativo 01 de 2005, garantiza la irrenunciabilidad de sus derechos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que el espíritu normativo no puede ser regresivo, por tanto la mesada 14 está contemplada en la Ley, y a su vez se causaron sus derechos en la Ley 100 de 1993; ese derecho es un derecho adquirido que no se puede desconocer. Agregó que, si bien el acto legislativo nombra las 13 mesadas, también es cierto que hay una excepción, para las personas que tenían el

régimen de transición hasta el año 2011 (min. 24:28).

## IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, dilucidar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, que argumenta le fue suspendida por parte de la entidad demandada.

## V. CONSIDERACIONES

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, dirigidos únicamente derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del CPTSS), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia.

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor José Herminio Zuzunaga Mancilla, a través de la Resolución 06014 de 16 de diciembre de 2005 le fue reconocida por parte de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento pensión de jubilación en cuantía de $1.434.038 a partir del momento que acredite el retiro del servicio activo, *"que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez a cargo de la Administradora ISS y por tanto al cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos en el Sistema General de Pensiones, para el otorgamiento de la pensión de vejez, la citada administradora asumirá su reconocimiento y pago, siendo cuenta del empleador jubilante, únicamente, al diferencia que resultare entre el valor de la pensión de vejez, y el valor de la pensión de jubilación otorgada, si a ello hubiera lugar"* (al índice 01 pdf. 4 a 10).

Mediante Resolución 03496 de 30 de noviembre de 2015, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento aceptó la renuncia presentada por José Zuzunaga Mancilla, a partir del 30 de diciembre de 2005[3]. Tampoco se discute que el ISS hoy Colpensiones, mediante Resolución No. 009988 de 24 de marzo de 2011, reconoció pensión de vejez al actor en cuantía inicial de $1.722.647 para el 2011, ello en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, empero la dejó en suspenso de ingresar en nómina de pensionados hasta tanto allegue acto administrativo del retiro como servidor público. (Exp Administrativo pdf 125 a 129)

[3] Exp Digit. Al índice 01 pdf 10 a 11

Igualmente se tiene, Resolución 019109 de 09 de junio de 2011, emitida por el ISS hoy Colpensiones, por medio se modifica la Resolución 0009988 del 24 de marzo de 2011, que concedió la pensión de vejez e ingresar a nómina de pensionados al asegurado José Zuzunaga Mancilla la cual quedara así: a partir del 03/11/2009 en cuantía de $1.636.977, a partir del 01 de enero de 2010 $1.669.71, 01 de enero de 2011 $1.722.647. (Exp Administrativo).

Ahora bien, con el ánimo de resolver la controversia planteada debe recordarse que la denominada «mesada catorce», fue consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, precisando que tenían derecho a ella «Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, 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, … , 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». Lo anterior, sin distinguir el legislador respecto a la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión o la calidad del pensionado, para efectos de acceder a ese derecho, esto es, pensiones legales o extralegales.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala en su inciso 4º que «En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos», a su vez en el inciso 8º se indica que «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, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»; e igualmente, prescribe en el parágrafo transitorio 6, que «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» (negrillas y subrayas de la Sala).

Así las cosas, se tiene que el actor causo su derecho a la pensión de jubilación a partir del 30 de octubre de 2005, cuando había cumplido la edad y tiempo de servicios; que el disfrute del mismo se dio una vez se acreditó el retiro del servicio, la aceptación de renuncia al cargo, se concedió mediante la Resolución 03496 de 30 de noviembre de 2015, a partir del 30 de diciembre de 2005, pensión de jubilación en cuantía de $1.434.038, es decir, el status pensional como jubilado se configuró con posterioridad

a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005., esto es, el 29 de julio de 2005.

Posteriormente, por Resolución 019109 de 09 de junio de 2011, emitida por el ISS hoy Colpensiones, por medio se modifica la Resolución 0009988 del 24 de marzo de 2011, que concedió la pensión de vejez al demandante e ingresa a nómina de pensionados indicó que la pensión de vejez, quedara así: a partir del 03/11/2009 en cuantía de $1.636.977, a partir del 01 de enero de 2010 $1.669.71, 01 de enero de 2011 $1.722.647-.

Así, como quiera que la pensión de vejez se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 -29 de julio de 2005- y con anterioridad al 31 de julio de 2011, inicialmente podría darse aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 6º antes citado, no obstante, la cuantía de la mesada pensional se estableció en la suma de $1.636.977, y para la data del reconocimiento del derecho pensional del actor (03/11/2009) el salario mínimo mensual legal vigente correspondía a $496.900, resultando evidente que la cuantía de la mesada pensional supera los tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo que excluye al actor del reconocimiento de la mesada pretendida en los términos del parágrafo 6 iterando que en dicha disposición normativa, permite la procedencia de la mesada adicional bajo el condicionamiento que la mesada pensional no supere 3 salarios mínimos y el derecho se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

En síntesis, la mesada adicional de junio, su causación depende de la data de adquisición del estatus de pensionado y del monto inicial que le sea reconocido, el cual no debe superar los 3 salarios mínimos, lo que respecto a la demandada y por la pensión de vejez a su cargo no resulta cumplido por el actor. Finalmente debe anotar la Sala, en el caso del demandante no es correcto hablar de derecho adquirido, pues aunque según reclamación del demandante, Colpensiones canceló la mesada adicional de junio hasta el año 2018 (al índice 01 pdf 12), ese desconocimiento del acto legislativo 01 de 2005 no puede corresponder a la creación del derecho en favor del actor, ni lo hace beneficiario de la mesada que reclama, teniendo en cuenta que, como quedó analizado, no concurrieron en cabeza del demandante los requisitos para hacerse acreedor del derecho que se alega. Agotada la competencia en esta instancia, se sigue la confirmación de la sentencia.

## VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

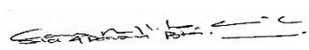
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el catorce (14) de junio de dos mil dos (2022), por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá. Conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

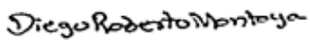
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

**Firmado Por:**
**Carlos Alberto Cortes Corredor**
**Magistrado**
**Sala Laboral**
**Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cd30035070b9737b1af10fb8b97fd4acba0229334dc121246d9e190e1314cd67**

Documento generado en 31/10/2023 04:07:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica