



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 003-2016-00694-01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: DENNIA DEL SOCORRO VELASQUEZ GUTIERREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES E IDALY DE JESUS PULGARIN GARCÍA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación concedido a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **DENNIA DEL SOCORRO VELASQUEZ GUTIERREZ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES E IDALY DE JESUS PULGARIN GARCÍA**, debidamente sustentada como aparece de folios 5-13 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPAL:

1. **DECLARAR** que, es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente del pensionado JOSE LEONIDAS OVALLE, quien falleció el 25 de octubre de 2014.

DECLARATIVAS SUBSIDIARIA.

2. **DECLARAR** que tiene derecho al mayor porcentaje de la pensión de sobrevivientes, en caso de que exista otros beneficiarios.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 25 de octubre de 2014
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993
3. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
4. Costas procesales.

Por auto del 16 de diciembre de 2016, el Juzgado de origen admitió la demanda en contra de COLPENSIONES e IDALI DE JESÚS PULGARIN (folio 72).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó demanda: COLPENSIONES S.A., oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la demandante no cumplió con los cinco años de convivencia, estipulado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, compensación, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe (folio 77-81).

El Juzgado de conocimiento mediante auto de fecha 17 de abril de 2017, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 106), y a su vez ordenó el emplazamiento de la demandada IDALI DE JESÚS PULGARIN GARCÍA.

Por lo anterior la señora IDALI DE JESÚS PULGARIN GARCÍA, procedió a contestar demanda, mediante curador ad-litem, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, hasta tanto no se demostrarán los supuestos de hecho y de derecho para el reconocimiento del beneficio pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y genérica.

Mediante proveído del 11 de diciembre de 2018, el juzgado admitió el escrito de defensa presentado por la curadora en representación judicial de la señora IDALI

DE JESÚS PULGARIN GARCÍA (folio 146). Sin embargo, mediante auto del 20 de noviembre de 2019, el Juzgado de origen declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas desde el 17 de abril de 2017, mediante la cual se ordenó el emplazamiento de la señora IDALI JESÚS PULGARIN, aceptando la notificación por conducta concluyente y ordenando el correspondiente traslado para contestar demanda (folio 190).

La señora IDALI DE JESÚS PULGARIN GARCÍA, presentó los argumentos de defensa, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones e indicando que a través de la Resolución n.º GNR 176701 del 16 de junio de 2015, COLPENSIONES le reconoció la pensión de sobrevivientes, por haber acreditado la convivencia con el pensionado desde el 17 de julio de 1999 hasta la calenda en que éste último falleció. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa y título para pedir e inexistencia del derecho y de la obligación reclamada. (folio 192-200)

El Juzgado de origen, por providencia del 28 de septiembre de 2020, tuvo por contestado el libelo inicial, por parte de la accionada IDALI DE JESÚS PULGARIN GARCÍA (carpeta 2)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 3º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 22 de febrero de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante DENNIA DEL SOCORRO VELASQUEZ GUTIERREZ, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que es a la señora IDALI DE JESÚS PULGARÍN GARCÍA a quien le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, tal y como lo viene haciendo la demandada COLPENSIONES, a través de la Resolución GNR 176701 del 16 de junio de 2015, de la cual obra copias a folios 22 a 24 del plenario, al encontrarse acreditado el tiempo de convivencia por más de cinco (5) años con el pensionado fallecido.

TERCERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES denominada **COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA Y TITULO PARA PEDIR e INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACION**, formuladas por las demandadas.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la parte demandante, las que se tasan en la suma de \$1.000.000.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T y S.S.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando que el juzgado de conocimiento dejó de valorar algunas pruebas, mientras otras fueron analizadas de manera equivocada, como quiera que, dentro del trámite administrativo adelantado por positiva, queda claramente probada la convivencia con el pensionado, por un lapso superior a los cinco años, lo que generó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Así mismo manifestó que, quien dice ser la compañera permanente del causante al absolver el interrogatorio de parte, mostro muchas inconsistencias en sus respuestas, al igual que los testigos por ella solicitados y decretados por el A-quo, máxime cuando uno de ellos ostentaba la calidad de hijo de la demandada, y por ende tenía un interés en las resultas del proceso. Que de la historia clínica aportada por el Hospital de Mederi, se corrobora que fue ella quien acompañó al asegurado durante los procedimientos o exámenes médicos realizados el 9 de agosto de 2011, 22 de noviembre de 2012, 18 de noviembre de 2012, 25 de octubre de 2014, 8 de marzo de 2014 y 18 de febrero de 2014. Adujo que, en la sentencia emitida por el Juez de familia, se estableció que la supuesta convivencia entre el pensionado y la señora IDALI PULGARIN, solo se configuró hasta el 13 de febrero de 2012, por lo que a su juicio entre el 2012 y el 2014, no existió esa vida en común entre la citada pareja.

Por otra parte, señaló que de la prueba testimonial practicada, se podía corroborar que convivió con el señor OVALLE, por un término superior a cinco años. Que el hecho de que hubiese indicado que vivieron en casas separadas y que solo hasta el 2012, se presentó esa convivencia no le impide del reconocimiento de la prestación, como quiera que desde años atrás se venía presentado ese apoyo, socorro mutuo y colaboración, tan es así que fue ella quien cubrió todos los gastos fúnebres.

Manifestó que desconocer las actuaciones administrativas adelantadas por POSITIVA S.A., generaría una desprotección del núcleo familiar que ya tenía preestablecido, dado que se le impediría continuar con el beneficio pensional que ya le había sido otorgado.

Finalmente alegó la procedencia de la indexación y de los intereses moratorios, como la exoneración de las costas procesales, al enunciar que actuó de buena fe, no existió temeridad y bajo el convencimiento que le asiste el beneficio pensional.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Las beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado JOSE LEONIDAS OVALLE.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el ISS le reconoció al señor JOSE LEONIDAS OVALLE, una pensión de invalidez de origen profesional, a partir del 22 de agosto de 1979, en cuantía inicial de \$862,50. Así mismo que el día 9 de abril de 2010, el demandante informó a la ARL POSITIVA -entidad que asumió la obligación de pago de la prestación referenciada-, que renunciaba al beneficio pensional otorgado, para acceder a la pensión de vejez por parte del ISS, ente este último, que mediante Acto Administrativo 030775 del 20 de octubre de 2010, procedió al pago desde el 1 de agosto de 2009, en cuantía de \$1.254.809. (folio 19 y 33, carpeta 9 del expediente digital)

Así mismo está demostrado que el 16 de septiembre de 2011, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., declaró la compatibilidad entre la pensión de invalidez de origen profesional y la de vejez, decisión que fue modificada por esta Corporación, pero solo en el entendido que POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS debía proceder a la reanudación de la pensión de invalidez, a partir del 1 de octubre de 2010. (folio 12-23)

Adicionalmente ante el fallecimiento del pensionado JOSE LEONIDAS OVALLE, lo que ocurrió el 24 de octubre de 2014 (folio 17 carpeta 1), COLPENSIONES, procedió a través de la Resolución n.º GNR 176701 del 16 de junio de 2015, a reconocer a favor de la señora IDALI DE JESUS PULGARIN GARCÍA, la sustitución pensional en un porcentaje del 100% (folio 31 carpeta 31). Mientras que la pensión de invalidez reconocida al señor OVALLE, fue sustituida por POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS a la señora DENNIA DEL SOCORRO VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ (folio 2 carpeta 14)

Por lo anterior, la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

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

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Así las cosas, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente a los «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que *“Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes”.*

Así mismo desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el legislador estableció una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al sistema y la de un pensionado, esto es, la conocida como sustitución pensional, enunciando como requisito tan solo en esta última situación, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, es decir, convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder al beneficio pensional.

Efectuadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos que, dado que se trata de un pensionado fallecido, y toda vez que se está alegando la calidad de compañera permanente, se requiere de un tiempo mínimo de convivencia de cinco años, inmediatamente anteriores al deceso del asegurado.

Así lo explicó la Sala de Casación Laboral en sentencias con n.º de radicado 22560 de 2005, 32393 de 2008 y 34785 de 2017, al señalar que es ineludible a la compañera permanente, la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado al momento de su fallecimiento y, por lo menos, durante los cinco años continuos antes de éste.

En este orden, tenemos que la señora DENNIA DEL SOCORRO VELÁSQUEZ GUTIERREZ, aseguró en libelo introductorio que convivió con el asegurado “*POR MAS DE SEIS AÑOS de manera continua e ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento del pensionado.*” No obstante, COLPENSIONES, negó la prestación a favor de la aquí demandante, como quiera que no probó el requisito de convivencia, por un término mínimo de cinco años.

Así las cosas, se tiene que la demandante incorporó como prueba una declaración extrajuicio rendida ante la Notaria Séptima del Círculo de Bogotá, el día 12 de noviembre de 2014, en la que relacionó que convivió con el señor JOSE LEONIDAS OVALLE desde enero de 1987 hasta el momento en que falleció el 24 de octubre de 2014, y que dependía económicamente de su compañero. De igual forma al absolver el interrogatorio de parte, reiteró lo concerniente a la convivencia durante el lapso mencionado, mientras que en el escrito inicial hizo alusión nuevamente a la dependencia económica. No obstante, al analizar el expediente administrativo de la aquí accionante, se evidencia que mediante Resolución 038303 del 25 de noviembre de 2005, COLPENSIONES le otorgó a la actora una pensión de jubilación a partir del 1 de enero de 2015 en cuantía de \$923.891, la que fue reliquidada mediante Acto Administrativo VPB 145 del 5 de enero de 2015

A lo que se agrega que, en la investigación administrativa que adelantó en su momento el ISS, hoy COLPENSIONES, se constató que allí la demandante enunció que si bien sostuvo una relación sentimental con el pensionado desde 1986, la convivencia solo acaeció desde el año 2012 hasta la calenda en que se presentó la muerte del asegurado: “*...En el año 1986 inicie una relación sentimental con el señor José Leónidas Ovalle, quien era mi compañero de trabajo, él era casado con la señora María Pureza Jiménez Ruiz y vivían en el barrio la Francia de cuya unión había un hijo de nombre José Wilson Ovalle Jiménez; nosotros mantuvimos nuestra relación de manera simultánea el en su casa y yo en la mía. Él se separó legalmente de su esposa en el año 2008 porque ella se enteró que el su esposo tenía otra relación con una señora llamada Idali de Jesús Pulgarín García, además de la que se tenía conmigo, por este motivo hicieron separación de cuerpos y de bienes (divorcio) y se vino a vivir a esa dirección que ya había adquirido, él se vino a vivir solo donde permaneció viviendo solo hasta febrero de 2012 que yo llegue a vivir de manera permanente y bajo el mismo techo con él.*”

Igualmente en dichas diligencias administrativas, se escucharon las declaraciones del señor OLIVERIO MANRIQUE RODRIGUEZ, quien enunció que la pareja en mención, convivieron por tres años: *“Resido en esta dirección aproximadamente 30 años y por este motivo distinguí a los señores José Leónidas Ovalle y Denia del Socorro Velásquez, quienes fueron mis vecinos en el barrio durante 3 años como pareja donde compartieron techo mesa y vivieron juntos como marido y mujer hasta el fallecimiento del señor José Leónidas Ovalle el (sic) mes de octubre de 2014 y aun la señora Denia continua siendo mi vecina de barrio.”* Entre tanto la señora HEEDY SOLANYI GARZÓN ORTIZ, aseguró que solo le consta que la demandante y el pensionado convivieron por un periodo de 2 años desde el 2012 hasta el 2014: *“Como vecina desde hace 5 años, me consta de la convivencia de pareja de manera permanente del señor José Leónidas Ovalle y la señora Dania (sic) Velásquez durante 2 años del 2012 al 2014”*

Así mismo, se denota que la demandante fue llamada por el Juzgado 2 de Familia de Bogotá, como testigo dentro del proceso ORDINARIO DE EXISTENCIA DE UNION MARITAL DE HECHO, promovido por la señor IDALI PULGARIN GARCÍA contra el causante, manifestando en su momento que tenía una amistad con el señor OVALLE, porque trabajaban juntos, declaración que se presentó para febrero de 2012: *“La señora DENNIA DEL SOCORRO VELASQUEZ GUTIERREZ, manifestó que ha visto a IDALI algunas veces y tiene amistad con JOSE LEONIDAS, porque trabajan juntos hace muchos años, y sabe que él le arrendo un garaje, no sabe cuánto tiempo lleva en arriendo, sabe que JOSE LEONIDAS, acostumbra a arrendar, y que la señora IDALY (sic) le hizo escándalos pensando que tenía algo con don JOSE LEONIDAS.”* (folio 44 carpeta 1)

Luego, si bien dicha declaración fue valorada por la autoridad competente dentro del proceso referenciado, sin que haya sido solicitado como prueba dentro de este asunto, lo cierto es que la accionante al absolver el interrogatorio de parte dentro del presente trámite y al ser cuestionada sobre esa manifestación, no tuvo una motivación o justificación sobre dicha contradicción, al indicar: *“nada, yo en ese momento vivía con él y ya, lo que se dijo ese día y no más.”*

Por otra se allegó una declaración rendida por la señora INGRID CAROLINA DELGADILLO, el día 31 de octubre de 2014 ante la Notaria Séptima del Círculo de Bogotá precisando que el señor OVALLE y la señora VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ, convivieron por un espacio de seis años y que el pensionado era quien sufragaba todos los gastos de manutención de su compañera: *“el causante era de estado civil UNION LIBRE con la señora DENNIA DEL SOCORRO VELASQUEZ GUTIERREZ, identificada con la C.C. N.º 41.443.978 de Bogotá D.C., quien dependía económicamente para todos los gastos de alimentación, vestuario, y demás, ya que*

se dedicaba a las labores del hogar, por un espacio de 6 años conviviendo bajo el mismo techo, lecho y mesa de forma permanente e ininterrumpida, de cuya unión no procrearon hijos”; empero nótese que no describió las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se presentó esa supuesta convivencia, pues ni siquiera relacionó los extremos temporales en se presentó esos seis años de vida en común (folio 23 del cuaderno 1).

Adicionalmente la señora INGRID CAROLINA DELGADILLO, fue convocada en calidad de testigo dentro de las presentes diligencias, quien al ser preguntada si en la declaración rendida por fuera de juicio, había indicado que la demandante dependía económicamente del mencionado, manifestó: *“no, yo declare que conocía a la señora DENNIA, hace muchos tantos años, pero no declare dependencia económica de nadie, económica no, indique allí en la declaración hace cuantos años yo conocía a la señora DENNIA VELASQUEZ, junto con la convivencia del señor OVALLE.”* Aunado a lo anterior la mencionada testigo dijo que desde el año 2003 hasta el año 2014, la demandante y su compañero convivieron: *“Correcto, desde el año 2003 que yo lo conozco hacia el año 2014, ellos siempre estuvieron juntos.”*

De igual forma se allegó la declaración extrajuicio del señor JOSE WILSON OVALLE JIMENEZ, efectuada el día 31 de octubre de 2014 ante la Notaria Séptima del Círculo de Bogotá, quien preciso que, la demandante y el asegurado convivieron por espacio de seis años, pero sin describir los extremos temporales de esa vida en común (folio 23 carpeta 1).

Ahora se escuchó a la señora CARMEN CAICEDO CAMACHO, quien aseguró conocer a la demandante y al causante, por haber sido sus compañeros de trabajo; así mismo adujo que se pensionó en el año 2004 y que en el 2011 se fue a vivir a ZIPAQUIRA, que le consta que los sujetos en mención fueron pareja y convivieron hasta el año 2014, anualidad en que el señor OVALLE falleció; sin embargo pese a relatar una convivencia siquiera desde el año 2004 hasta el 2014, la última vez que vio al pensionado lo fue en el año 2012: *“yo lo vi por última vez, cuando el vino a visitarme, que fue en esa época como en el 2012, 2013 , que vino con ella a visitarme aquí a Zipaquirá, fue la última vez que lo vi, porque yo no fui por allá donde él estuvo hospitalizado, nunca fui, que voy a decir”*. Seguidamente expuso que por comentarios realizados por la accionante, fue la accionante quien le colaboró al pensionado, en los trámite médicos: *“porque ella venia, cuando la vez que vino me contó, pues yo le digo eso, porque ella mismo lo decía que le tocaba pedirle cita al médico a él, como ella me llama por teléfono entonces ella me decía, tengo que pedirle cita médicas a José Leónidas porque sigue muy enfermó y así, lo mismo cuando lo llevo a paseo, lo llevo a pasear fueron a Panamá, todo eso ella me lo contaba porque ella me llamaba por teléfono.”*

Entre tanto el testigo JULIAN RAMON PERALTA, quien adujo haber conocido a la pareja aquí referenciada desde el año 1992, cuando trabajó en el Hospital Meissen, lo cierto que vio o tuvo contacto físico con el asegurado solo hasta el año 2005: *“como en marzo de 2005 en dos oportunidades en el parque el tunal, no lo volví a ver en forma física”*; y que no tuvo conocimiento de la muerte, sino tiempo después.

Finalmente el testigo URIEL GUERRA, manifestó conocer a la señor OVALLE por un espacio de 25 años, dado que el pensionado acudía a su establecimiento, para que le reparara los vehículos; que siempre que el causante lo visitaba, lo hacía en compañía de su esposa la señora VELÁQUEZ, que durante el tiempo que los conoció fue a la casa de habitación de la pareja en mención y que incluso compartieron viajes y reuniones familiares, pero no relato fechas o extremos temporales en los que ello acaeció, ya que no los recordaba.

Finalmente los documentos relacionados e incorporados al plenario, tales como cédula de ciudadanía, registro civil de defunción, peticiones efectuadas ante la entidad de seguridad social, resoluciones sobre el reconocimiento del beneficio pensional a favor de la señora PULGARIN GARCÍA, historia clínica del pensionado y trámite y cubrimiento de los gastos fúnebres, no permiten evidenciar esa vida en común por espacio mínimo de cinco años entre la demandante y el señor JOSE LEONIDAS OVALLE, que le permitiera a esta sala tener la certeza que realmente la accionante tuvo la calidad de compañera permanente.

Luego entonces, las pruebas reseñadas permiten concluir que entre la accionante y el pensionado, solo existió una convivencia durante los años 2012 al 2014, es decir, este tiempo no alcanza abarcar el mínimo exigido por la legislación, para acceder al beneficio pensional en calidad de compañera permanente, equivalente a cinco años, y si bien la actora manifestó que la relación sentimental se presentó desde 1986-1987, lo cierto es que, esa vida en común, según manifestación realizada por la propia señora VELASQUEZ GUTIERREZ, solo empezó en el año 2012.

Lo anterior, por cuanto el asegurado no tuvo ninguna relación de pareja entre el 2008 y el 2012, ya que la accionante en las diligencias administrativas así lo relato, al indicar que durante ese periodo vivió solo; por ende, se concluye una vez efectuados los cálculos respectivos que, no se alcanzaron a reunir los cinco años de convivencia previos al fallecimiento.

Ahora si bien la demandante, adujo en el interrogatorio de parte, realizado por el juzgado de conocimiento que, la convivencia se presentó desde el año 1987, lo cierto, es que olvido que en las diligencias administrativas había sido clara en señalar que esa situación solo ocurrió en el 2012. Aunado que las diversas

declaraciones recaudadas por la entidad de seguridad social, durante la investigación -vecinos- estas no dan cuenta de un término mayor a tres años, en tanto los relatos extrajuicio no describieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar de esa vivencia entre la mencionada pareja, toda vez que no aludieron a los extremos temporales de la misma, máxime cuando en la ratificación efectuada dentro de este trámite una de ellas resultó totalmente contradictorias a lo inicialmente expuesto.

De igual forma se considera que si bien la dependencia económica en este asunto no es requisito para la causación del derecho pensional, si debe indicarse que el hecho de que tanto la demandante, como quienes acudieron ante notario a rendir una declaración, manifestaron que la señora VELÁSQUEZ GUTIÉRREZ, dependía económicamente del pensionado, esta exposición les restó credibilidad, objetividad y apreciación, al quedar debidamente demostrado que desde el año 2005, la actora venía percibiendo una pensión de jubilación.

De igual forma se practicaron tres testimonios a favor de la accionante, empero ninguno dio cuenta de la vivencia con el pensionado por un periodo de cinco años, inmediatamente anteriores al deceso, ya que CARMEN CAICEDO DE CAMACHO, vio por última vez al asegurado en el año 2012, y tanto los relatos de ayuda o socorro entre la pareja, le consta por comentarios realizados por la accionante. Aunado a que el testigo JULIAN RAMON PERALTA, las últimas veces que tuvo contacto con el asegurado fue en el 2005, y finalmente el deponente URIEL GUERRA, no alcanzó a describir las circunstancias de tiempo o particulares de la convivencia de la pareja en mención, ya que el relato resultó muy genérico, sin que se hubiese podido concluir ese periodo de cinco años.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, al no demostrarse que, para el momento del fallecimiento del afiliado, la demandante tuviese una convivencia con el asegurado, que le permitiera acceder a la prestación, en calidad de compañera permanente.

Finalmente, en relación con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora IDALI DE JESÚS PULGARIN, cabe precisar que como quiera que la prestación fue reconocida mediante acto administrativo, la entidad debe acudir ante la autoridad judicial competente con el propósito de dejar sin efectos dicha resolución, solo si considera que el beneficio pensional fue otorgado de manera irregular, no teniendo competencia esta jurisdicción para pronunciarse al respecto, máxime cuando desde la fijación del litigio se dejó sentado que la controversia se centraba en determinar si a la accionante le asistía el derecho pensional.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, por lo en nada erró el juez de primera instancia en condenar en costas a la accionante, al resultar desfavorables las resultados del proceso.

COSTAS DE SEGUNDA.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de febrero de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500320160069401](https://www.cjecol.gov.co/portal/seguridad-social/11001310500320160069401)



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 11-2020-00470-01

Bogotá D.C., agosto veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GABRIEL QUIMBAYO DOMINGUEZ**
DEMANDADO: **ELECTROINDUSTRIAL JM SAS**
ASUNTO : **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **GABRIEL QUIMBAYO DOMINGUEZ** instauro demanda ordinaria laboral contra de **ELECTROINDUSTRIAL JM SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

- 1) Declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes cuyos extremos laborales corresponden del 04 de abril de 2017 al 15 de agosto de 2020.

- 2) Declarar que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa respecto a un contrato a término fijo.

CONDENATORIAS:

1. Al pago total de las cesantías adeudadas durante la relación laboral teniendo como base de liquidación, las bonificaciones y horas extras.
2. Al pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías al trabajador.
3. Condenar a la demandada al pago total de los intereses de cesantías adeudadas durante la relación laboral teniendo como base de liquidación, la bonificaciones y horas extras.
4. Condenar a la demandada a la sanción por el no pago de los intereses de las cesantías.
5. Condenar a la demandada al pago total de las primas adeudadas durante la relación laboral, teniendo como base de liquidación, la bonificaciones y horas extras.
6. Condenar a la demandada al pago total de las vacaciones adeudadas durante la relación laboral, teniendo como base de liquidación, la bonificaciones y horas extras.
7. Condenar a la demandada al pago de las horas extras correspondientes a un diaria durante toda la relación laboral teniendo en cuenta que el horario era desde las 07:00 am y las 05:00 pm de lunes a viernes: 09 horas diarias, los sábados de 07:00 am y las 01:00 pm
8. Condenar a la accionada al pago de la indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo Del Trabajo.
9. Condenar a la demandada al pago de indemnización moratoria que contempla el artículo 65 del código sustantivo del trabajo.
10. Condenar a la demandada la indexación o al pago de intereses moratorios respecto de las sumas que resulten del proceso atendiendo a lo que mejor le favorezca a mi prohijado.
11. Condenar a la accionada a todas aquellas pretensiones ultra y extra petita que el Despacho considere pertinentes.
12. Condenar a la demandada al pago de las costas, expensa, agencias en derecho y todo gasto procesal que se genere en el litigio.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada ELECTROINDUSTRIAL JM SAS contestó la demanda, de acuerdo al auto que data del 16 de septiembre de 2021. Se opuso a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 11° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de octubre de 2021, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el ciudadano **GABRIEL QUIMBAYO DOMÍNGUEZ** y la demandada persona jurídica derecho privado **ELECTRO INDUSTRIAL JM S.A.S**, existieron tres contratos de trabajo todos bajo la modalidad a término fijo, el primero de ellos entre el mes de junio de 2018 y hasta el 30 de diciembre esa misma anualidad, el segundo entre el 3 de enero de 2019 al 28 de enero de esa misma anualidad y el último entre 9 de enero de 2020 y hasta el 15 de agosto de 2020, devengando como último salario en cada una la anualidad lo correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ELECTROINDUSTRIAL JM SAS** al pago de las siguiente sumas de dinero y por los siguientes conceptos al aquí promotor de la acción **GABRIEL QUIMBAYO DOMÍNGUEZ**:

- A. Cesantías \$84.530
- B. Intereses a las cesantías \$986
- C. Prima de servicios \$84.530
- D. Vacaciones \$42.165 pesos

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de la suma de \$3.786.662 pesos, por concepto indemnización por despido injusto, del contrato al término fijo celebrado entre el 9 de enero de 2020 al 15 de agosto de 2020 y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte emotiva esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones formuladas por la pasiva de conformidad con lo expuesto en la parte emotiva esta de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, liquidense por secretaría inclúyanse en ellas la suma de \$250.000 pesos, valor en que se estima las agencias en derecho y en conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte emotiva de esta sentencia.”

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. **MALA FE:** Solicita que, de conformidad con el principio de la realidad sobre las formas, teniendo en cuenta que dentro del acervo probatorio se determinó que existen varios indicios que la empresa estaba actuando de manera irregular, en tanto que solo buscaba sustraerse el pago de la seguridad social y prestaciones sociales a través de una supuesta bonificación, pues si bien en los desprendibles de pago se incluía una comisión, dicha comisión no se le pagaba en una cuenta bancaria, sino se le cancelaba directamente a los trabajadores.

En ese sentido, al acreditarse que las bonificaciones hacían parte del salario para liquidar las prestaciones sociales y seguridad social, se concluye que

no se pagó en debida forma las prestaciones a favor del actor, acreditándose de ésta manera la mala fe de la empresa demandada, razón por la cual se debió proceder con el pago de la sanción de la no consignación de cesantías contemplada en la Ley 50 de 1990, así como la sanción que establece el Art. 65 del CST.

Por otro lado, no se puede fiar de los testimonios que trajo a colación la demandada, en tanto que estos siguen trabajando para la empresa accionada y por lo tanto están afectados en su versión.

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

- 1. LIQUIDACION AÑO 2018:** Señala que, no se tuvo en cuenta que, sí se efectuó el pago, que si bien no se hizo bajo el nombre de la empresa demandada, si se realizó el pago como persona natural, y si bien no fue demandada dentro del presente asunto, si se canceló lo correspondiente al año 2018.
- 2. ABONO A LA INDEMNIZACIÓN:** solicita tener en cuenta las excepciones propuestas por parte de la demandada, como quiera que efectivamente hubo un abono a la indemnización a favor de la demandante.
- 3. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Solicita igualmente se tenga en cuenta la excepción de prescripción debidamente formulada dentro del presente asunto.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí de conformidad con la prueba recauda dentro del proceso es procedente re liquidar las condenas impuestas en primera instancia, teniendo en cuenta el abono realizado y el pago de la indemnización. **2.** Por otro lado, si hay lugar o no a condenar a la demandada por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CSRT y sanción por no consignación de cesantías de que dispone el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 al acreditarse la mala fe de la sociedad accionada. **3.** Excepción de prescripción.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No fue objeto de discusión entre las partes, la existencia de una relación laboral que vinculó al señor **GABRIEL QUIMBAYO DOMÍNGUEZ con la sociedad ELECTRO INDUSTRIAL JM SAS, los cuales estuvieron vigente a término fijo, de la siguiente manera:**

1. Desde junio de 2018 y hasta el 30 de diciembre de 2018.
2. Desde el 3 de enero de 2019 al 28 de enero de 2019
3. Desde el 9 de enero de 2020 al 15 de agosto de 2020

Así mismo, el salario devengado, el cual declaró como último salario en cada una la anualidad lo correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Ahora bien, por razones de método, se procede a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, la cual fue declarada no probada por parte del Juzgador de primera instancia.

Frente a la anterior decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación, para que sea tenida en cuenta, la cual fue debidamente formulada por parte de la accionada.

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

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

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL1520 de 2023 en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

*“Antes de estudiar las pretensiones de condena, se recuerda que el demandado propuso la excepción de prescripción, para cuya revisión habrá de tenerse presente que el vínculo terminó el 1 de enero de 2018, el **16 de abril de 2018 se llevó acabo audiencia de conciliación por ante el Ministerio de Trabajo, como consecuencia de la solicitud elevada por el actor, a la que, Obregón***

Ramírez no acudió; dicha fecha no puede tomarse para efectos de interrumpir el término extintivo pues brilla por su ausencia la prueba de que efectivamente el llamado a juicio hubiese recibido la comunicación que lo citó a esa diligencia.

En el expediente no se encuentra el acta de presentación de la demanda a reparto judicial, sin embargo, consultado el sistema de información siglo XXI, aparece que fue radicada el 2 de agosto de 2018; su admisión fue el 8 de agosto de siguiente (f.º20 Exp. Digital) y los demandados se notificaron el 12 de septiembre del mismo año.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de la interrupción judicial del término de prescripción extintiva, se toma el 2 de agosto de 2018, por lo cual se extinguieron los derechos exigibles con anterioridad al 2 de agosto de 2015.”

Conforme lo anterior, se observa que la última relación laboral se dio por terminada el 15 de agosto de 2020 y la presente demanda fue radicada el 27 de noviembre de 2020, conforme acta de reparto visible a en el archivo 03 del expediente digital, sin que haya operado el término prescriptivo que establece la norma.

Ahora si bien se declaró la existencia de otras dos relaciones laborales, la primera de ella se dio por terminada el 30 de diciembre de 2018 y la segunda el 28 de enero de 2019, sin que por tanto se encuentren afectadas por el término prescriptivo, razón por la cual se despacha desfavorablemente las súplicas del apoderado de la demandada, se confirma.

PAGOS REALIZADOS AL ACTOR:

Señala el apoderado de la demandada que no se tuvo en cuenta que en efecto se realizó un pago, que, si bien no se hizo bajo el nombre de la empresa demandada, si se realizó el pago como persona natural, y si bien no fue demandada dentro del presente asunto, si se canceló lo correspondiente al año 2018, igualmente, hubo un abono a la indemnización a favor de la demandante.

Los anteriores argumentos no son de recibo, como quiera que de conformidad con las pruebas obrantes en la contestación de la demanda, se observa a folio 18 una liquidación realizada desde 1 de octubre del año 2018 y hasta el 30 de diciembre esa misma anualidad, conforme comprobante de liquidación, sin embargo, debe recordarse que la relación laboral fue declarada desde junio de 2018, periodos respecto de los cuales no obra prueba que se haya cancelado concepto alguno, razón por la cual se despacha desfavorablemente las súplicas del demandado, no quedando otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

INDEMNIZACIÓN ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990 E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST:

El juzgador de primer grado absolvió a la demandada a pagar la indemnizaciones de que tratan el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, así como del Art. 65 del CST; por cuanto no se acreditó la mala fe de la empresa demandada, teniendo en cuenta que la omisión en el pago de prestaciones debidas, esto es, del 25 de junio de 2018 al 31 de septiembre de la misma anualidad, responden a una confusión empresarial, con ocasión al cambio del empleador o propietario que ocasionó la constitución de la persona jurídica ELECTROINDUSTRIAL JM SAS, lo que se convirtió en el nuevo responsable del pago de dichas prestaciones. De acuerdo a lo anterior, a consideración del A Quo, sería desmesurado sanción una omisión que no configura una actitud de mala fe. Adujo que lo anterior cobraba especial relevancia al revisar los aportes a seguridad social del demandante, los cuales nunca dejaron de ser cancelados por parte de la demandada, pese a que eran realizador por la entonces propietaria del establecimiento de comercio ELECTROINDUSTRIAL JM, MARLENY BOCANEGRA ESPINOSA, quien no fue convocada al presente trámite procesal.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión y en su lugar, se acceda a la condena pretendida, en atención a que, de conformidad con el principio de la realidad sobre las formas, teniendo en cuenta que dentro del acervo probatorio se determinó que existen varios indicios que la empresa estaba actuando de manera irregular, en tanto que solo buscaba sustraerse el pago de la seguridad social y prestaciones sociales a través de una supuesta bonificación, pues si bien en los desprendibles de pago se incluía una comisión, dicha comisión no se le pagaba en una cuenta bancaria, sino se le cancelaba directamente a los trabajadores. En ese sentido, al acreditarse que las bonificaciones hacían parte del salario para liquidar las prestaciones sociales y seguridad social, se concluye que no se pagó en debida forma las prestaciones a favor del actor, acreditándose de ésta manera la mala fe de la empresa demandada, razón por la cual se debió proceder con el pago de la sanción de la no consignación de cesantías contemplada en la Ley 50 de 1990, así como la sanción que establece el Art. 65 del CST.

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

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del*

trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)».

Ahora bien, el artículo 65 del CST dispone que para aquellos trabajadores que devenguen un salario mínimo legal mensual vigente o menos: *“1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.”*

En ese orden de ideas, si bien conforme el reporte de historia laboral actualizado al 17 de septiembre de 2020 se observa que el demandante siempre ha venido cotizando a pensión, en primera medida bajo la empleadora MARLENY BOCANEGRA ESPINOSA, y en posteriormente, bajo la empresa demandada ELECTROINDUSTRIAL JM SAS, lo cierto es que, no se observa que de manera continua haya habido cotización a pensión, por el contrario, el mes de julio de 2018 no se encuentra cotizado, sin que haya justificación alguna del porque no se le canceló lo correspondiente a junio a septiembre de 2018.

Por otro lado, no debe pasarse por alto que la empresa demandada no acreditó la razón por la cual no canceló las acreencias laborales del primer contrato suscrito entre las partes esto es, el que estuvo vigente desde junio de 2018 a 30 de diciembre de 2018, en tanto la demandada reconoció su omisión en el pago de las prestaciones sociales a favor del demandante, bajo el argumento de “confusión” empresarial como resultado del cambio de empleador o de propietario que se ocasionó de la persona natural MARLENY BOCANEGRA ESPINOSA, como propietaria del establecimiento de comercio ELECTRO INDUSTRIAL JM a la constitución de la persona jurídica derecho privado la empresa ELECTRO INDUSTRIAL JM SAS, no debe ser una carga que debe soportar el demandante.

En ese sentido, si lo pretendido era cambiar de empleador de persona natural, como propietario de establecimiento de comercio a persona jurídica, como en efecto sucedió, no existe justificación alguna para que se hubiese sustraído del pago de las prestaciones sociales, pues dicho cambio de empleador en nada debería afectar el pago de acreencias laborales a favor del demandante, ni éste tener que asumir ese cargo, con ocasión a una simple omisión del empleador, argumento que no resulta de recibo para esta Sala, pues no puede escudarse en una simple omisión, omisión que eventualmente pudo ser subsanada con el paso del tiempo, sin embargo, solo con el inicio de este proceso fue que se logró el reconocimiento de

las prestaciones sociales de dicho periodo a favor del demandante, configurándose de ésta manera la mala fe del empleador.

Así las cosas, se tiene por acreditado que la relación laboral en que se le adeudó las acreencias y prestaciones finalizó el **30 de diciembre de 2018**, acreditándose la mala fe del empleador, es procedente condenar a ELECTROINDUSTRIAL JM SAS al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta que el pago se haga efectivo, teniendo en cuenta que se declaró que el demandante devengó un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, revocando de esta manera parcialmente el NUMERAL CUARTO, para en lugar ordenar el reconocimiento y pago de dicho concepto.

No existiendo otro motivo expreso de apelación presentado por las partes, se confirmará en lo demás de la sentencia de primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a ELECTROINDUSTRIAL JM SAS, al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta que el pago se haga efectivo, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: [11001310501120200047001](https://www.corteconstitucional.gov.co/infocorte/11001310501120200047001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2018-00396-03

Bogotá D.C., agosto veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: COMCEL SA
DEMANDADO: ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN
SOL YALILE RAMIREZ LUNA
JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS
JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO
LAURA MARCELA RODRIGUEZ
ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDANTE Y EL
DEMANDADO JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO
RESPECTO DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN //
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DE
LAURA RORIGUEZ BELLO (Demandante en reconvención)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el Demandado José Orlando Peralta Tocarruncho respecto de la demanda de reconvención en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante, así como del demandado JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO, ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN y SOL YALILE RAMIREZ LUNA, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 1 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La sociedad COMCEL SA contra de ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN, SOL YALILE RAMIREZ LUNA, JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS, JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y LAURA MARCELA RODRIGUEZ debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. Que entre las partes existieron los respectivos contratos de trabajado así:

ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN: Contrato de Trabajo a término indefinido del 22 de mayo de 2000, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Coordinador Gestión Preventiva Personas/Hogar.

LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO: Contrato de Trabajo a término indefinido del 6 de septiembre de 2010, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Coordinador Gestión Extra y Judicial Personas y Hogar.

SOL YALILE RAMIREZ LUNA: contrato de trabajo a término indefinido del 17 de octubre de 1995, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Gerente de Cobranza.

JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS: Contrato de trabajo a término indefinido del 4 de septiembre de 2000, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Director de Operaciones Comerciales.

JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO: Contrato de trabajo a término indefinido del 17 de octubre de 1995, que de conformidad con sus otros si, su último cargo desempeñado fue Director Corporativo de experiencia al cliente.

2. Que el señor ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN, incumplió gravemente sus obligaciones laborales respecto del contrato de trabajo celebrado con COMCEL SA, bajo el que se desempeñó como Coordinador Gestión Persuasiva Personas/Hogar.
3. Declarar que la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO, incumplió gravemente sus obligaciones laborales respecto del contrato de trabajo

celebrado con COMCEL SA, bajo el que se desempeñó como Coordinador Gestión Extra y Judicial Personas y Hogar.

4. Declarar que la señora SOL YALILE RAMIREZ LUNA, incumplió gravemente sus obligaciones laborales respecto del contrato de trabajo celebrado con COMCEL SA, bajo el que se desempeñó como Gerente de Cobranzas.
5. Declarar que el señor JORGE PEÑA CASASBUENAS, incumplió gravemente sus obligaciones laborales respecto del contrato de trabajo celebrado con COMCEL SA, bajo el que se desempeñó como Director de Operaciones Comerciales.
6. Declarar que el señor JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO, incumplió gravemente sus obligaciones laborales respecto del contrato de trabajo celebrado con COMCEL SA, bajo el que se desempeñó como Director Corporativo de Experiencia al Cliente.
7. Declarar que con ocasión a los incumplimientos laborales en que incurrieron los señores ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMÁN, LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO, SOL YALILE RAMIREZ LUNA, JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS, respecto de sus respectivos contratos laborales, se causaron daños y perjuicios a COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA, en la suma de \$2.416.000.000, o aquella que se pruebe.
8. Declarar que los señores ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMÁN, LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO, SOL YALILE RAMIREZ LUNA, JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS, están obligados a reparar de manera solidaria los daños y perjuicios causados, mediante la respectiva indemnización económica a favor de COMUNICACIÓN CELULAR SA – COMCEL SA.

PRETENSIONES DE CONDENA:

1. Condenar de manera solidaria a los señores ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMÁN, LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO, SOL YALILE RAMIREZ LUNA, JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS a título de daño emergente, la suma de \$2.416.000.000 o aquella que resulte probada en el proceso, mas su respectiva indexación.
2. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El señor JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ BELLO contestó la demanda, de acuerdo al auto calendarado el 2 de agosto de 2019. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

La señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO contestó la demanda, de acuerdo al auto calendarado el 31 de octubre de 2019. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 27 de marzo de 2019, se dio por contestada la demanda por parte de los señores ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMÁN, SOL YALILE RAMIREZ LUNA, JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO. Se opusieron a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

El señor JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO presentó demanda de reconvencción en contra de COMCEL SA, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que entre el señor PERALTA TOCARRUNCHO y COMCEL SA existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 13 de enero de 1998 al 2 de agosto de 2017, día en el cual se dio por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral, y sin mediar justa causa.
2. Que se declare que el despido del señor PERALTA TOCARRUNCHO ocurrido el 2 de agosto de 2017 es ilegal e ineficaz, y, por lo tanto, no produjo efecto alguno, ya que se produjo violando el debido proceso por parte de la demandada al no cumplir con las observaciones y requerimientos para la realización del mismo, conforme a lo establecido por la Ley y jurisprudencia y el RIT. Además, se realizó sin tener en cuenta el fuero por acoso laboral con el que contaba el señor PERALTA TOCARRUNCHO, que en virtud de éste el demandado gozaba de estabilidad laboral reforzada y que para el momento del despido no se contó con el permiso del Ministerio del Trabajo, por lo que el despido es ineficaz.
3. Se condene a COMCEL SA a la reinstalación y/o reintegro del señor PERALTA TOCARRUNCHO, en el mismo, similar o superior cargo, al que tenía al momento del despido y que se restituya su contrato de trabajo con todos los derechos y obligaciones, declarándolo sin solución sin continuidad, teniendo en cuenta que el proceso disciplinario fue a todas luces ilegal y por tanto no surtió efecto alguno por ser ineficaz.
4. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a COMCEL SA a pagarle al demandante los salarios dejados de percibir desde el día del despido, teniendo en cuenta el último salario devengado en la suma de

\$32.645.544 mensuales, desde la fecha del despido, hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, con los reajustes anuales de orden legal, debidamente indexados más los beneficios a los que tenía derecho.

5. Subsidiariamente y para el caso que no ordene el reintegro y/o reinstalación del trabajador, solicita se condene a la COMCEL SA a pagarle al señor PERALTA TOCARRUNCHO la indemnización por despido injusto contemplado que era de \$51.908.348.
6. Condenar a la demandada al pago de la indemnización ordenada en el artículo 65 del CST indemnización sanción, teniendo en cuenta que al señor PERALTA TOCARRUNCHO le pagaron rubros que eran factores salariales llamados por COMCEL SA "bonificaciones" los cuales nunca se tuvieron en cuenta como salario, de ésta se desprende también la re-liquidación del salario teniendo en cuenta los factores salariales dejados de pagar por COMCEL SA al señor PERALTA TOCARRUNCHO.
7. Costas procesales.

Por su parte, la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO presentó demanda de reconvención en contra de COMCEL SA, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO prestó sus servicios personales a la compañía COMCEL SA, durante el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2010 y el 25 de julio de 2017, ocupando los cargos de COORDINADOR DE COBRO EXTRA Y JUDICIAL y de COORDINADOR GESTION EXTRA Y JUDICIAL PERSONAS Y HOGARES.
2. Se declare que la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO fue despedida sin justa causa debidamente comprobada.
3. Condenar a COMCEL SA, a pagar a favor de la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO, la indemnización por despido sin justa causa, consagrada en el artículo 64 del CST.
4. Que la anterior condena sea debidamente indexada.
5. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

COMCEL SA contestó las demandas de reconvención, de acuerdo al auto calendarado el 13 de diciembre de 2019. Se opuso a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

REFORMA DE LA DEMANDA

La sociedad COMCEL reformó la demanda, la cual fue admitida mediante auto del 14 de noviembre de 2019. Que los demandados ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO, JORGE ENRIQUE PEÑA CASABUENAS y ERIC ALFREDO GONZALEZ GUMAN contestaron la reforma de la demanda, conforme auto que data del 13 de diciembre de 2019 (fls. 1270).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 20° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 16 de noviembre de 2021, dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante COMCEL SA y los demandados existieron los siguientes contratos a saber, con:

ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN: Contrato de trabajo a término indefinido del 22 de mayo de 2000, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Coordinador Gestión Persuasiva Personas/Hogares.

LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO: Contrato de trabajo a término indefinido del 6 de septiembre de 2010, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Coordinador Gestión Extra y Judicial Personas y Hogar.

Los cuales finalizaron el 25 de julio del año 2017, por despido que hiciera de manera unilateral COMCEL SA.

Con

SOLYALILE RAMIREZ LUNA: Contrato de trabajo a término indefinido del 17 de octubre de 1995, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Gerente de Cobranzas.

El cual finalizó el 22 de marzo del año 2017, por renuncia voluntaria que presentará la trabajadora.

Y con

JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS; Contrato de trabajo a término indefinido del 4 de septiembre de 2000, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Director de Operaciones Comerciales.

JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO: Contrato de trabajo a término indefinido del 17 de octubre de 1995, de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Director Corporativo de Experiencia al Cliente.

Los cuales finalizaron el 2 de agosto del año 2017, por despido que hiciera de manera unilateral COMCEL SA.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por los ex trabajadores demandados denominadas: **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y **COBRO DE LO NO DEBIDO**, respecto a la demanda y su reforma presentada por COMCEL SA, por lo considerador en esta providencia.

TERCERO: ABSOLVER a los demandados; JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO, JORGE ENRIQUE PEÑA CASABUENAS, SOL YALILE RAMÍRES LUNA, ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN, y LAURA MARCELA RODRIGUEZ de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR probada las excepciones propuestas por COMCEL SA denominadas INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS y COBRO DE LO NO DEBIDO, respecto de los dos demandantes en reconvención, presentadas por JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y LAURIA MARCELA RODRIGUEZ, por lo considerado en esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada en reconvención COMCEL SA de todas y cada una de las pretensiones elevadas por JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y LAURA MARCELA RODRIGUEZ.

SEXTO: COSTAS corren a cargo de COMCEL SA y a favor únicamente de los demandados JOSE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS, SOL YALILE RAMIREZ LUNA y ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN. Fíjense como agencias en derecho el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. SIN COSTAS a favor de los demandantes JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y LAURA MARCELA RODRIGUEZ, y SIN COSTAS a favor de COMCEL SA de la demanda de reconvención.”

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia:

- 1. EXTREMOS LABORALES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, con el fin que sea estudiados los extremos laborales, y últimos cargos desempeñados por los demandados.
- 2. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:** Indica que no hubo un pronunciamiento expreso respecto de los incumplimientos graves por parte de los demandados, precisando que si hubo pronunciamiento expreso tan solo de la señora LAURA MARCELA TRODRIGUEZ, al resolver las pretensiones de la demanda de reconvención, en donde concluyó que efectivamente se había configurado justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, como consecuencia del incumplimiento grave de sus obligaciones, y es que al acreditar que efectivamente los demandados incumplieron gravemente a sus obligaciones se configuran los daños y perjuicios favor de COMCEL, razón por la cual, los demandados estarían obligados a reparar, de manera solidaria, los perjuicios causados mediante la respectiva indemnización económica a favor de COMCEL.

Teniendo en cuenta lo anterior, indica que, no se puede tener en cuenta la sentencia C1507 de 2000, como quiera que en esta sentencia si bien establece una indemnización, lo cierto es que hace referencia al artículo 64 del CST, donde impide al empleador reclamar el reconocimiento de perjuicios

que le causen los trabajadores al empleador, en el desarrollo de su contrato de trabajo, situación con la que nada tiene ver con las pretensiones de la presente demanda, por el contrario, está solicitando el reconocimiento de perjuicios que el trabajador le cause al empleador en el desarrollo de su contrato de trabajo, no a la finalización.

El juzgado hizo referencia que el empleador no puede solicitar el reconocimiento de los perjuicios, en los casos en que los trabajadores incumplan sus obligaciones legales y contractuales que tienen a su cargo, en tanto que la norma es clara en establecer que los perjuicios corren en contra de quien los ha causado.

Y es que, con fundamento en el principio de condición resolutoria tácita en el contrato bilateral, como es el contrato de trabajo, la primera consecuencia es la terminación del contrato ante el incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de la obra; sin embargo, la segunda consecuencia es la causación de la indemnización a cargo de la parte que incumplió su obligación, con lo que genera perjuicios, de manera tal que, la norma es clara en determinar la obligación indemnizatoria que opera en casos de incumplimiento, de cualquiera de las dos partes en el contrato de trabajo, por lo que a su consideración, no es procedente aplicar el principio de favorabilidad.

Conforme lo anterior, el artículo 55 y siguientes del CST, establece diferentes principios, como la buena, lealtad, etc., con los que se concluye que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, nadie puede beneficiarse de sus conductas contrarias a derecho a aquel que ha generado un perjuicio, por lo que no puede entenderse que hay un divorcio entre la legislación laboral y la legislación civil.

Por otro lado, menciona el juzgado que, el trabajador no puede asumir las pérdidas del empleador, sin embargo, conforme el presente asunto, el cual hace referencia a los casos en los que el trabajador ha incurrido en incumplimientos de sus obligaciones, los cuales generan perjuicios, se contrae a imponer sanciones disciplinarias o a la terminación de la relación laboral, por lo que no se puede confundir aquello que tiene connotación sancionatoria, con aquello que tiene el carácter de indemnizatoria, en tanto que la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en señalar que la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones del trabajador, no es una sanción disciplinaria.

- 3. INCUMPLIMIENTO JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO:** Señala que el incumplimiento de la obligación del demandado JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO no se circunscribió únicamente a la falta de control que refirió el Juzgado, fue más allá, conforme las pruebas arrimadas al expediente. Señala que el incumplimiento de las obligaciones del

demandado PERALTA TOCARRUNCHO, no se circunscribió únicamente a la falta de control a que se refiere el Juzgado en su decisión, sino que, por el contrario, conforme el interrogatorio de parte de LAURA RODRIGUEZ, reconoció que en reunión con ERIC GONZALEZ, le había puesto a JOSE ORELANDO PERALTA en conocimiento de la no desactivación de equipos de 217.000 líneas el 20 de junio de 2017, y llama la atención que PERALTA TOCARRUNCHO guardó silencio sobre el tema de la desactivación al presidente de la compañía, y se tuvo conocimiento al respecto hasta el 30 de junio, fecha en que LAURA RODRIGUEZ remitió un correo electrónico por orden de PERALTA TOCARRUNCHO, documento que no tuvo ningún tipo de control o supervisión por parte de PERALTA TOCARRUNCHO, sin que correspondiera al verdadero alcance o consecuencias de esa falta de desaceleración de equipos.

Por otro lado, no puede perderse de vista que, en los periodos en que el demandado PERALTA TOCARRUNCHO fue Director de operaciones y Director Corporativo de experiencia al cliente y operaciones, sospechosamente aumentaba el número de líneas en mora, sin desactivación, y al dejar de ejercer ese cargo el demandado en el año 2017, se reducía la cifra.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte practicado a SOL YALILE RAMIREZ, indicó que semanalmente se reunía con PERALTA TOCARRUNCHO y le ponía de presente las cifras, indicándole que se incumplirían las metas de desactivación, cifras que no iban a gustarle al Director, en ese sentido, el desfase es un acto de grave negligencia y los indicios de una situación dolosa.

- 4. COSTAS:** La condena impuesta a COMCEL por concepto de costas resulta contradictorio, en la medida en que se acreditó que los demandados actuaron por fuera del alcance de sus obligaciones legales y contractuales, en tanto que se acreditan hechos de negligencia y culpabilidad, incluso de dolo de estas personas que no fueron dadas por acreditadas por el Despacho dentro de sus consideraciones.

La **parte demandada (JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO)** presentó recurso de apelación en contra del fallo principal de primera instancia:

- 1. REINTEGRO:** solicita se revoque la decisión de primer grado, en tanto no accedió al reintegro pretendido por el señor PERALTA TOCARRUNCHO, como quiera que, se dio por probado, sin estarlo, que el señor PERALTA TOCARRUNCHO incurrió en una falta grave, distinta a la que fue aducida en su carta de despido, y de acuerdo a la indebida valoración de las pruebas,

se desprendía necesariamente del análisis integral de todo el acervo probatorio controvertido en el proceso, que nunca el señor PERALTA TOCARRUNCHO incurrió en una falta grave que causara daño económico a su empleador, por el contrario, del análisis integral de la prueba documental, testimonial e interrogatorio de parte, se desprendió que siempre cumplió con las funciones y obligaciones propias de su cargo, aun sin que las mismas estuviesen estipuladas o definidas por el empleador, sobre todo informando a su superior jerárquico, de manera oportuna, la ocurrencia de la irregularidad detectada inmediatamente. En ningún momento COMCEL SA pudo probar que el actuar del trabajador incurriera en una falta grave establecida en el Reglamento Interno del Trabajo. Por el contrario, el correcto análisis integral del acervo probatorio se dedujo que el señor PERALTA TOCARRUNCHO nunca incumplió obligaciones laborales.

Señala que tampoco fue tenido en cuenta que, fue el mismo señor PERALTA TOCARRUNCHO quien denunció oportunamente cuando tuvo conocimiento del hecho de la irregularidad cuestionada por el empleador, por lo que hubo una indebida valoración de las pruebas aportadas por las partes, especialmente las que fueron tachadas por la apoderada del señor PERALTA TOCARRUNCHO, tales como el perfil del cargo y el código de ética, pues fueron creadas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, acreditando por el contrario una mala fe por parte de COMCEL SA, quedando acreditado que el señor PERALTA TOCARRUNCHO no incurrió en violaciones de funciones u obligaciones reglamentarias, legales o estatutarias, en el ejercicio de su cargo que le hubiesen merecido el despido.

En ese orden, de conformidad con el artículo 62 del CST, no puede expresarse una causal diferente a la invocada en la carta de renuncia, empero COMCEL SA al momento de terminar el contrato de trabajo con el señor PERALTA TOCARRUNCHO alegó la omisión de deberes de control, sin embargo, tales controles no existían, ni pertenecían al cargo desempeñado por el señor PERALTA TOCARRUNCHO, por el contrario, en ningún momento logró probar dentro del proceso disciplinario, la omisión de información que fue precisamente la que se denotó en todo el debate probatorio, precisando que en ningún momento para el despido de agosto de 2017 COMCEL adujo o imputó perjuicio económico por incurrir en faltas graves, esperando un año después, para iniciar éste proceso, con argumentos que nunca conoció el señor PERALTA TOCARRUNCHO.

En suma, indica que, la pretensión del presente asunto es totalmente diferente a la causa que se expuso al trabajador para su despido en agosto de 2017, por lo que carece de validez.

- 2. DAÑO O PERJUICIO:** Frente a la causa o perjuicio, se observa que de conformidad con la prueba arrimada al plenario, con el interrogatorio de parte

practicado al perito, se logró desestimar la pretensión de COMCEL, dejando en evidencia su actuar de mala fe, en tanto que supuestamente COMCEL tuvo que cancelar unos impuestos y unas tasas que nunca se dieron, pues no aportaron prueba de los mismos, y que de conformidad con el interrogatorio del perito, COMCEL nunca pagó impuesto de renta, ni tasas, ni contribuciones a la MinTic ni a la CRC, incluso, el informe de auditoría no obedecía a la realidad de los hechos, y por tanto, el dictamen no es confiable. En consecuencia, solicita se revisen todas las circunstancias de mala fe en el actuar de COMCEL, que se evidenció en el desarrollo del proceso, poniendo en marcha recursos jurisdiccionales sin tener una justa causa real.

La **parte demandada (JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO)** presentó recurso de apelación en contra del fallo de la demanda de reconvención así:

- 1. JUSTO DESPIDO:** Manifiesta que, el Juzgado declaró probado, sin estarlo, el justo despido del señor PERALTA TOCARRUNCHO, sin embargo, conforme las pruebas arrimadas por las partes, en especial documentos electrónicos, perfil del cargo, código de ética, tachados además por esta parte, al detectar que fueron construidos por Comcel con posterioridad a los hechos, la prueba testimonial y las aceptaciones que hiciera la representante legal de Comcel, siempre apuntó a que el señor PERALTA TOCARRUNCHO, durante sus 19 años de servicio, cumplió cabalmente con las funciones y obligaciones de su cargo, como director corporativo de servicio al cliente y operaciones, en especial con aquella que fue reiterada en todos y cada uno de los testimonios rendidos dentro del proceso y los interrogatorios de parte, que fue el señor PERALTA TOCARRUNCHO, quien con ánimo de evitar daños a su empleador, comunicó a su superior jerárquico, el presidente de la empresa Señor Carlos Centeno, la ocurrencia de la irregularidad que motivó una intervención de auditoría y que además las mismas pruebas arrojaron que las funciones de control que Comcel le indilgo como omitidas, nunca fueron propias del ejercicio de su cargo y que correspondían exclusivamente a otras áreas de la compañía.
- 2. PROCESO DISCIPLINARIO:** Solicita se declare que el proceso disciplinario estuvo viciado por violación al debido proceso y el derecho de defensa, en desarrollo de la sentencia C 953 de 2014, no basta con realizar un proceso disciplinario que culmine con el despido del trabajador, sino que el mismo debe cumplir con el principio de inmediatez, congruencia, pertinencia y proporcionalidad, con los requisitos legales que establece la Ley, que garantice el verdadero ejercicio al derecho de defensa del trabajador, respetando la dignidad del trabajador, que en el caso bajo estudio, COMCEL vulneró flagrantemente, como quiera que, citó al señor PERALTA

TOCARRUNCHO por motivos inexistentes con 30 días de diferencia entre la denuncia del mismo trabajador, realizada a su empleador, y la citación realizada, sin excusa, para no hacerlo a tiempo, como quiera que los procesos disciplinarios seguidos por la causa denunciada por el señor PERALTA TOCARRUNCHO en contra de otros trabajadores, nunca fueron usados por la empleadora como pruebas en contra o a favor del señor PERALTA TOCARRUNCHO, con la realización además de una diligencia de descargos arbitraria en donde no se le trasladaron pruebas de ninguna índole, sin trasladarle el informe de auditoría que COMCEL utilizó para justificar su decisión de despido, todas estas circunstancias quedaron incluso consignados en la misma diligencia de descargos por el trabajador, cuando manifestó que no se le había querido hacer entrega ni siquiera del acta descargos, súmese que tampoco se le trasladaron pruebas y tampoco se le corrió traslado del informe, solamente se le leyeron apartes, además también utilizó COMCEL para justificar su decisión de despido, una carta que no obedeció a los motivos expuestos en la citación, ni al resultado del interrogatorio en diligencia de descargos, que por demás violó el derecho del trabajador a su dignidad humana, con calificativos denigrantes y que tampoco fue congruente con su desempeño laboral y con su tiempo de servicio para la empresa

Aunado a lo anterior, cuestiona también la apreciación sobre la no violación de la doble instancia en el proceso disciplinario, cuando pese a la negativa de la misma, el trabajador presenta una reconsideración y el estudio de la misma no enmienda el error, pues es resuelta por un funcionario de igual rango al trabajador despedido y no como la ley lo exige de que sea un superior jerárquico.

- 3. FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA:** Indica que el Juzgador de primera instancia omitió el uso de las facultades ultra y extra petita en pro de la protección de los derechos del trabajador, en el entendido que toda circunstancia que quedare plenamente probada entre el proceso, así no se hubiese establecido como pretensión para declarar ante la inexistencia y la ineficacia del despido, la procedencia no del reintegro, sino de la reinstalación laboral del señor José Orlando Peralta, en el mismo cargo o en uno similar al desempeñado en Comcel S.A, error en que respetuosamente este jugador incurre al no realizar un análisis integral del acervo probatorio allegado al proceso, en especial la prueba documental, carta de despidos, situación de descargo, diligencia de descargos, declaraciones testimoniales, interrogatorio de parte, incluso el mismo informe de auditoría que no fue trasladado. Súmese también a esta omisión la evaluación que debió hacer el señor juez, sobre la posible ocurrencia de la mala fe del actuar de Comcel, fraude procesal o en falsos testimonios, cuando en todo el proceso fue

evidente la manipulación del proceso por parte de Comcel S.A y en los testimonios que rindieron y que fueron pedidos por la demandante, fue el señor juez quien tuvo que intervenir para que sus declaraciones fueran declaraciones imparciales y ajustadas a los hechos del proceso.

- 4. REAJUSTE SALARIAL:** Señala que es procedente, como quiera que quedó probado que COMCEL actuó de mala fe, en atención a que, faltó al pago de salarios y prestaciones en su liquidación final, en razón a que, no se le reconoció la bonificación por resultados generales de la empresa como factor salarial, teniendo en cuenta que quedó su pago conforme la certificación del pago del mismo. Aunado al hecho en el que se observa que los aportes a pensión se hicieron por debajo del 16%, hechos que quedaron plenamente probados dentro del proceso, por lo que debió proceder el reajuste salarial del señor PERALTA TOCARRUNCHO.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., así mismo, se revolverá el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante en reconvención LAURA RODRIGUEZ BELLO, como demandante en reconvención, conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Previo a dar inicio con el presente asunto, se informa que, mediante auto del 16 de junio de 2022, se aceptó el desistimiento de las pretensiones incoadas por COMCEL SA en contra del señor JOSE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS.

Aclarado lo anterior, la controversia del presente proceso se centra en determinar:

- 1.** Si los demandados principales ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN, SOL YALILE RAMIREZ LUNA, JOSE ORELANDO PERALTA TOCARRUNCHO y LAURA MARCELA RODRIGUEZ incumplieron gravemente las obligaciones contenidas en sus contratos de trabajo en el desempeño de sus cargos, y si como consecuencia de ello, causaron daños y perjuicios a la demandante COMCEL SA. En caso afirmativo, si están obligados a reparar de manera solidaria los daños y perjuicios causados a través de una indemnización económica. Costas procesales.
- 2.** Si el despido del señor JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO se dio o no con justa causa, y si como consecuencia de ello, tiene derecho al reintegro o al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que no

se probó un daño o perjuicio, aunado al hecho que no se probó la causal invocada para el despido, y tampoco se dieron las garantías legales ni constitucionales en el proceso disciplinario adelantado en contra del señor PERALTA TOCARRUNCHO. Si es procedente el reajuste salarial, incluyendo la bonificación por resultados generales de la empresa. Sí es procedente el uso de las facultades ultra y extra petita con todo aquello que resultó probado dentro del plenario.

3. Sí el despido de la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ se dio con o sin justa causa, y si como consecuencia de ello, tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

Pues bien, ha de señalarse que el Juzgado de primer grado declaró los extremos laborales en que se vincularon los demandados para COMCEL SA, sin embargo, el apoderado de la sociedad demandante señaló en su recurso de apelación que no se señaló los extremos y último cargo de cada uno de los demandados.

Contrario a lo afirmado por el apoderado de COMCEL SA, lo cierto es que, de conformidad con las pruebas arrojadas al plenario, esto es, contratos de trabajo y otros sí suscrito entre las partes, se logró acreditar los siguientes extremos laborales y últimos cargos desempeñados por cada uno de los demandados, los cuales tampoco fue objeto de inconformidad por parte de los demandados, quedando de la siguiente manera:

1. **ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN:** Contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 22 de mayo de 2000 al 25 de julio de 2017, el cual finalizó por despido unilateral que realizó COMCEL SA, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Coordinador Gestión Persuasiva Personas/Hogares.
2. **LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO:** Contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 6 de septiembre de 2010 al 25 de julio de 2017, el cual finalizó por despido unilateral que realizó COMCEL SA, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Coordinador Gestión Extra y Judicial Personas y Hogar.
3. **SOLYALILE RAMIREZ LUNA:** Contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 17 de octubre de 1995 hasta el 22 de marzo de 2017, el cual finalizó por renuncia voluntaria que presentó la trabajadora, que de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Gerente de Cobranzas.

4. JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO: Contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 17 de octubre de 1995 hasta el 2 de agosto de 2017, relación laboral que se terminó por decisión unilateral adoptada por COMCEL SA, de conformidad con sus otros sí, su último cargo desempeñado fue Director Corporativo de Experiencia al Cliente.

Lo anterior, conforme lo indicó el Juzgador de primera instancia, razón por la cual se **CONFIRMA**.

PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES DE LOS DEMANDADOS:

El Juzgado de primer grado negó las súplicas de COMCEL en condenar los perjuicios pretendidos con ocasión a los incumplimientos de las obligaciones de los ex trabajadores demandados.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, con el fin de que sea revocada la decisión de primer grado, y en su lugar se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que a su consideración no hubo un pronunciamiento expreso respecto de los incumplimientos graves por parte de los demandados, tan solo se refirió a la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ. Y es que, afirma que al acreditar que efectivamente había configurado justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, como incumplimiento grave de sus obligaciones, configurándose de esta manera los daños y perjuicios a favor de COMCEL, por lo que estarían obligados a reparar los daños mediante la respectiva indemnización económica a favor de COMCEL. Argumenta que no es posible tener en cuenta la sentencia C1507 de 2000, como quiera que en esta sentencia si bien establece una indemnización, lo cierto es que hace referencia al artículo 64 del CST, donde impide al empleador reclamar el reconocimiento de perjuicios que le causen los trabajadores al empleador, en el desarrollo de su contrato de trabajo, situación con la que nada tiene ver con las pretensiones de la presente demanda, por el contrario, está solicitando el reconocimiento de perjuicios que el trabajador le cause al empleador en el desarrollo de su contrato de trabajo, no a la finalización.

Se aportaron al plenario las políticas corporativas de desactivación de líneas So-2 flujo transaccional, copia al correo del 15 de marzo del 2017, enviado por Nidia Balbuena Castiblanco, copia del correo del 19 abril del 2017, enviado por Laura Machuca Gómez, informe entregado en físico del 21 de junio del 2017 por parte de José Orlando Peralta al presidente de la compañía, copia del correo del 30 de junio del 2017, enviado por Laura Rodríguez Bello, correo del 11 de junio del 2017,

enviado por Eric Alfredo González Guzmán, informe del 14 de julio del 2017 emitido por la dirección de auditoría de Comcel, original de dictamen pericial del 01 de noviembre del 2017, realizado por perito experto en finanzas es el Señor Jorge Arango Velázquez, dictamen que fue adicionado en la reforma de la demanda y del cual se efectuó el correspondiente ejercicio del derecho de contradicción, descripción de cargos, archivo de Excel contenido en la descripción del cargo y funciones de cada uno de los demandados, es decir, del director corporativo experiencia al cliente, el director de operaciones comerciales, del gerente de cobranzas, del cargo del cargo de funciones del coordinador de gestión persuasiva y del coordinador de gestión extrajudicial, código de ética y el reglamento interno de trabajo.

Así mismo, se escuchó el interrogatorio de parte del representante legal de COMCEL, quien indicó que el señor PERALTA TOCARRUNCHO tenía pleno conocimiento de sus funciones y hasta el 21 de julio informó sobre las irregularidades a la gerencia de cobranzas y al presidente. Señala que, con ocasión a la falsedad de las cifras de líneas dadas de baja, al no ajustar los valores correspondientes a facturación por servicio no prestado de 217000 clientes, y al tomar esos ingresos como no reales, el daño que se le causó a COMCEL fue la liquidación y pago de unos impuestos, pues la información presentada al equipo directivo no correspondía a la realidad, pese a que dicha información debía ser corroborada en primera medida por el Director Corporativo de experiencia, el gerente de cobranza, los dos coordinadores y al director operativo, y en ese sentido se encuentra acreditada la negligencia con la que actuó el señor PERALTA TOCARRUNCHO, ocasionándole un perjuicio grave a la empresa demandante.

Por otro lado, en relación con la señora LAURA MARCELA, si bien no era la encargada de suspender las líneas, lo cierto es que dicha suspensión se realizaba con la información que ésta suministrara, en relación con las líneas que se encontraban en mora en el pago de la cuota, que esos informes de mora, se presentaban a la gerencia, y ésta, a su vez, los presentaba al director y luego, eran presentados a la compañía, y la negligencia de la señora LAURA obedeció a la alteración de las cifras, a la no aceleración de 86.000 líneas.

Se recibió el testimonio del señor **CARLOS ALBERTO TORRES RIVERA**, quien manifestó ser contador público, y ostentaba el cargo de director de contraloría desde el año 2008, que los demandados redundaron en el informe, con cifras erradas o equivocadas, no solo los entes de control sino al interior de la compañía, y es que tiene conocimiento que se desactivaron clientes, incumpliendo con las políticas que tiene definida la compañía, generando sobrecostos en los impuestos a la dirección de impuestos y tesorería distrital. Indicó que cada proceso está a cargo de cada una de las áreas, quienes son los que implementan sus procedimientos internos, pues conocen lo que hacen, aunado al hecho que documentaban los procesos, por esa

razón no es auditoría la encargada de los controles, pues la responsabilidad está en cabeza de cada área. Con relación a la señora LAURA RODRIGUEZ, indicó que ella automáticamente no podía modificar los controles que habían, lo tiene que revisar con su gerente, y éste a su vez con el director, siendo el director responsable de la ejecución, control y toma de decisiones. Finalmente, manifestó que, en el año 2016, la dirección de contraloría preguntó sobre la aceleración de cuotas de equipo y encontró que no había cartera que se hubiese acelerado, por lo que entre enero y febrero se realiza por parte del auditoria un proceso que termina con el informe de mayo del 2017, de no desactivación de 217.000 líneas.

Se recibió igualmente el testimonio de la señora **DIANA MARCELA GUEVARA MALABER**, manifestó ser contadora pública, especializada en control corporativo y auditoría y como coordinadora de auditoría hace parte de la auditoria interna, que trabajó de la mano con LAURA RODRIGUEZ para la provisión de cartera, que igualmente hizo un recuento de los hechos de despido de los demandados ante la falta de no presentar cifras reales de baja, al no hacer ninguna aceleración de cuota como el procedimiento y por otra, el cálculo completo de la producción de cartera de acuerdo a la política de la compañía, que a su consideración la primera falla fue el no reporte de baja de líneas por el demandado ERIC, esto, al parecer, por instrucción de SOLYALILE, y que al no haberse dado esa baja, pudo haber generado ingresos alrededor de \$3.000.000.000 millones de pesos, pues al no desactivar las líneas, hace figurar como ingresos para la compañía, afectando la producción de cartera. Que cada área es la encargada de elaborar sus procesos y procedimientos. Que la falta grave en que incurrió LAURA RODRIGUEZ fue el no reporte de unas bajas, conforme lo estipulaba el proceso SOX.

Se recibió el testimonio de la señora **NANCY PARRA REYES**, quien informó que es directora auditoría de claro, que todo inició en octubre del 2016, cuando una auditoría externa encontró hallazgos que ameritaron hacer unos reajustes por parte del área contable por más de \$24.000.000.000 millones de pesos del año 2017, que control interno es responsable de la compañía pero que igualmente está a cargo de cada uno de los directores, que los auditores hacen el testeo de dichos controles para que se cumplan, que se hizo un control en la provisión de cartera donde encontraron un hallazgo inicialmente de un faltante de \$1.000.000.000 millones en junio de 2017. Que el demandado ERIC fue quien le informó que existían unas líneas de más de 87 días que no habían sido desactivadas, lo que trae consigo un efecto en la cartera e indicadores de la compañía. Por otro lado, que los pagos de contribuciones estaban tasados en ingresos que no correspondían a la realidad, las líneas que habían sido desplegadas del proceso de cobro por no aceleración, no estaban dentro de la información entregada por el señor Peralta y solicitaron la información que fue entregada por Eric, pero que considera que fue Laura la encargada de suministrar esa información.

Se recibió testimonio de la señora **YOLIMA PEÑA HERNÁNDEZ**, quien dijo ser economista especialista en finanzas y administración pública, actualmente es gerente de cartera y riesgo de Comcel, manifiesta que la compañía terminó el vínculo laboral con los demandados por el incumplimiento de una política de la empresa, pero no tiene conocimiento exacto de que sucedió, que cuando empezó a desempeñar ese cargo le correspondió proceder con la desactivación de líneas que según el informe estaba pendiente que de esas 217000 líneas se realizó una revisión y se recuperó más o menos 1.500 líneas al 30 de abril del año 2021, relata todo el procedimiento correspondiente que se efectúa a partir de la fecha que ella asumió el cargo correspondiente.

Se escuchó el testimonio de **WALTER JAVIER BORDA FERRO**, quien indicó que antes del 2016, manejaba operaciones de Comcel, después de eso fue director de planeación estratégica y compra, que como director de planeación estrategia e innovación de Comcel de enero del 2015 a junio del 2016, estuvo en el área de operaciones en igual jerarquía de José Orlando, que era el encargado de elaborar el informe para presentar a presidencia, lo revisaba con Solyalile, el reporte interno es base para generar el reporte que hace a Min tic de las líneas que tiene activas Comcel, que el proceso de baja es superior a 87 días, tenían que darse de baja, hay una fecha límite de pago, luego de límites se suspende el servicio y luego llegar al 87 días de mora serán de baja. Que como director operativo realizaba la revisión mensualmente de esa producción de cartera, que el responsable del área de cobranza de cartera así no tenga una función específica a su cargo, debe hacer una verificación de la información que se va a pasar, que desactive un promedio de 35.000 a 38.000 líneas, que la fuente para determinar las líneas baja el aplicativo BSC y el reporte se hace con un aplicativo diferente.

Por su parte, el señor **ROSBAN ALEXANDER GARCIA HUERTAS**, también rindió testimonio, indicó que es ingeniero de sistemas, trabaja para Claro, como coordinador de aseguramiento de aliados antes era coordinador de información de la gerencia del servicio al cliente, que Solyalile y el señor Peralta, fueron jefe de él. Que en el año 2009 o 2010, el testigo trabajó en la agencia cobranzas como coordinador de información cuando le entregan la información, las líneas que presentan en mora se procedía a desactivar, que de la dirección de coordinación jurídica se pasaban al grupo Eric González, que me determinaba la línea a desactivar quién la potestad de activar estaba a cargo de él y la gerencia, el coordinador propone no tiene la potestad de decidir solo coordinarlo con la gerencia.

Por otro lado, el señor **JAIME ANDRADE TOLE CLAVIJO**, rindió testimonio manifestando que es ingeniero industrial, es director de innovación de nuevos productos de Claro Colombia, antes era director de aseguramiento de ingresos de

Claro, que la dirección de aseguramiento en Claro para la gestión de cobranza no se hace a ningún control del área cobranzas, entre sus trabajadores se hacen unas métricas que pueden dar alguna alerta pero no las hubo en su trabajo, que hay muchos controles SOX en la empresa pero que él conoce los de su área donde laboró, que se solicitó que hicieran una verificación porque al parecer algunas líneas no se habían dado de baja y detectaron unos usuarios que no se habían dado de baja, pues figuraba como si ese ingreso existiera y tendría que pagar unos impuestos que la compañía en realidad no tendría que pagar. Que el área financiera conocía toda la base pero que era un manejo interno de la gerencia.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **EFRAÍN CAMILO FORERO**, quien dijo ser economista, que para el año 2016 fue analista de cobranzas y que trabajó con Eric González quien maneja la proyección de castigos y estuvo presente cuando se dio la situación la proyección y ejecución de cartera hacia las operaciones, que le hacían el análisis de las cuentas que cumplían para el castigo y las informaba que tenían que tener una demora de 150 días aproximadamente y estar desactivadas, que realizaba una proyección de 45 días antes de castigar y eso se lo informó a Laura, a Solyalile y Rosban, que quien definía qué línea se castigaba era Solyalile, que es la gerente del área de cobranzas, que diariamente sabían de esta información Laura y Solyalile, que los datos se bajaban de una plataforma que manejaba informática que era el área Rosban, con esa base de datos se generaba los informes, que las directrices de la empresa de cobranza y la estrategia de área las daba la gerente Sol, que en el momento en que se dieron cuenta que no estaban pagando los equipos iba a una deuda muy grande y al momento de castigar eso le daba un monto muy alto, que no era prueba prudente presentar todo ese monto y que se debería presentar como un monto promedio mensual y esa fue la instrucción que se dio para presentar esa data de castigo cada mes.

Así mismo, se recibió el testimonio de la señora **MARÍA AROLSLY PARDO MORA**, quien indicó ser abogada, que Laura fue su jefe por cuatro años, que en ese momento trabajó en el área cobranza y ratifica lo dicho por la mayoría testigo en relación con la aceleración de las cuotas, de suspensión del servicio de los usuarios en caso de que tuvieran algún servicio y la necesidad de una obligación de reportar esas líneas con aceleración a la gerencia de cobranza a cargo de Solyalile y que en términos generales Laura y Solyalile liderarán como sus jefes y eran quienes toman las decisiones de esa área de cobranza.

Del testimonio rendido por **MARLEN VERGARA FIGUEROA**, se puede extraer que no trabajó para COMCEL, sino como proveedora de 2001 a 2016 para manejar la cartera, la cual era asignada mensualmente de 60 a 90 días de mora, que la cartera del 2001 al 2012 se mantenía, pero la cartera del 2012 al 2016 había meses más altos.

La señora **MARISA BECERRA FIGUEROA** indicó en su testimonio que es abogada especialista en derecho de familia, que trabaja con Comcel y con el CALL CENTER, que tenía con el esposo un contrato y le prestaban el servicio a Comcel, que fue coordinadora de cobranza judicial en Comcel de 1999 a 2001, que conoce a Solyalile de sus calidades que ella estuvo al frente de la cartera que manejaba la casa de cobranzas que tenía junto con su personal, protocolo de seguridad cada vez más rigurosos con auditorías en línea, prestó servicio del 2001 al 2016, que la entrega de cartera variaba una vez al mes, dos veces al menos, una vez a la semana, que los ordenadores iban auditaban, verificaban la casa de cobranza, que recuerda Erick González y Laura como coordinadores de Comcel, que a nivel nacional entonces tenía unas 100 casas de cobranzas, que cuando ella estaba dentro había como 60.

Por otro lado, el señor **NÉSTOR ANDRADE VILLALOBOS**, también rindió testimonio y dijo que es economista especialista en logística y tiene maestría en administración de negocios, trabajo desde el año 2006 al 2016, como gerente de control de inventario de cadena, que estuvo al mando de José Orlando Peralta, en otra gerencia y no tiene conocimiento de los hechos de la gerencia de cobranza, qué auditoría interna realiza un control de la operación más o menos cada tres o cuatro meses, que control interno se sentaba con los coordinadores a hacer la revisión al detalle después el resultado se socializaba con la gerencia, que él SOX, lo construyó la dirección de control interno y los coordinadores de la gerencia que manejaban la operativa, el informe que les daban los gerentes lo revisaban con la dirección, las irregularidades se llamaban desviaciones, si los números salieron de alguna banda tenían que mirar porque salieron, qué control interno entregaba la dirección los resultados de cada gerencia, durante el tiempo que estuvo se dio una desviación en la dirección de contraloría y se tomó las correcciones, que el coordinador detectaba la desviación e informaba gerencia y se coordinaba para realizar las correcciones por lo que le tocaba hacer reproceso que era un desgaste, que el director les hacía reuniones semanales para mirar cómo van los procesos por lo que después tenían que reunirse con los coordinadores y tomar los correctivos, que quedó sorprendido con el tema de la gerencia de cobranza de la señora Sol, porque esa era la gerencia de mostrar, la que obtener los mejores resultados, por eso a ella la seleccionaron para mejorar los procesos de la compañía, que no trabajó dentro de la gerencia de cobranza reitera que no conoce a los procesos de dicha gerencia porque trabajaba en una diferente, no conoció los resultados de los controles realizados en la gerencia de cobranza judicial.

Finalmente, la señora **LEIDY MIREYA ORTIZ GONZÁLEZ**, indicó que es administradora empresas, que trabajó en Comcel desde septiembre de 2008 a noviembre de 2017, inicialmente como consultora, después como analista junior de

cobranza, duró 5 años en cobranzas, que fue su último cargo, hacían la solicitud de desactivación de líneas del potencial de líneas a desactivar, sacaban estrategias para evitar la deserción trabajaban con casas de cobranza a nivel nacional, les enviaban las bases de datos para cobrar, que Erick y Laura eran sus coordinadores y que Solyalile, José Orlando y Jorge Enrique eran sus jefes, que todos tuvieron problemas con unos desplazamientos de unas cuentas, le hicieron los descargos y los despidieron salvo Solyalile que renunció tiempo atrás por temas de salud, que manejaba el tema de las líneas de potencial desactivar, sacaban estrategias para desactivar esas líneas impartidas por la gerencia, que los tiempos de desactivación de las líneas no se cumplieron, indica que las metas que se tenían no permitió que se desactivara las cuentas y lo que hizo fue ir desplazando y desplazando y desplazando cuenta, que el desplazamiento se dio por parte de la gerencia de Solyalile y José Orlando Peralta y Erick le dio la orden de hacer el respectivo desplazamiento, que la estrategia de cobranza se iban primero con visto bueno del gerente porque tenían implicaciones económicas, relación con el pago de las tasas de cobranzas, que en relación con los desplazamientos de las cuentas Erick tomó el número de cuentas que habían para desplazar. Que tenía una meta en línea a desactivar, que si la meta era por 7.000 líneas a desactivar y habían 10.000, se desactivaban 7.000 y las otras 3 se desplazaban para el siguiente mes, para las 3.000 líneas se saca una estrategia especial para tratar de recuperarlas y al mes de ser necesario se desactivan dándole prioridad a la más antigua, que esas metas las coordinaba el director con la gerente y se las daban a conocer al coordinador Eric, que la política de desplazamiento de líneas lo conoció el área de información, los coordinadores del área de información, gerencia de cobranza, la coordinación de Erick y posterior Laura por el tema del castigo, que Solyalile siempre conocía el potencial de líneas a desplazar, también lo supo el director porque Rosban en su momento entregó la información, él lo informó y fue cuando se tomó la decisión de desplazamiento, que la orden de desactivación fue directamente por orden de ellos y fue creciendo porque lo que se hizo fue desplazar, desplazar y desplazar, que Eric solicitó que se desactivaran esas líneas y no lo dejaron, que eso se presentó por el cumplimiento de las metas. que la testigo entregó un informe de desplazamiento que se hizo mes a mes desde que se empezarán a hacer hasta el último informe que entregó Eric. Que Eric muchas veces sugirió que se desactivara, pero hasta que Solyalile ya se fue, fue que informó esa situación a la dirección y esos desplazamientos empezaron en mayo de 2013.

Así pues, se parte de la base que la única pretensión de la demandante COMCEL SA se basa en el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de los ex trabajadores, en la suma de \$2.416.000.000 millones de pesos, debidamente indexada, de conformidad con los artículos 1613, 1614, 2341 y 2343 del C.C., así como los artículos 34, 53 y 199 del CST.

Al respecto, el Art. 1613 del Código Civil, que establece que *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.”*

Por su parte, el artículo 1614 de la misma normatividad dispone: *“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”*

Así mismo, el artículo 2341 del mismo compendio normativo establece: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*. Finalmente, el artículo 2343 señala: *“Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin haber tenido parte en él, solo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho que hubiere reportado.”*

No obstante lo anterior, pese a que el código civil establece la anterior indemnización, vale recordar que en materia laboral no son exigibles los daños y perjuicios a cargo del trabajador.

Lo anterior, por cuanto los artículos antes mencionados que establece el Código Civil no son aplicables en materia laboral, puesto que tiene preferencia aplicativa la legislación especial sobre la general, es decir, la legislación laboral sobre la civil. De esta manera, el ordenamiento laboral en los Arts. 57 y 58 del CST, establece un efecto distinto a la indemnización de daños y perjuicios para los incumplimientos laborales, cual es la sanción disciplinaria o incluso la terminación de la relación laboral.

Aunado a lo anterior, vale la pena recordar que una de las características fundamental del contrato de trabajo es la ajenidad de los “frutos” o “riesgos” que tenga el empleador, en ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 28 del CST, el trabajador nunca participará de las pérdidas o riesgos de la empresa, precisando en todo caso que uno de esos riesgos inherentes de toda empresa, es el daño o pérdidas que eventualmente llegue a tener, sin que exista responsabilidad por parte del trabajador como lo pretende el apoderado de la parte demandante COMCEL.

Por otro lado, si bien hace alusión a los artículos 34, 53 y 199 del CST, lo cierto es que dichos artículos no hacen mención a ningún tipo de indemnización a cargo del ex trabajador, en el evento en que se acredite que se incumplió con sus obligaciones laborales.

Ahora, al revisar de manera detallada cada uno de los contratos de trabajo y otros suscritos con los demandados – ex trabajadores, no fue acordada por las partes cláusula alguna que efectivamente establezca que, ante el incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, es procedente a imponerle sanción alguna a favor del empleador, tan solo establece en su cláusula sexta, las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo.

Lo mismo ocurre al revisar y verificar el código de ética y cumplimiento de CLARO COLOMBIA, en la que no se establece en ningún aparte la posibilidad de imponerle sanción a título de daño a favor del empleador, situación que ocurre lo mismo con el reglamento interno de trabajo, documentos que conforme se indicó en el interrogatorio de parte, cada uno de los ex trabajadores tenían pleno conocimiento de éste.

En ese orden de ideas, vale la pena resaltar que, en ejecución de la facultad de la condición resolutive del contrato de trabajo, el empleador pudo despedir a los ex trabajadores con justa causa, sin lugar a cancelar indemnización por despido, y en ese sentido se reitera que los perjuicios solicitados por la empresa demandante son de estirpe civil, sin que sean procedente su reconocimiento en material laboral.

Así mismo, vale la pena señalar, tal y como lo indicó el Juzgador de primera instancia que, la indemnización establecida en el artículo 64 del CST no fue instituida por el legislador en favor del empleador, sino que, por el contrario, se estableció una indemnización a favor del trabajador, en los eventos en que el empleador ejerciera su facultad de dar por terminada la relación laboral, sin justa causa, con lo cual no es procedente tampoco dar aplicación en favor del empleador.

Finalmente, es del caso recordar que, de conformidad con el artículo 28 del CST, los trabajadores no están obligados a asumir los riesgos ni las pérdidas del empleador, razón por la cual, no existe ninguna disposición que faculte al empleador para pretender el reconocimiento y pago de indemnización alguna, por el incumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo a lo anterior, se confirmarán los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida en primera instancia.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ART- 64 CST – JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO:

Por razones de método, la Sala estudiará todo lo relacionado a la finalización del vínculo laboral del señor JOSEORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO, como quiera que fue punto expreso de apelación por parte de COMCEL SA y del demandante en reconvención JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

Así pues, solicita el apoderado de COMCEL SA que el incumplimiento de la obligación del demandado JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO no se circunscribió únicamente a la falta de control que refirió el Juzgado, fue más allá, conforme las pruebas arrojadas al expediente, toda vez que, conforme el interrogatorio de parte de LAURA RODRIGUEZ, quien reconoció que en reunión con ERIC GONZALEZ, le había puesto a JOSE ORLANDO PERALTA en conocimiento la no desactivación de equipos de 217.000 líneas el 20 de junio de 2017, sin embargo PERALTA TOCARRUNCHO guardó silencio sobre el tema de la desactivación al presidente de la compañía, y se tuvo conocimiento al respecto hasta el 30 de junio de 2017, fecha en que LAURA RODRIGUEZ remitió un correo electrónico por orden de PERALTA TOCARRUNCHO, documento que no tuvo ningún tipo de control o supervisión por parte de PERALTA TOCARRUNCHO, sin que correspondiera al verdadero alcance o consecuencias de esa falta de desactivación de equipos. Por otro lado, señala que, no puede perderse de vista que, en los periodos en que el demandado PERALTA TOCARRUNCHO fue Director de operaciones y Director Corporativo de experiencia al cliente y operaciones, sospechosamente aumentaba el número de líneas en mora, sin desactivación, y al dejar de ejercer ese cargo el demandado en el año 2017, se reducía la cifra. Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte practicado a SOL YALILE RAMIREZ, indicó que semanalmente se reunía con PERALTA TOCARRUNCHO y le ponía de presente las cifras, indicándole que se incumplirían las metas de desactivación, cifras que no iban a gustarle al Director, en ese sentido, el desfase es un acto de grave negligencia y los indicios de una situación dolosa.

Por su parte, el demandante en reconvención PERALTA TOCARRUNCHO presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado, y en su lugar, se acceda al reintegro solicitado, como quiera que de conformidad con las pruebas arrojadas por las partes, en especial los documentos electrónicos, perfil del cargo, código de ética, tachados además por ésta parte, al detectar que fueron contruados por Comcel con posterioridad a los hechos, la prueba testimonial y las aceptaciones que hiciera la representante legal de Comcel, siempre apuntó a que el señor PERALTA TOCARRUNCHO, durante sus 19 años de servicio, cumplió cabalmente con las funciones y obligaciones de su cargo, como director corporativo de servicio al cliente y operaciones, en especial con aquella que fue reiterada en

todos y cada uno de los testimonios rendidos dentro del proceso y los interrogatorios de parte, que fue el señor PERALTA TOCARRUNCHO, quien con ánimo de evitar daños a su empleador, comunicó a su superior jerárquico, el presidente de la empresa Señor Carlos Centeno, la ocurrencia de la irregularidad que motivó una intervención de auditoría y que además las mismas pruebas arrojaron que las funciones de control que Comcel le indilgo como omitidas, nunca fueron propias del ejercicio de su cargo y que correspondían exclusivamente a otras áreas de la compañía. Adicionalmente, señaló que, debe declararse que el proceso disciplinario estuvo viciado por violación al debido proceso y el derecho de defensa, en desarrollo de la sentencia C 953 de 2014, no basta con realizar un proceso disciplinario que culmine con el despido del trabajador, sino que el mismo debe cumplir con el principio de inmediatez, congruencia, pertinencia y proporcionalidad, con los requisitos legales que establece la Ley, que garantice el verdadero ejercicio al derecho de defensa del trabajador, respetando la dignidad del trabajador, que en el caso bajo estudio, COMCEL vulneró flagrantemente, como quiera que, citó al señor PERALTA TOCARRUNCHO por motivos inexistentes con 30 días de diferencia entre la denuncia del mismo trabajador, realizada a su empleador, y la citación realizada, sin excusa, para no hacerlo a tiempo, como quiera que los procesos disciplinarios seguidos por la causa denunciada por el señor PERALTA TOCARRUNCHO en contra de otros trabajadores, nunca fueron usados por la empleadora como pruebas en contra o a favor del señor PERALTA TOCARRUNCHO, con la realización además de una diligencia de descargos arbitraria en donde no se le trasladaron pruebas de ninguna índole, sin trasladarle el informe de auditoría que COMCEL utilizó para justificar su decisión de despido, todas estas circunstancias quedaron incluso consignados en la misma diligencia de descargos por el trabajador, cuando manifestó que no se le había querido hacer entrega ni siquiera del acta descargos, súmese que tampoco se le trasladaron pruebas y tampoco se le corrió traslado del informe, solamente se le leyeron apartes, además también utilizó COMCEL para justificar su decisión de despido, una carta que no obedeció a los motivos expuestos en la citación, ni al resultado del interrogatorio en diligencia de descargos, que por demás violó el derecho del trabajador a su dignidad humana, con calificativos denigrantes y que tampoco fue congruente con su desempeño laboral y con su tiempo de servicio para la empresa

De conformidad con toda la documental aportada al proceso, de los interrogatorios y testimonios debidamente recaudados, se puede extraer que el demandante en reconvencción JOSÉ ORLANDO, ocupaba el cargo de director corporativo de experiencia al cliente y operaciones, teniendo bajo su mando el director de operaciones comerciales JORGE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS, descendíéndose encontraba la gerencia de cobranzas a cargo de la señora Solyalile Ramírez Luna, quien a su vez tenía cargo entre otras la coordinación de

gestión persuasiva y hogares en cabeza de Erick González y la coordinación de cobro extra y judicial en cabeza de Laura Marcela Rodríguez Bello.

Así mismo, se acreditó en el proceso que efectivamente se presentaron errores en la aplicación de las políticas de la compañía por parte de los dos coordinadores previamente citados y la gerente en la no cancelación de las líneas que superaron 87 días de mora y la nueva aceleración de equipos financiados, lo que afectó la provisión de cartera de la compañía y esto a su vez, tuvo unas implicaciones de tipo económico.

Ahora bien, se aportó solicitud de revisión de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, respuesta a esa solicitud de revisión, copia del proceso So-2, flujo de transacción desde la compañía Claro codificado F- 00-01-03-01-09, en el que se detalla el proceso de cuentas por cobrar de la compañía y en el que se encuentran establecidas las funciones, responsabilidades y controles de las áreas involucradas, copia el derecho de petición radicado por él, el 31 de agosto del 2018, en oficinas de Comcel, comunicación de fecha 25 de septiembre del 2018, suscrita por Sandra Patricia Morales, gerente relaciones laborales de Comcel, mediante la cual da cuenta la respuesta del derecho de petición, copia del correo electrónico de fecha martes 20 de junio de 2017, cuyo remitente es Eric Alfredo González dirigido a José Orlando Peralta Tocarruncho y con copia a Laura Marcela Rodríguez Bello, bajo el asunto de informe de auditoría y las líneas correspondientes sin activar, copia del organigrama y la dirección corporativa de experiencia al cliente y operaciones de claro vigente al momento del despido, organigrama el que se recibió y el que reestructuró también esta oposición al dictamen, mediante la cual en informal dirijo al juez por el demandante en su calidad de contador público, condecorador de la industria telecomunicaciones.

Se allegó igualmente, la liquidación del contrato de trabajo del demandante en reconvencción del señor José Orlando Peralta Tocarruncho, correo electrónico de citación a descargo de fecha 19 de julio del 2017, código de ética de la empresa y reglamento interno de trabajo.

Se recibió el interrogatorio de parte del señor **JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO**, manifestó que en el proceso de cuentas por cobrar del SOX aparece como responsable el director corporativo de experiencia al cliente y operaciones, que esos procesos están establecido por la compañía para los procesos más importantes, qué en términos generales es responsable, pero que hay una responsabilidad específica dentro de ese procedimiento y que para velar que esos procesos y procedimientos se cumplen está la auditoría de la compañía, que no hay proceso de cobranzas que detalladamente este a su cargo, que la dirección a su cargo no está involucrada en el área cobranza, no tiene proceso ni

procedimiento a su cargo, que aparece en función pero que están a cargo de la dirección de operaciones comerciales los coordinadores de cobranza y otros coordinados, narró sobre todo lo ocurrido con relación alrededor de la más de 217.000 líneas no desactivadas, hechos que reiteran lo manifestado en su demanda de reconvención.

Así pues, al tener por acreditado que el señor JORGE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO ejercía el cargo de “director corporativo de experiencia al cliente y operaciones”, el cual se desempeñaba como el superior jerárquico en las actividades de coordinación, así como de la Gerencia de cobranzas y del director de operaciones comerciales, era su obligación de verificar, supervisar y controlar las actividades de sus subalternos, resaltando nuevamente que al presentar los informes al presidente de COMCEL, lo hacía en nombre de su equipo de trabajo, y en esa medida era quien debía estar al tanto del desarrollo de las funciones que estaban obligados a ejecutar, en cumplimiento tanto del contrato de trabajo, como del reglamento interno de la compañía, y en ese sentido debía corroborar que los informes presentados correspondían a la realidad, y no omitir su responsabilidad como superior jerárquico al no dar cumplimiento a los términos establecidos para a desactivación o cancelación de las cuentas que se encontraban en mora, o verbi gracia, de su aceleración.

Lo anterior, como quiera que, de conformidad con los testimonios recibidos, esto es, tanto la auditora interna, señora Nancy, como el director de aseguramiento de ingreso, manifestaron que trimestralmente tenían que firmar unos documentos, en los que informaban que los controles SOX, de la respectiva dirección se estaban cumpliendo a cabalidad, dando cumplimiento a su vez y de conforme a las políticas de la empresa sin que el señor PERALTA TOCARRUNCHO advierta en ningún momento de alguna irregularidad.

No obstante la situación antes mencionada, el señor PERALTA TOCARRUNCHO, no se acredita dentro del plenario que siquiera haya instruido a ninguno de sus colaboraciones, en el caso bajo examen, el director de operaciones comerciales o a su gerente de cobranzas, con el fin de acelerar las desactivaciones de las líneas en mora, con el fin de evitar los perjuicios ocasionados a la compañía, o por lo menos minimizar su impacto, máxime si se tiene en cuenta que era conocedor de las malas prácticas de cancelación de líneas y aceleración de cuotas, por parte de la gerente de cobranzas y los dos coordinadores Eric y Laura, por cuanto se deduce de los testimonios anteriormente citados que, conforme la orden impartida por la señora SOLYALILE RAMIRES, con el ánimo de superar los topes establecidos por la compañía, no canceló las líneas en mora, de acuerdo a las directrices previamente establecidas por la compañía, teniendo en cuenta que era el gerente de cobranzas la persona que directamente entregaba los informes de las líneas

canceladas por mora, y tal y como lo informó la señora SOLYALILE RAMIREZ, era quien le informaba al director como iban adelantándose estos procesos, pese a haber manifestado tener pleno conocimiento de los procesos de aceleración de las cuotas de equipos financiados implementado por COMCEL, por lo que se encuentra probada de esta manera la justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, confirmando la absolución a COMCEL del reintegro solicitado por el señor JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

Ahora bien, respecto del argumento expuesto por el demandante en reconvención en cuanto se violó el debido proceso, al interior del proceso disciplinario, en razón que no se cumplió con el principio de inmediatez.

La terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser oportuna, esto es, entre la terminación del contrato y el conocimiento de la falta, no debe mediar un término amplio, a lo sumo el que resulte razonable, al punto que, en caso de no procederse inmediatamente o dentro de un plazo prudencial, deba entenderse en sana lógica, que el empleador perdonó, condonó, o dispensó la presunta falta cometida por el trabajador (CSJ SL 17 may. 2011 rad. 36014, CSJ SL 28 ago. 2012 rad. 38855, CSJ SL 30 ene. 2013 rads. 38272 y 41867); pues aunque la legislación no exija que el despido sea inmediato o simultáneo con el hecho que da lugar al mismo, se ha entendido que debe darse dentro de un tiempo razonable, respecto del cual no quede duda que el motivo del rompimiento es el alegado, en pro de no hacer desaparecer el nexo causal entre uno y otro aspecto; y, le corresponde al juzgador determinar si el tiempo que ha transcurrido entre dichos sucesos es justificado o no, o excesivamente prolongado (CSJ SL 26 jun. 2012 rad. 44155, CSJ SL488-2013, CSJ SL2412-2016 y CSJ SL3655-2016).

Ahora bien, en lo que refiere a la garantía del debido proceso al momento de la finalización del vínculo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2351-2020, fijó unas nuevas pautas sobre ese tópico y se concluyó que, aún en el evento en el que se verifique la terminación del contrato de trabajo sin el cumplimiento previo de los procedimientos establecidos en las disposiciones que rigen la relación laboral, ello *per se* no implica que haya lugar a la ineficacia del despido, seguida del reintegro del trabajador, porque de cualquier modo, para ello, tal consecuencia jurídica tendría que estar expresamente consagrada, legal o extralegalmente, pues de lo contrario, el efecto jurídico que produciría el desconocimiento del debido proceso es el determinado en el art. 64 del CST, es decir, el pago de una indemnización por cuanto deviene en un despido sin justa causa; así mismo, de antaño se ha establecido que el despido no tiene carácter sancionatorio, y solo es necesario escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa cuando se endilga

la causal 3ª del lit. a) del art. 62 *ídem* (CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL1981-2019).

En este caso, el actor pretende el reintegro a un cargo similar o mejor al que tenía al momento de la desvinculación, con fundamento en que la demandada no agotó en debida forma el procedimiento previsto en los arts. 92 y 93 del RIT, para dar paso a la terminación del contrato de manera unilateral.

A fin de desatar la inconformidad planteada por el recurrente, es menester indicar que al expediente, se observa que contrario a tal afirmación, y de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se observa que se realizó acta de diligencia de descargos el 25 de julio de 2017, por los hechos ocurridos desde el mes de marzo de 2017, basándose en el informe de auditoría interna adelantado el 14 de julio de 2017, al realizar la evaluación realizada del proceso SOX de cuentas por cobrar en la revisión de cartera de ese mismo mes se encontró una diferencia inicial de \$83.934.276.730 comparada con la provisión realizada por la Gerencia de Cobranzas, concluyendo que desde el mes de marzo de 2017 se venía cuestionando la proyección de la provisión.

Posteriormente, mediante misiva del 2 de agosto de 2017 se entregó comunicación al demandante informándole que le daba por terminada la relación laboral con justa causa.

Ahora bien, se incorporó el Reglamento Interno de Trabajo; de los artículos en mención no se verifica que el despido haya estado sujeto a un trámite previo, pues específicamente en los arts. 55 a 60, en donde se establece los procedimientos para la comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias, no se colige que el despido haya sido considerado como una sanción (Archivo "CDS" del expediente digital)

Por lo que, en el presente caso, la terminación unilateral del contrato de trabajo no obligaba al empleador a observar un trámite previo o proceso disciplinario, tendiente a la verificación de los hechos o situaciones que pudieran dar paso al rompimiento del contrato de trabajo, pues basta con que concurra una causal legal de terminación para que el empleador quede habilitado para poner fin al vínculo contractual; sin embargo, pese a que no era una obligación, legal, contractual ni reglamentaria, la demandada llevó a cabo diligencia de descargos el 25 de julio de 2017, en donde le otorgó al demandante la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa, lo que es una garantía que redundaba en beneficio del trabajador, quien tuvo la posibilidad de justificar la levedad de sus actos o probar que no incurrió en las faltas atribuidas.

Tal como lo ha precisado la jurisprudencia laboral, el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y tampoco tiene la naturaleza que ostenta esta, por lo que legalmente no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se hubiera pactado en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral (CSJ SL17404-2014, SL13691-2016, CSJ SL10297-2017 y CSJ SL8307-2017), lo que aquí no acontece.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL679 de 2021, en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó:

“Y no se acreditó en el proceso la existencia en la empresa de un procedimiento previo al despido pactado en el contrato de trabajo, en convención colectiva o reglamento interno que exigiera la presencia de abogado en los eventos en que el trabajador sea llamado a descargos para efectos de la terminación unilateral del contrato de trabajo cuando se invoca justa causa. Así, no puede establecerse vulneración alguna al debido proceso, como lo alegó el apelante. Sobre el particular, la Corte en sentencia CSJ SL2351-2020 precisó:

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo¹, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será

¹ Ver el Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, párrafos 148 y 149, 1995, en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf) , recuperado el 26 de marzo de 2020.

exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

En ese orden, se tiene que la terminación del contrato en materia laboral, tiene una regulación propia prevista en el art. 61 del CST, para lo que interesa, el literal h), permite la decisión unilateral del empleador en los casos de los arts. 7° del Decreto 2351 de 1965 y 6° de la Ley 50 de 1990, sin perjuicio, de que las partes o sujetos del contrato de trabajo puedan convenir de manera distinta dentro del principio de la autonomía y voluntariedad que los inspira (CSJ SL15094-2015), que en todo caso el empleador escuche al trabajador previamente a ser despedido como garantía del derecho de defensa, precisando en todo caso que de los hechos endilgados al señor PERALTA TOCARRUNCHO se dio con ocasión al informe de auditoría interna adelantado el 14 de julio de 2017 por hechos ocurridos desde el mes de marzo de 2017, siendo finalizado el vínculo laboral el 2 de agosto de 2017, siendo procedente aclarar que el despido con justa causa, debe ser además de explícita y concreta, en términos de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL679 de 2021, tempestiva, situación que ocurrió en el presente asunto, como quiera que con ocasión al informe de auditoría del 14 de julio de 2017, se tomó la decisión de iniciar descargos y finalmente, dar por terminada la relación laboral el 2 de agosto de la misma anualidad, razón por la cual no es posible hablar de extemporaneidad del despido del señor PERALTA TOCARRUNCHO, porque si bien se aducen hechos ocurridos en marzo de 2017, el despido se materializó con fundamento en la auditoría interna realizada el 14 de julio del mismo año, ante la cantidad de irregularidades que encontró en forma continua respecto del cumplimiento de las labores del demandante en reconvención.

En consecuencia, no se equivocó la *a quo* al denegar la pretensión del reintegro, por no haberse probado por el actor al tenor de lo dispuesto en los arts. 164 y 167 del CGP, la disposición legal o extralegal que respalde tal pedimento, lo que conlleva a **confirmar** en este punto la decisión apelada.

Ahora bien, señala el apoderado del señor PERALTA TOCARRUNCHO que se omitió el uso de las facultades ultra y extra petita por parte del Juzgador de primera instancia, en pro de la protección de los derechos del trabajador, resaltando en todo caso que, el Juzgador de primera instancia realizó la totalidad de etapas procesales acorde el procedimiento establecido, y la fijación del litigio que se notificó a las partes, sin que el apoderado del señor PERALTA TOCARRUNCHO manifestara alguna inconformidad al respecto, sin que sea posible dejarle a la facultad ultra y extra petita que le es conferida al Juez, para que resuelva pretensiones que el

profesional en derecho omitió solicitar, razón por la cual no es posible acceder a su súplica.

Finalmente, solicita el apoderado del señor PERALTA TOCARRUNCHO se acceda al reajuste salarial, como quiera que, a su consideración, quedó probado que COMCEL actuó de mala fe, en atención a que, faltó al pago de salarios y prestaciones en su liquidación final, en razón a que, no se le reconoció la bonificación por resultados generales de la empresa como factor salarial, teniendo en cuenta que quedó su pago conforme la certificación dl pago del mismo. Aunado al hecho en el que se observa que los aportes a pensión se hicieron por debajo del 16%, hechos que quedaron plenamente probados dentro del proceso, por lo que debió proceder el reajuste salarial del señor PERALTA TOCARRUNCHO.

Frente a este tema, y respecto de las pretensiones incoadas por el demandante en reconvención PERALTA TOCARRUNCHO (fls. 466 y 467), no se observa que se haya solicitado el reajuste salarial, como lo pretende en el recurso de alzada, por lo tanto no fue incluido en la fijación del litigio realizada por el Juzgador de primera instancia, sin embargo, rememórese que, las facultades ultra y extra petita son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, los jueces de segunda instancia no pueden hacer uso de ellas al no estar contempladas dentro de sus funciones legales (Sentencia SL2266 de 2022), por lo que igualmente se despacha desfavorablemente su súplica.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ART- 64 CST – LAURA MARCELA RODRIGUEZ:

Por otro lado, solicitó la demandante en reconvención, LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO se declare que fue despedida sin justa causa debidamente comprobada, razón por la cual solicita el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, consagrada en el artículo 64 del CST debidamente indexada.

El Juzgado de primer grado **ABSOLVIÓ** a la demandada en reconvención COMCEL SA de todas y cada una de las pretensiones elevadas por LAURA MARCELA RODRIGUEZ, decisión que se procede a resolver con fundamento en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de ésta última.

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

en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Conforme la documental visible en el expediente, se logra determinar que, mediante misiva del 25 de julio de 2017, la sociedad demandada le informó a la señora LAURA MARCELA RODRIGUEZ BELLO la decisión de terminar el contrato de trabajo con justa causa bajo los siguientes términos:

“Me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa, a partir de la finalización de la jornada laboral del día veinticinco (25) de julio de dos mil diecisiete (2017) con fundamento en los siguientes graves hechos:

1. *Mediante informe presentado por la Dirección de Auditoría de fecha 14 de julio de 2017, la Compañía tuvo conocimiento que, durante la ejecución de su labor como Coordinadora Gestión Extra y Judicial Personas y Hogar, Usted incumplió gravemente con sus obligaciones laborales, toda vez que:*
 - a. *Participó en la ejecución de prácticas inadecuadas respecto de la no aceleración de 86.125 CustCode por valor de \$16.842.503.876 (USD \$5.543.470,23) que cumplían los requisitos para ello.*
 - b. *Usted omitió su deber de informar respecto a las prácticas inadecuadas respecto de la no aceleración de 86.125 CustCode por valor de \$16.842.503.846 (USD \$5.543.480,23), incumpliendo las políticas y directrices establecidas por la Compañía, situación que se agrava por el hecho que luego de la salida de la Gerente de Cobranzas, usted continuó con tales prácticas.*
 - c. *Los anteriores incumplimientos generaron riesgos que se concretaron en graves perjuicios contables y de aprovisionamiento de cartera para la Compañía.*
2. *Los hechos anteriormente relacionados fueron objeto de investigación disciplinaria mediante diligencia de descargos del 19 de julio de 2017, oportunidad en la que Usted tuvo la oportunidad de manifestarse al respecto y en la que se le garantizó plenamente su derecho a la defensa y al debido proceso. Para mayor claridad, usted se manifestó en los siguientes términos:*
 - a. *En primer lugar, debe resaltarse que como trabajadora de la Empresa debe conocer el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética de la Compañía al estar publicados en la intranet para su consulta, las normas procesos y procedimientos señalados por la Compañía para el ejercicio de su cargo, todo lo cual Usted reconoció en diligencia de descargos, y siendo esta la razón por la cual es completamente claro que Usted debe garantizar el cumplimiento de las mencionadas directrices y procesos, por lo que es injustificable desde todo punto de vista que no se hayan hecho la aceleración de 86.125, que presentaban una mora superior a los 90 días; máxime teniendo un deber de lealtad a la Empresa.*
 - b. *Profundizando en lo anterior, cuando se le puso de presente que la Dirección de Auditoría Interna en la evaluación realizada al proceso SOX de Cuentas por Cobrar llevó a cabo la revisión de la provisión de cartera del mes de marzo de 2017, encontrando una diferencia inicial de \$83.934.276.730 (USD \$29.141.417,64) comparada con la provisión realizada por la Gerencia de Cobranzas, y más precisamente cuando se le preguntó su metodología usada por Usted para el cálculo del aprovisionamiento se alineaba con la política América Móvil, Usted manifestó: “Para ese momento no (...)”, así mismo, cuando se le preguntó que metodología había aplicado para el mes*

de abril de 2017, Usted afirmó: “La que yo pensé se alineaba con la política de América Móvil, porque tomé las moras que estuvieran a los 91 días en adelante y se aprovisionó todo el cliente cómo mora”; evidenciando una grave e injustificada omisión a los procedimientos establecidos por la empresa, no siendo dable justificarse en el desconocimiento de las políticas pues una persona con su experiencia y antigüedad en la Compañía debía no solo conocer las políticas de la Empresa, sino que las debía aplicar en todo momento, lo que en este caso no se presentó debido a su negligencia e irresponsabilidad.

- c. Al respecto, cuando se le preguntó si tenía conocimiento de un tratamiento inadecuado de cifras al interior del área de su cargo, Usted manifestó: “Tengo conocimiento que los valores reportados como desactivaciones y aceleraciones de cuotas son desplazados un mes”; así mismo, cuando se le preguntó que significaba que eran desplazadas un mes, Usted contestó: “Puntualmente voy a hablar del tema de aceleraciones, porque el tema de desactivaciones no es de mi competencia o no está dentro de mis funciones. Cuando sale la venta de equipos a cuotas en julio de 2014, los sistemas no estaban aún preparados para realizar las aceleraciones y los castigos de las cuentas que por mora fueran cumpliendo los requisitos, así es que en abril de 2015, se realiza el primer castigo de cartera por un valor de 3.500 millones de pesos y en mayo de 2015 por 5.000 millones de pesos, para los siguientes meses cuando el área de IT entrega el desarrollo completo, es decir el FSP de aceleraciones, el volumen de estas aceleraciones estaba siendo en ocasiones de 3 o 4 veces el valor de cartera que presentaba la obligación, es por ello que la gerente de cobranzas nos indica al coordinador de información de ese entonces, Rosban García y a mí, que debemos desplazar los valores a acelerar y castigar un mes, es decir que lo que cumpliera en junio para ser acelerado o castigado debía desplazarse para el siguiente mes. Se tomaban las obligaciones que tuvieran una mora inferior a 150 días y eran las obligaciones que iban a ser desplazadas para el siguiente mes, y las moras en edades de 151 en adelante era lo que se castigaba en el mes presente”; y cuando se le cuestionó según las políticas de la Compañía, en que capa se debía acelerar las cuotas, Usted señaló: “Se deben acelerar a partir de 90”, dejando perfectamente clara su grave e injustificada omisión a las políticas establecidas por la compañía, puesto que Usted misma reconoce haber dejado de acelerar cuotas que debían ser aceleradas según los procedimientos establecidos por la Empresa, todo lo cual generó un riesgo que se concretó en la no provisión de las cuentas dejadas de cancelar, lo cual es del todo grave pues ello afectó la contabilidad de la Compañía; máxime si se tiene en cuenta que dicha situación se presentó desde el año 2015 y Usted no reportó la irregularidad, y ejecutó la misma de forma continua, demostrando su grave indisciplina.
- d. Ahondando en lo anterior, cuando se le preguntó si después de la renuncia de la Gerente de Cobranzas en el mes de marzo de 2017, Usted le había informado a algún superior sobre lo que sucedía con el no cobro de aceleraciones de cuotas en los tiempos establecidos por la Compañía Usted manifestó: “A José Orlando Peralta se le comunica en junio de 2017, entre abril y junio no se lo informé a nadie”, resaltando que su incumplimiento es en sumo grado puesto que además de realizar prácticas inadecuadas y que no se ajustan a las políticas de la Empresa, Usted omitió su deber de lealtad frente a la misma, informando respecto de las mencionadas prácticas en forma completamente inoportuna, pues las venía ejecutando y conociendo mucho antes de junio de 2017, estando su incumplimiento completamente injustificado, ya que Usted obró en forma descuidada y negligente.
- e. Bajo la misma línea, cuando se le puso de presente que en el informe de auditoría se habían reportado 86.125 líneas por valor de \$16.842.503.876 (USD \$5.543.410,23) a las cuales no se les había realizado la aceleración de cuotas a incluir en la cartera operativa, y más específicamente cuando se le preguntó si tenía conocimiento de dicha situación Usted aseveró: “Si

señor”, así mismo, cuando se le preguntó el porqué de la no aceleración de cuotas en las mencionadas 88.125 líneas Usted dijo: “De acuerdo a la directriz de la gerencia se debía desplazar la aceleración y el castigo para no impactar el indicador de castigo a cierre de mes”; y cuando se le preguntó si dicha directriz se encontraba acorde a las políticas de la Compañía, Usted señaló: “No, no estaba acorde”, permitiendo evidenciar un completo incumplimiento de las directrices establecidas por la Empresa, puesto que no es justificable que Usted haya negligentemente omitido las mencionadas por una supuesta orden de su superior, pues Usted reconoce que las citadas ordenes no se encontraban ajustadas a la política de la empresa, por lo que es claro que su incumplimiento se encuentra del todo injustificado.

- f. Al respecto, cuando se le preguntó si teniendo en cuenta la política de aceleración de cuotas de la empresa, Usted consideraba que la instrucción que dice le dio la Gerente de Cobranzas era pertinente, Usted respondió: “No es correcto (...)”; y cuando se le preguntó que había hecho Usted frente a dicha situación, Usted señaló: “No lo reporté, y acaté la instrucción de mi gerente”, así mismo cuando se le cuestionó si sabía que la práctica de aceleración de cuotas que se estaba manejando hasta junio de 2017, era irregular y violaba las políticas establecidas por la Compañía respecto a dicho proceso, Usted contestó: “Si señor”, lo cual permite ver un comportamiento desleal y negligente, y su aceptación del mismo, pues Usted sabía que lo que se estaba presentando no era correcto, y aun así decidió omitir su deber de escalar la situación a los Entes de Control de la Empresa, lo cual es del toro grave; máxime teniendo en cuenta su deber de lealtad con la Compañía, el cual es claramente conocido por Usted, así como lo dejó consignado en diligencia de descargos.
- g. Profundizando en lo anterior, es de reiterarle que no son de recibo sus manifestaciones tendientes a justificar sus graves e insubordinados incumplimientos en que estaba acarando las instrucciones de sus superiores, pues en toda la diligencia de descargos Usted reconoció que lo que estaba haciendo era incorrecto, y se encontraba en contra de las directrices de la Compañía, más cuando dichas circunstancias se encontraban en perjuicio de la misma.
- h. En igual medida, es de advertir que su incumplimiento es muy grave puesto que, así como Usted misma lo reconoció en diligencia de descargos, creó un riesgo que se concretó en la subestimación de la provisión, en la manipulación de un proceso que debe hacerse acorde a las políticas establecidas por la Compañía, y graves inconsistencias contables.
- i. Continuando, cuando se le preguntó en diligencia de descargos, por qué razón siguió con las prácticas irregulares frente a la aceleración de cuotas, después de la renuncia de la Directora de Cobranzas, Usted afirmó: “Por cobarde, no por cobarde, se acostumbra uno a tener una práctica y pues la continua, solo hasta que comenzó a generar los ejercicios de provisión me dio cuenta que es necesario levantar la mano”, manifestación que tan solo permite evidenciar su reconocimiento respecto de las graves omisiones presentadas en cuanto a la no aceleración de cuotas de líneas que cumplían requisito para ello, dejando de poner en conocimiento de la Empresa de dicha práctica indebida, e incluso continuando con la misma con posterioridad al 30 de marzo de 2017; más cuando era de su conocimiento de los graves perjuicios que estas prácticas representaban para la Empresa.
- j. En cuanto a su omisión de informarle a la Empresa respecto de las prácticas inadecuadas, cuando se le preguntó por qué razón no había acudido a los múltiples mecanismos de auditoría, o líneas de denuncia con las que cuenta la Compañía, para informar sobre los graves e irregulares eventos de los que tenía conocimiento, Usted afirmó: “Consideré que mi superior inmediato era el conducto a través del cual yo debía manifestar esta situación”, manifestación que no tiene cabida alguna pues no es coherente que Usted le informe sobre prácticas inadecuadas a su superior si éste fue la persona que aparentemente le ordenó hacer las mencionadas prácticas; por lo que

su incumplimiento se encuentra del todo injustificado, y demuestra de su parte una conducta completamente desleal y deshonesto hacia la empresa, pues –como sabe- era su deber como trabajadora poner en conocimiento de la compañía cualquier situación que le pudiera generar algún tipo de daño, como lo es claramente el hecho de que se estuviese presentando información inconsistente y que no reflejaba la realidad de las cuentas que debían ser aceleradas; máxime cuando Usted respondió a la pregunta de si su conducta era irregular, señalando: “Si, porque estaba en contra de los lineamientos de la Empresa”, lo que deja clara su grave indisciplina pues hay infinidad de canales distintos a su jefe, para comunicar irregularidades que ocurran.

- k. Por otro parte, cuando se le cuestionó si era de su conocimiento que se había realizado exclusiones de líneas a través de una funcionalidad automática para no efectuar las aceleraciones de cuotas, Usted respondió: “Lo único que to sé es que el proceso de aceleración consultaba la tabla, se la cuenta estaba en la tabla no aceleraba”, manifestación que no es de recibo por parte de la Compañía puesto que Usted corroboró la existencia de dicha funcionalidad cuando fue preguntada sobre ellos con motivo del informe de auditoría de fecha 14 de julio de 2017, siendo además necesario recordarle que dentro de las funciones propias de su cargo se encontraba la de controlar y auditar el proceso de castigo y recuperación de cartera cada mes, y más aún, teniendo en cuenta que era Usted la que ingresaba la información contenida en la tabla.*
 - l. Ahora bien, cuando se le preguntó quién había dado la instrucción de la no aceleración de cuotas para los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2017, Usted afirmó: “La de marzo fue de ella y abril, mayo y junio fui yo”; así mismo, cuando se le preguntó si era de su conocimiento que al da esta instrucción en los meses de abril, mayo y junio de 2017, se generaba información irreal para la Compañía, Usted aseveró: “Si señor”, igualmente cuando se le preguntó si reconocía la gravedad de los hechos, Usted contestó: “Sí señor”, reconociendo que además de su omisión a la hora de escalar las prácticas inadecuadas que se estaban presentando en su área en perjuicio de la Compañía, Usted continuó de manera negligente e indisciplinada con las mismas incluso después del retiro de la Compañía de la Gerente de Cobranzas, lo cual es del todo grave e injustificado, pues con las mencionadas prácticas se generó información que no correspondía con la realidad, y la cual claramente no reflejaba el estado real de la Empresa.*
 - m. Finalmente, cuando se le preguntó si era de su conocimiento que la no haber reportado de situaciones irregulares y al continuar realizando procesos por fuera de los lineamientos establecidos por la Empresa, hacen que la misma pierda la confianza que había depositado en Usted, Usted dijo “Sí”, y cuando se le cuestionó sobre cuales habían sido los incumplimientos a sus obligaciones laborales, Usted manifestó “Fue no haber utilizado los medios que ofrece la compañía para haber reportado buscado otros canales; haber adoptado una práctica irregular como una práctica constante y en general para mi yo sabía desde el 2015 que eso no debía hacerse”, no dejando lugar a ninguna duda respecto de su reconocimiento de los graves incumplimientos incurridos, y de las graves consecuencias de los mismos, los cuales han demostrado que Usted es una trabajadora negligente y omisiva, que no cuenta con las aptitudes u capacidades necesarias para desempeñarse en el cargo que ostenta, por lo cual ha defraudado irreconciliablemente la confianza depositada en Usted por parte de la Empresa.*
- 3. Hechas las anteriores precisiones, es importante dejar de presente que Usted, con los comportamientos explicados, ha defraudado de forma definitiva la confianza depositada en Usted al no tener una conducta ajustada a los procedimientos e intereses de la Compañía, y al incurrir de manera negligente con sus obligaciones como trabajadora, ya que la Empresa esperaba que Usted*

adoptara una posición y conducta leal e idónea respecto de los procedimientos de la misma, pero en cambio quedó claro que Usted no se encuentra facultada para desempeñar las funciones que le han sido encomendadas en virtud del grado de responsabilidad que las mismas implican.

De conformidad con los hechos anteriormente señalados, la Compañía haciendo uso de las facultades que la Ley le otorga, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa, de conformidad con lo previsto en los numerales 2°, 4° y 6° Del artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del mismo código.”

Frente al tema, los fundamentos jurídicos invocados por la demandada para dar por terminada la relación laboral se circunscriben, en primera medida en los numerales 2°, 4° y 6° del artículo 62 del CST que disponen:

“2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

(...)

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

De acuerdo a lo anterior, quedó acreditado el hecho del despido, razón por la cual se invierte la carga de la prueba a COMCEL SA, con el fin de que acredite si la justa causa estuvo fundada.

Reposa igualmente respuesta emitida por Laura Marcela Rodríguez Bello a la situación de descargos, copia del manual de funciones correspondientes al cargo desempeñado por ella, múltiples correos electrónicos cruzados por ella y posteriormente conforme al ordenado en la audiencia de trámite, la demandada Comcel allegó al proceso como prueba relevante comunicación dirigida al señor José Orlando Peralta el 01 de enero del 2017, comunicación al mismo, dos comunicaciones pedidas por el presidente de la compañía al mismo del 01 de enero del 2017, cadena de correos entre Carlos Alberto Torres y José Orlando Peralta de fecha 10 de agosto del 2017, que es resumen de necesidades de provisión, correos electrónicos remitió por Laura Marcela Rodríguez el 01 de marzo del 2017, asunto castigos, cartera móvil Claro móvil, correo electrónico emitido por Carlos Alberto Torres, 02 de mayo del 2017, asunto castigo de cartera móvil, correo electrónico remitido por Carlos Alberto Torres, de fecha 6 de mayo del 2017, asunto política de cartera, correo remitido por Laura Marcela Rodríguez Bello, 31 de mayo asunto

castigo cartera móvil, descripción del cargo, comunicaciones dirigidas al Señor Jorge Enrique Peña Casasbuenas, expedido por el gerente de compensación y desempeño organización de fecha 16 de diciembre del 2016.

Se recibió el **interrogatorio de parte** de LAURA MARCELA RODRIGUEZ, quien indicó que era conoedora de la política de aceleración de las cuotas de equipos financiados implementado por COMCEL, y que, en coordinación con la Gerente de Cobranzas, tomaron la decisión de no reportar o acelerar la totalidad de cuotas para cumplir con la meta impuesta por la compañía, incluso la misma señora LAURA RODRIGUEZ indicó que le dijo a su jefe que deberían acelerar todos los clientes que cumplieran con el requisito de aceleración de cuotas, pero por el miedo a ser despedidas junto con SOLYALILE, decidieron reportar únicamente las correspondientes a la meta y el resto de las cuotas a acelerar, aplazarlo para los meses siguientes, situación que según LAURA RODRIGUEZ, ocurrió desde el inicio de la venta de equipos financiados. Indicó además que el registro de aceleración se hacía para que la compañía hiciera la provisión de cartera, que recibió requerimiento del área auditoría para febrero y marzo para indicar el aprovisionamiento para el castigo de cartera y cómo se visualizaba la provisión de cartera, que la cartera de equipos nace en el año 2015 no tenían las adecuaciones para dicha venta por lo que se hace una desmedida venta de equipo, para el año 2016 el valor a castigar en a unos \$15.000.000.000 millones por la venta de equipos, por lo que el Solyalile les pide generar una estrategia de cobro, por lo que la instrucción que recibe es que el valor que se tenga para castigar se maneje entre la quinta y cuarta cuota de mora del cliente, que la política en aceleración era 90 días para desactivación y la aceleración estaba entre 91 y 120 días. Sin embargo, que en diligencia de descargos manifestó su inconformidad con dicha práctica, porque la cartera de equipos no era falta de gestión o cumplimiento de la gestión, si no era el error del de gerencia de crédito y de la gerencia de sistema, pero que al ser subordinada cumplía la instrucciones de su superior inmediato, que reportó esto para el 6 de marzo del 2017, cuando le trasladaron la función de provisión de cartera por lo que proyecta la provisión con las cifras que reporta la edad de mora incluyendo toda la aceleración, que a José Orlando Peralta se le reportó hasta el 21 de junio del 2017. Que en una reunión se le pone de presente todas las prácticas, que ella manejaba la proyección y castigo de cartera, que el reporte corresponde al acumulado de los registros que se habían desplazado de manera inadecuada y así mismo fue el informe de provisión que se presenta al área de contraloría, que para la presentación del informe del 30 de junio, ya se había comunicado con José Orlando Peralta desde el 20 de junio del 2017, que ese procedimiento irregular solo se modificó después de marzo que recibe una instrucción diferente para el manejo, que la información era reportada por ella mes a mes y se compartía con contabilidad, que la práctica podía no estar generando una visualización exacta de la provisión que tenía que hacer la cartera por lo que el área de contabilidad y contraloría lo

hacen tomando en cuenta solo el informe que ella presentaba, que entre el castigo y la provisión se puede dar una información que no se está tomando, que José Orlando Peralta le pasó un llamado de atención por el manejo con las causas de cobranza al inicio de sus labores.

Conforme la confesión efectuada por la demandante en reconvención LAURA RODRIGUEZ, se logra concluir que era consciente de que la práctica que estaba realizando se encontraba por fuera de las políticas de la empresa, sin embargo, pese a tener ese conocimiento, continuó ejecutando la mala práctica y no informó sobre lo sucedido a sus superiores jerárquicos.

Téngase en cuenta que, el transcurrir de los años no impidió a la LAURA RODRIGUEZ presentar informes incorrectos y no ajustados a la realidad, a sabiendas que dicha información debía ser valorada por la mesa directiva de la demandada en reconvención COMCEL SA, con el fin de tomar decisiones para adelantar políticas en la compañía para cumplir con el objeto social de la sociedad, acreditando de esta manera las causales invocadas en la carta de terminación de la relación laboral.

En suma, se acreditó efectivamente la justa causa de terminación del contrato de trabajo, la Sala comparte la decisión del Juzgado de primera instancia, en absolver a COMCEL SA a imponer condena por este concepto, razones más que suficientes para **CONFIRMAR** el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, el Juez de primera instancia condenó a COMCEL SA a pagar las costas del proceso, a favor únicamente de los demandados JORE ENRIQUE PEÑA CASASBUENAS, SOL YALILE RAMIREZ LUNA y ERIC ALFREDO GONZALEZ GUZMAN, incluyó como agencias en derecho el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. SIN COSTAS a favor de los demandantes JOSE ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO y LAURA MARCELA RODRIGUEZ, y SIN COSTAS a favor de COMCEL SA de la demanda de reconvención.”

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de COMCEL presentó recurso de apelación respecto de las costas de primera instancia, en la medida en que se acreditó que los demandados actuaron por fuera del alcance de sus obligaciones legales y contractuales, en tanto que se acreditan hechos de negligencia y culpabilidad, incluso de dolo de estas personas que no fueron dadas por acreditadas por el Despacho dentro de sus consideraciones.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4° ibídem, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo No. 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, como quiera que las pretensiones incoadas por la demandante COMCEL SA no salieron favorables, ni en primera ni en segunda instancia, se concluye que fue vencida en el presente asunto, lo que trae consigo la imposición de condena a su cargo, dando aplicación al numeral 1° del Art. 365 del CGP, CONFIRMANDO de esta manera el numeral sexto de la sentencia de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: [11001310502020180039603](https://www.corteconstitucional.gub.ve.gov.ve/11001310502020180039603)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 025-2018-00677-01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **OLIVA GÓMEZ DE GÓMEZ**
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PROTECCIÓN.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación concedido a favor de las partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01º Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el día 3 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 19 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

Los señores **OLIVA GÓMEZ DE GÓMEZ** y **JUAN DE JESÚS GÓMEZ MARIN**, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folios 7-23 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a PROTECCIÓN, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde la fecha en que falleció su primogénita.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993
3. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
4. Costas procesales.

CONDENAS SUBSIDIARIAS:

5. **CONDENAR** a la entidad convocada a juicio a pagar la prestación, a partir del momento en que le fue estructurada la invalidez a su hija.
6. **CONDENAR** al pago de los intereses moratorios e indexación.
7. Costas procesales

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó demanda: PROTECCIÓN SA., oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la afiliada DORYS LILIANA GÓMEZ GÓMEZ, se encontraba para la fecha del deceso, adelantando trámites para el reconocimiento de la pensión de invalidez, pero que el 26 de octubre de 2017, le comunicó que si bien tenía una pérdida de la capacidad laboral del 69.7%, se reconocía a su favor la devolución de saldos, por no contar con las 50 semanas de cotización, dentro de los tres años previos a la estructuración, por lo que a su juicio, solo había lugar a reintegrar a favor de los accionantes la suma de \$25.025.960,18. Propuso las excepciones de incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de invalidez, prescripción, imposibilidad de reconocer la pensión por parte de competencia y genérica.

El Juzgado de conocimiento mediante auto de fecha 12 de febrero de 2020, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 170).

“PRIMERO. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a los demandantes Oliva Gómez de Gómez y Juan de Jesús Gómez Marín en calidad de padre de Doris Liliana Gómez Gómez (q.e.p.d) en porción del 50% de la mesada para cada uno de ellos, en cuantía inicial de \$737.717, efectiva a partir del 30 de septiembre de 2017 y a razón de 13 mesadas anuales, con fundamento en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A.**, a reconocer y pagar a los demandantes Oliva Gómez de Gómez y Juan de Jesús Gómez Marín en calidad de padres de Doris Liliana Gómez Gómez (q.e.p.d) la suma de \$65.033.333, por concepto de mesadas pensionales retroactivas, causadas desde el 30 de septiembre de 2017 y liquidadas hasta el 30 de mayo del presente año y continuar pagando las que se generen a partir del mes de junio.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PROTECCION S.A.**, a pagar a los demandantes Oliva Gómez de Gómez y Juan de Jesús Gómez Marín, intereses moratorios desde el 20 de febrero de 2018 y hasta el momento en que se efectuó el pago de conformidad con lo establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: Se autoriza el descuento de los aportes destinados al sistema de seguridad social en salud.

SEXTO: COSTAS lo serán a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., tásense como agencias en derecho conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de dos (2) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia solo en relación con el monto de la mesada pensional, al indicar que una vez revisada la historia laboral de la asegurada, se podía constatar que los ingresos base de cotización fueron superiores al salario mínimo, por lo que la prestación debió fijarse en una suma mayor a este último valor.

Mientras que la entidad convocada a juicio insiste en que los accionantes no

a su juicio no se configuraron en este asunto. Finalmente adujo, que una vez efectuadas las operaciones aritméticas el retroactivo pensional hasta la fecha señalada por el A-quo, asciende a \$52.094.799, razón por la cual la sentencia debe ser modificada en este aspecto.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS-principio de consonancia-, la Sala estudiará si los demandantes dependían económicamente de su hija DORYS LILIANA GÓMEZ GÓMEZ y por tal razón tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Al respecto debemos partir de lo preceptuado en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, norma vigente para el 30 de septiembre de 2017, día en que se produjo la muerte de la afiliada (folio 32). Dicha disposición, considera como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres **económicamente dependientes del causante**. Esta dependencia según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 no debe entenderse como la ausencia de ingresos de los padres sino como la falta de condiciones materiales que les permitan, a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ser autosuficiente económicamente.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación SL 964 de 2023, preciso que para verificar la dependencia económica de los padres, no es procedente individualizar los gastos de cada uno de los miembros de la unidad familiar, pues debe entenderse que las necesidades de quienes conforman el hogar ingresan a un presupuesto común, siempre que atiendan el concepto de vida digna y congrua subsistencia:

“pues bien es sabido, que no es necesario acreditar dicho valor para acceder a la pensión de sobrevivientes por dependencia económica, en tanto no se trata de un requisito consagrado en la ley.”

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en el presente caso no existe discusión que la señora OLIVA GÓMEZ DE GÓMEZ y el señor JUAN DE JESÚS GÓMEZ,

Atendiendo lo expuesto, esta Sala de decisión considera que el problema radica en establecer si los demandantes dependían económicamente de la causante, como quiera que la entidad accionada consideró que no se demostró dicho presupuesto.

Al analizar el interrogatorio de parte absuelto por los demandantes, se tienen que afirmaron que dependían económicamente de su hija fallecida, quien aportaba para la alimentación, los servicios públicos, vestuario y la EPS: *“ella pagaba todo, nos vestía y pagaba la eps”*, ya que no trabajaban y no percibían ningún ingreso, que además vivían con ella en un apartamento de su propiedad, aduciendo el progenitor que lo estaba pagando; y que en la actualidad la ayuda económica proviene de algunos familiares.

Adicionalmente, se escuchó el testimonio del señor WILSON LEONARDO ACOSTA GAONA, quien señaló conocer a la familia Gómez Gómez, desde el año 2014, por ser el actual esposo de una de las hijas de los demandantes, que le consta que la asegurada fallecida convivía con sus padres, y era ella quien aportada para la manutención de ellos, dado que no laboraban: *“en ese momento cuando yo conocí a esa familia, lo que yo me percate, esta niña en su vida, en su momento laboral estaba aportando su ingreso para el sostenimiento de los papás, igual eso lo note yo en esos momentos, sin tener más conocimiento.”* Seguidamente expresó que tuvo conocimiento de dicha situación porque la veía seguidamente llegar con el mercado y dejar el dinero para los servicios: *“Dorys Liliana que llegaba con la compra y en lo general escuchaba que dejaba la plata o le pedía el favor a la mamá que dejaba el dinero para la deuda del Internet del teléfono y de los gastos, muy seguramente facturas o algo así “*

Por otra parte, la testigo ADRIANA FRANCISCA SALINAS ESTEBAN, aseguró en su declaración que conoce a los demandantes desde hace 10 años, porque son vecinos, que ellos vivían junto con su hija, quien falleció. Así mismo aseguró que era la afiliada fallecida quien aportada el mercado para el sustento del núcleo familiar que había conformado con sus progenitores: *“ver que ella llegaba con el mercado para la casa, varias veces, no eran las galletas de ella, era el mercado.”*

Entre tanto NANCY YOLANDA MARTINEZ GÓMEZ, en su testimonio adujo

el mercado, salud, todo el tema para ellos,” y que ello le constaba porque “buena nosotras íbamos hace mercado los días de quincena y sé que ella trabajaba para ese tema”

finalmente la testigo ÁNGELA JOHANA GÓMEZ GÓMEZ, indicó que su hermana Liliana Gómez (q.e.p.d) era quien sufragaba los gastos de manutención de sus padres: *“pues todo, ella vivían con ellos, y ella respondía por todo, mercado, servicios, todo en la casa ella era la responsable de los gastos (...) yo alguna veces la acompañaba hacer mercado, una forma de constatarlo, también veía cuando dejaba el dinero para los servicios que había que pagar, ella dejaba el dinero y mis papás se encargaba de ir a pagar “ y que la actualidad los familiares son los que le colabora a los accionantes: “la familia actualmente les está colaborando con dinero, hacen cadenas, vacas, hermanos, primos sobrinos, todos les colaboramos”*

Así mismo, se acreditó que el inmueble donde habitaba la afiliada fallecida con sus padres era de su propiedad, pues así se estableció del certificado de libertad y tradición (folio 43), por lo que es dable concluir que ya existía perse una ayuda económica, pues lo relacionado con el alojamiento era sufragado por la asegurada.

Por otra parte, se tiene que durante las diligencias administrativas, la entidad accionada negó el derecho pensional bajo el argumento que: *“no procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, por cuanto se logró constatar que los padres de DORYS LILIANA GÓMEZ GÓMEZ, identificada con cédula de ciudadanía 52.845.740 no dependían económicamente, ya que fue posible comprobar que sin el aporte del afiliado, los padres pueden subsistir sin ser vulnerado el mínimo existencial.”*, empero no allego prueba alguna que avalara su fundamento, esto es, la subsistencia que pregona, máxime cuando al contestar la demanda, sus argumentos de defensa consistieron únicamente en que la afiliada había solicitado una pensión de invalidez, la cual no se había causado por no contar con 50 semanas para la calenda en que se estructuró, sin alegar carencia de dependencia económica, aunado a que durante el trámite administrativo que adelantó la asegurada previo a su fallecimiento, para obtener esta última prestación, estipuló que sus beneficiarios y núcleo familiar estaba conformado por sus padres (folio 112-122, 125-126, 165

al ser aplicado al caso examinado permiten inferir que la afiliada fallecida, al no tener un vínculo matrimonial vigente para el momento del deceso, ni hijos a cargo; que vivía con sus padres y era la única que tenía un trabajo estable, el dinero que devengaba producto de su labor era destinado al hogar que conformado con sus progenitores.

Las anteriores argumentaciones resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia, *dada* la falta de condiciones materiales que les permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ser autosuficiente económicamente, prestación que como lo señaló el A-quo deberá ser reconocida a partir del 30 de septiembre de 2017, en un porcentaje del 50% para cada uno de los demandante y sobre cuantía equivalente al salario mínimo legal, esto es, \$737.717, ya que realizadas las operaciones aritméticas con ayuda del grupo liquidador y teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el artículo 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, se obtuvo un IBL de \$1.066.913.97 que al aplicarle la tasa de reemplazo del 51% *-dadas las semanas cotizadas-*, se registra una primera mesada de \$544.126.12, es decir, inferior al salario mínimo, con lo que se descarta inconformidad de la parte demandante apelante.

Sin embargo, se habrá de modificar la sentencia de primera instancia, en cuanto al retroactivo pensional generado desde el 30 de septiembre de 2017 hasta el 30 de mayo de 2022, toda vez que tal como lo dijo la apoderada de la pasiva, el mismo ascendía a \$52.094.799, cifra sobre la cual se habrá de liquidar los intereses moratorios, desde los extremos temporales señalados por el Juez, sin que se pueda variar los mismos ya que este tema no fue objeto de discusión en el recurso de alzada.

Tabla Retroactivo PENSIONAL					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
30/09/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	4,00	\$ 2.950.868,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	30/05/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	5,00	\$ 5.000.000,0
Total retroactivo					\$ 52.094.799,00

138), sin que transcurriera el término trienal contemplado en el artículo 151 del C.P.T y S.S., entre una y otra actuación.

En ese orden de ideas, atendiendo lo expuesto precedentemente, la sentencia de primera instancia será confirmada, en relación con la causación del derecho pensional a favor de los accionantes y se modificará respecto del monto del retroactivo.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el día 3 de mayo de 2022, en el entendido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a reconocer y pagar a favor de los demandantes OLIVA GÓMEZ DE GÓMEZ Y JUAN DE JESÚS GÓMEZ MARÍN, la suma de \$52.094.799 por retroactivo generado desde el 30 de septiembre de 2017 hasta el 30 de mayo de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA RECURRIDA

TERCERO: Sin Costas en esta instancia.

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

Los magistrados,



EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502520180067701](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2018-00406-02

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ANA TILDE CARO MOLINA
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP
AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA
ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 31 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Ninguna de las partes presentó alegatos, según lo ordenado en auto del 06 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora ANA TILDE CARO MOLINA, instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía AGUAS DE BOGOTA A ESP y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que no hubo solución de continuidad en el contrato de trabajo, entre la fecha en que se produjo el despido y la fecha en que se reintegró a la demandante, dando cumplimiento al fallo de tutela.

2. Se declare que el despido realizado por la demandada AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. a mi representada fue ilegal, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
3. SE CONDENE a la demandada que corresponda, a continuar los efectos legales establecidos en el fallo de tutela No. 11001410300120180013700 del 13 de marzo de 2018 proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Bogotá – Localidades de Ciudad Bolívar y Tunjuelito y la ubicación en un trabajo compatible con sus capacidades físicas y aptitudes, tal como lo determina el artículo 45 del decreto 1295 de 1994.
4. Se condene a la demanda que corresponda para que reconozco y pague a la demandante el monto de la incapacidad permanente parcial, presentada a raíz de los accidentes de trabajo que sufrió al momento de estar laborando en la empresa demandada AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. y en el monto establecido en el Manual de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y tal como lo ordena el artículo 42 s.s. del decreto 1295 de 1994.
5. Se condene al demandado que corresponda, a reconocer y pagar al demandante, todas las prestaciones económicas y asistenciales establecidas en el decreto ley 1295 de 1994 y en la ley 776 del 202 y demás normas que modifiquen adicionen o sustituyan las citadas.
6. Se condene a la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. al pago de los salarios prestaciones o indemnizaciones que se llegaren a probar con conformidad al principio extra y ultra petita tal como está establecido en el artículo 50 del código procesal del trabajo y la seguridad social
7. Condenar a los demandados al pago de las agencias en derecho y costas que genere este proceso.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Las demandadas contestaron la demanda conforme el auto del 12 de agosto de 2020, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la accionante no era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, ya que para el momento en que ocurrió el despido, no se encontraba discapacitada, ni incapacitada. Propuso las excepciones de pago, cumplimiento y buena fe.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 31 de enero de 2022, dispuso:

“PRIMERO: ABSOLVER, a las demandadas AGUAS DE BOGOTÁ S.A E.S.P Y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante ANA TILDE CARO MOLINA conforme a lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones denominada inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la señora Ana tilde Caro Molina, incluyendo como agencias en derecho a su cargo la suma de **DOCIENTOS MIL PESOS (\$200.000) a favor de cada una de las demandadas, que se incluirá en la liquidación de costas.**

CUARTO: SE CONSULTARÁ, la presente sentencia en caso de no apelarse de acuerdo con el artículo 69 del código de procedimiento de trabajo.”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación adoptada por el A-quo, la parte demandante presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

- 1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:** Solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se acceda a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que, no debe determinarse únicamente el tipo de limitación que padece el trabajador, ni el grado o nivel de dicha limitación, sino que debe determinarse como los empleadores tienen que someterse a a Ley, y para dar por terminado el contrato de trabajo de las personas que están protegidas por su situación, debe solicitar permiso ante el Ministerio del Trabajo.

En ese orden, al revisar la resolución expedida por el Ministerio del Trabajo, evaluó todos los reclamos que hicieron frente a los trabajadores a los que se les dio por terminado el contrato de trabajo sin el permiso respectivo, y el mismo Ministerio señala quienes pueden tener derecho a esta protección y quienes no, teniendo en cuenta la acreditación que hicieron de su incapacidad.

Ahora, si bien hubo un cambio de ARL, esto no exime a que la nueva ARL tenga que asumir las obligaciones que tenía la anterior y debe tenerse en cuenta toda la situación que se haya presentado frente al trabajador y los diferentes accidentes de trabajo ocurridos, en tanto que su lesión era en la columna, y al contrastarlo con la labor que desarrollaba era de aseo, aunado al hecho que no se tuvo en cuenta el fallo de tutela

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente ordenar el **reintegro** de la señora ANA TILDE CARO MOLINA al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si es procedente ordenar el reintegro de conformidad en lo establecido en la Ley 361 de 1997.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que la demandante ANA TILDE CARO MOLINA, suscribió inicialmente un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (4 meses) desde el 18 de diciembre de 2012. Posteriormente, el 18 de abril de 2013, la demandante suscribió una prórroga de su contrato por un mes a partir de dicha data. Luego, suscribió nueva prórroga por un mes más a partir del 18 de mayo de 2013, conforme la documental visible a folios 35 y ss. del Archivo 01 del expediente digital.

Posteriormente, se realizó una modificación al contrato individual de trabajo, denominándolo por duración de la obra o labor, determinando como fecha de inicio el 18 de junio de 2013, siendo terminado el 11 de febrero de 2018 por parte de la empresa demandada, bajo el argumento de la terminación del convenio interadministrativo 1.7-10200-8092012, de acuerdo al archivo visible a folio 28 del Archivo 01 del Expediente digital.

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad **AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP**, terminó de forma

unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo suscrito con la demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de la limitación física que padece.

Así pues, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Así pues, el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el

amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

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

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a). Con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; 2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL058 de 2021 y SL 572 de 2021, preciso:

“En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás a adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa. En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró: En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante

es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte: No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso. Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001. Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).”

Así mismo, ha de traerse a colación reciente jurisprudencia proferida por nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia SL1152 de 2023, en la que adoctrino:

“La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ SL058-2021 y CSJ SL497-2021).”

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la condición o situación de discapacidad es relevante o de un grado significativo, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.”

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

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

De las pruebas allegadas al plenario, se evidencia, tal como se enunció precedentemente, que la demandante suscribió con la entidad demandada un contrato de trabajo o término fijo y posteriormente uno por duración de la obra o labor, el que fue terminado por decisión del empleador, aduciendo la terminación del contrato interadministrativo 1.7-10200-8092012.

No obstante lo anterior, solicita el apoderado de la demandante que se declare que el contrato de trabajo se dio por terminado para el momento en que la demandante se encontraba gozando de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud.

Al respecto, reposa a folio 40 del Archivo 01 del expediente digital copia e la historia clínica ocupacional de egreso, expedida el 14 de febrero de 2018, en donde se determina que la actora presentaba lumbago con resonancia magnética con discopatía lumbar.

Así mismo, reposa a folio 43 del Archivo 01 del expediente digital dictamen para la calificación del origen de los eventos de salud expedido por la EPS COMPENSAR, dictaminando de origen común el diagnóstico de: discopatía lumbar.

A folio 46 del mismo archivo reposa ortoradiografía de columna vertebral realizada el 1 de agosto de 2017 en que se diagnostica una escoliosis dorsal. Resonancia magnética de rodilla en el que se plasman diferentes lesiones.

Reposa igualmente dos incapacidades del 30 de marzo de 2017, 13 de octubre de 2017, 17 de mayo de 2018 por 2 días cada una, prestación asistencial ésta última generada con fecha posterior a la terminación del vínculo, por lo que se concluye que, de conformidad con las pruebas aportadas al plenario, las incapacidades otorgadas en vigencia de la relación laboral no superan los 4 días de incapacidad.

Por otro lado, se recibió el testimonio del señor **CARLOS JAIRO NEIRA**, quien indicó que si bien la demandante padecía de algunas afectaciones de salud, no especificó cuáles que afectaran la prestación del servicio, o que alguna de ellas generase la reubicación laboral, por el contrario, indicó que había desempeñado sus labores a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo.

Al respecto, vale la pena traer a colación nuevamente la sentencia SL1152 de 2023 en la que la H. Corte Suprema de Justicia indicó:

“De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:

1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) *Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
- b) *Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*

c) *Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás. Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

*Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. **Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador.***

Los ajustes razonables cobran relevancia al momento de lograr la integración laboral de las personas con discapacidad, máxime si se tiene en cuenta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en las Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia del año 2016, recomendó al Estado que «adopte normas que regulen los ajustes razonables en la esfera del empleo.»

Mas adelante precisó:

“En ese sentido, conforme ya se indicó, se entiende por deficiencia «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». De modo que en armonía con lo previsto en la Convención estas pueden ser físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

Conviene referir que la deficiencia a la que alude la Convención debe analizarse en un contexto determinado en el que se impida al trabajador su integración profesional o el desarrollo de roles ocupacionales y no a través de un dato numérico, por cuanto las barreras sociales (factores contextuales) y las restricciones o desventajas que suponen para una persona, no pueden cuantificarse.

En ese contexto, conforme quedó dicho en la parte inicial de esta providencia, para efectos de identificar la discapacidad, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

a. La deficiencia física, mental o sensorial;

b. Si es de mediano o largo plazo, lo que implica que la participación en la vida profesional de la persona se vea obstaculizada de un modo prolongado como el descrito, valoración al ser fáctica y basada en las pruebas, corresponde identificar si la patología «cáncer de seno» de la trabajadora reúne o no tales características;

c. Analizar si tal hecho reprime o afecta su participación en el ámbito laboral en igualdad de condiciones a la de los demás trabajadores, es decir, si el diagnóstico -cáncer de seno- le dificulta a la trabajadora desarrollar plenamente sus roles ocupacionales, que, en este caso, hacían referencia al cargo de líder de desarrollo de sistemas;

d. Se requiere valorar los elementos aportados en el proceso, dicho análisis probatorio estará formado por todo elemento de convicción que permita determinar que esta se haya prolongado significativamente, fundado en criterios objetivos como: la historia clínica, las mismas incapacidades, reubicaciones, recomendaciones médicas, entre otros elementos que den cuenta de que la patología en verdad tuvo un carácter duradero que a la fecha del despido impidió a la persona su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.”

Conforme lo anterior, se tiene que, conforme el mismo dicho del demandante en su interrogatorio de parte, su dolencia nunca le permitió desarrollar plenamente las funciones por las cuales había sido contrato, por el contrario, se reitera que tan solo presentó 2 incapacidades de 2 días cada una a lo largo de la vigencia de la relación laboral, concluyendo entonces que siempre pudo desempeñar las labores a éste encomendadas.

Por otro lado, en relación al punto de apelación interpuesto por la demandada, en cuanto a la expedición de la Resolución del Ministerio del Trabajo No. 4605 del 31 de octubre de 2019, si bien en la misma sanciona a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ por haber despedido a diferentes trabajadores en condición de discapacidad médica, lo cierto es que de dicha resolución no se puede desprender o inferir la condición médica que aquejaba a la demandante al momento de su retiro, con el fin de determinar que efectivamente la actora estaba afectada y protegida con la estabilidad laboral reforzada, pues se reitera, de conformidad con el acto administrativo expedido por el Ministerio de Trabajo y demás documentales obrantes en el plenario, no se logra activar a su favor la estabilidad laboral reforzada.

Aunado a lo anterior, no se tiene acreditado dentro del plenario que efectivamente el empleador demandado hubiese tenido conocimiento alguno de la situación de salud de la demandante, o en su defecto, que se hubiese radicado alguna recomendación laboral o que conociera el estado de salud de la demandante, insistiendo nuevamente que en vigencia de la relación laboral, tan solo fue objeto la demandante de 4 días de incapacidad médica, ninguna de ellas para la fecha de finalización del vínculo laboral.

Aunado a lo anterior, como quiera que el contrato tal como se enunció finalizó el 11 de febrero de 2018, fecha para la cual NO existía una calificación por parte de las entidades integrantes del sistema de seguridad social integral.

Las pruebas reseñadas permiten concluir que la demandante no era beneficiaria de estabilidad laboral reforzada que contempla la Ley 361 de 1997, por las siguientes razones:

La finalidad de la figura en mención tal como ya se mencionó es evitar que un trabajador sea despedido con ocasión a su estado de debilidad manifiesta, situación que no ocurrió en el asunto bajo examen, ya que la enfermedad de la cual pretende la accionante derivar esa pérdida o debilidad, empezó su sintomatología-según historia clínica- a finales del año 2016, en tanto el despido ocurrió el 11 de febrero de 2018, es decir, ejerció su actividad por más de dieciocho meses, sin que ello le generara una limitación, restricción, incapacidad o disminución en su capacidad laboral.

Además, nótese como durante la vigencia de la relación laboral –*más de seis años*- solo fue incapacitada en dos oportunidades, con ocasión a la enfermedad mencionada, de la cual, si bien tuvo conocimiento el empleador (las incapacidades medicas), pues desde la contestación de la demanda, lo aceptó, lo cierto es que ello no implicaba una permanencia en el cargo, ya que se repite, para la fecha del despido no estaba calificada, además su patología para febrero de 2018, meses antes de la culminación del vínculo, no mostraba inflamación y el examen físico arrojó resultados normales, tampoco se encontró dolencia alguna que le generara reubicación, ni recomendaciones médicas para la fecha de finiquito de la relación laboral.

No se presentó ese nexo de causalidad entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece la trabajadora, pues no podemos pregonar dicha situación, del historial clínico, en tanto que, las incapacidades otorgadas no superan de 4 días en vigencia de la relación laboral, aunado al hecho que no cuenta con una pérdida de capacidad laboral dictaminada ni calificada, y sus padecimientos no generó una pérdida de la capacidad laboral o una limitación evidente en su actividades laborales, para poder pregonar que ello conllevo a culminar la relación laboral.

Por último, cabe mencionar que si bien mediante fallo de tutela proferido el 13 de marzo de 2018 por al Juzgado Primero Civil Municipal de Descongestión de Bogotá – localidades de ciudad Bolívar y Tunjuelito, se concedió el amparo solicitado por la señora ANA TILDE CARO MOLINA, respecto de sus derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada,

ordenando a AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP, procediera al reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía, atendiendo las restricciones médicas que le sean prescritas, y el pago de salarios y los respectivos aportes al Sistema General de Seguridad Social, precisando en todo caso, que dicha orden obedecía a una transitoria, como quiera que, se le concedió el término de 4 meses a la demandante para interponer la respectiva demanda ordinaria laboral, concluyendo que la decisión otorgada en la acción de tutela no era definitiva y estaba sujeta a la decisión de la Jurisdicción ordinaria laboral, como en efecto ocurre.

Finalmente, en nada afecta que haya existido un cambio de ARL por parte de la demandada de MAPFRE a AXA COLPATRIA, en tanto que si bien la demandante tuvo un accidente de trabajo ocurrido el 24 de marzo de 2015, y el mismo fue atendido por la ARL MAPFRE COLOMBIA, lo cierto es que, conforme a el documento del 3 de enero de 2018, se informó que la lesión ocurrida el 24 de marzo de 2015 se encuentra “resuelta, sin consecuencias, ni secuelas”, por lo que la trabajadora puede realizar sus labores de manera habitual y sin restricciones”, conforme se acreditó a lo largo del plenario, que la demandante pudo ejecutar sus funciones sin inconveniente por más de 5 años, razón por la cual se despacha desfavorablemente las súplicas de la parte demandante en su recurso de alzada.

En ese orden de ideas, bastan las consideraciones antes expuestas, para **CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de enero de 2022, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: [11001310503520180040602](https://www.cajacostacarrizosa.com/11001310503520180040602)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2019-00849-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ANA CELIA RODRIGUEZ PINILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA/AFP SKANDIA SA/Y
AFP PROTECCION SA. Llamado en garantía MAFRE
ASUNTO: APELACION PORVENIR, COLPENSIONES, SKANDIA Y
MAFRE/ Y CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y llamada en garantía de la referencia, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 3 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ANA CELIA RODRIGUEZ PINILLA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR, PROTECCION Y SKANDIA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuado el 26 de febrero de 1999 ante la AFP Horizonte por vicio del consentimiento, igualmente los traslados horizontales a Old Mutual el 26 de agosto de 2005, y a

Horizonte el 10 de noviembre de 2009. Declarar que **ANA CELIA RODRIGUEZ PINILLA** nunca ha estado en el RAIS, y siempre ha estado en el RPM, y que tienen derecho al llegar a los 57 años a percibir la pensión de vejez. Condenar a Horizonte hoy Porvenir a registrar en su sistema que la demandante no efectuó vinculación válida a ese fondo, al igual que Old Mutual, e ING hoy Protección. Condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenar a Colpensiones a registrar y reactivar su base de datos la afiliación de la demandante, y actualizar la historia laboral. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de enero 16 de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, y por parte de Skandia efectuando llamamiento en garantía a Mafre, como consta en auto de agosto 11 de 2022 que tienen por contrastada la demanda y acepta el llamamiento en garantía, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de diciembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado de **la demandante** a Horizonte hoy Porvenir el 25 de septiembre de 1996, a la AFP Porvenir el 2 de octubre de 1997, a la AFP Colpatria hoy Porvenir el 26 de febrero de 1999, a la AFP Porvenir el 11 de noviembre de 1999, a la AFP Skandia el 26 de agosto de 2005, a la AFP ING hoy Protección el 2 de marzo de 2008, y a la AFP Porvenir el 10 de noviembre de 2009. Ordeno a Protección, Porvenir y Skandia trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular **ANA CELIA RODRIGUEZ PINILLA** incluyendo rendimientos financieros que se hayan generado, hasta que se haga efectivo el traslado al RPM administrado por Colpensiones así: Porvenir desde septiembre de 1996 a agosto de 2005, y noviembre de 2009 hasta la devolución de los recursos a Colpensiones. Skandia de septiembre de 2005 a marzo de 2008, y Protección de abril de 2008 a octubre de 2009. Ordeno a Skandia, Protección y Porvenir devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ordeno a Colpensiones recibirlos sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD desde su afiliación al ISS. Declaro no probadas las excepciones, excepto las excepciones de mérito propuestas por Mafre contra el llamamiento en garantía.

Impuso costas a las demandadas en favor de la demandante, y a Skandia en favor de Mafre. Concedió apelación a Porvenir, Colpensiones, Skandia y Mafre, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Sustenta su apelación manifestando que no hay prueba alguna de la existencia de un vicio del consentimiento para declarar la ineficacia. Se da una interpretación errada del artículo 1604 del CC porque se exige la carga de la prueba al fondo privado y ningún esfuerzo probatorio a la demandante. Los afiliados legalmente tienen el deber de informarse sobre las incidencias de su permanencia en el RAIS. El fallo es violatorio del principio de estabilidad financiera del sistema pensional público, descapitalizándolo cuando la Corte Constitucional definió que nadie puede beneficiarse del sistema si no ha aportado a su funcionamiento. No comparte la condena en costas a Colpensiones, pues Colpensiones no influyo en el traslado, siendo simplemente un tercio de buena fe.

PORVENIR: Apela parcialmente en cuanto a devolver los gastos de administración, y seguros previsionales debidamente indexados. La ley no obliga a devolver estos valores, y se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues estos valores no financian la pensión de vejez, y sobre ellos hay prescripción. Solicita aplicar las restituciones mutuas, pues si se está ordenando devolver los aportes con los rendimientos, y además se ordena indexar los gastos de administración y seguros se estaría ante una doble condena o sanción.

SKANDIA: Apela en cuanto a los gastos de administración, pues estos tienen una fuente legal en la ley 100/93, al igual que los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. La SIF establece que en los traslados de régimen se deben devolver solo los aportes y los rendimientos, por cuanto los gastos de administración y seguros previsionales ya cumplieron su función. Solicita se acceda al llamamiento en garantía y se condene a Mafre Colombia Vida y Seguros a devolver las comisiones de la póliza de seguros previsionales, ya que Skandia giro esos recurso para tal fin.

MAFRE: Apela en cuanto a la condena en costas, ya que como llamado en garantía no es parte principal vencida en juicio. Solicita aplicar el artículo 365 del CGP numeral 1, al no ser parte vencida en el proceso no tienen carga procesal de la contestación de la demanda, y esto no tienen connotación negativa. La parte vencida en juicio fue Skandia y no Mafre.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., efectuado por **ANA CELIA RODRIGUEZ PINILLA** el día 25 de septiembre de 1996, al igual que los demás traslados horizontales efectuados; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, AFP SKANDIA SA, Y AFP PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 25 de septiembre de 1996; el 2 de octubre de 1997 a AFP Porvenir; el 26 de febrero de 1999 a la AFP Colpatria, hoy Porvenir; el 11 de noviembre de 1999 a la AFP Porvenir; el 26 de agosto de 2005 a la AFP Skandia; el 3 de marzo de 2008 a la AFP ING hoy Protección; y el 10 de noviembre de 2009 a la AFP Porvenir (f.99 y 103 demanda, y contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de

noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: formularios de afiliación 2002, 2009, 1999, 1997 y 1996, respuesta a petición, simulación pensional, H:L:, certificado de afiliación, relación de movimientos, SIAFP, página del Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF2019.AFP PROTECCION: formulario ING, petición, SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro individual, concepto SIF 2015, comunicado de prensa. AFP SKANDIA: formulario 2005, certificado de traslado fondos, estado de cuenta, SIAFP, derecho de petición 2019, repuesta a petición. MAFRE: póliza de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de septiembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 25 de septiembre de 1996, la demandante tenía 332 semanas (f.103 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley

100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 14 de julio de 1964 f.77 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.514 semanas, (f.103 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede

ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 25 de septiembre de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A., AFP SKANDIA SA, Y AFP PROTECCION SA, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado **información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de las apelantes en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, AFP SKANDIA SA, Y AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

En cuanto a la inconformidad con las costas de los apelantes Colpensiones y Mafre, si tienen razón los apelantes, pues en estricto derecho Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto se revocaran las costas impuestas en su contra en primera instancia. En igual sentido Mafre tampoco puede considerarse como parte vencida en juicio, y por el contrario las pretensiones como llamada en garantía no salieron adelante.

Costas en esta instancia a cargo de las apelantes AFP Porvenir SA, y AFP Skandia SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una de las apelantes y a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2022 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones y a Mafre se revocan. Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y AFP SKANDIA SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una de las apelantes.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada
Aclaro voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ana Celia Rodríguez Pinilla
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2019-00849-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **5762d354fc3fa9f6b4ae4dc1d65f2a4b6972d6046d6faaed63240f2f22afe950**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:51 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 12-2021-00469-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: BEATRIZ HELENA CALVO VILLEGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES/ Y CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir SA, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería como apoderada sustituta de Colpensiones, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, CC 37.627.008 y TP N°221.228 del CSJ, según documentos adjuntos. Igualmente se reconoce personería como apoderado especial de AFP Porvenir SA al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA CC1.020.792, 591 y TP 380.420 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese.

Las partes a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 3 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

BEATRIZ HELENA CALVO VILLEGAS instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR, como aparece en expediente digitalizado,

con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante en febrero 2 de 1999 a la AFP Porvenir SA; y ordenar a Colpensiones a recibir a la demandante **BEATRIZ HELENA CALVO VILLEGAS** en el RPM. Condenar a AFP Porvenir SA a devolver las sumas recaudadas por aportes y actualizadas. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de enero 27 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 30 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 8 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **BEATRIZ HELENA CALVO VILLEGAS** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP Porvenir en 22 de febrero de 1999, declaro válidamente afiliada al RPM. Condeno a la AFP Porvenir SA devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la pensión de vejez, y gastos de administración con sus frutos e intereses como lo establece el artículo 1746 del CC, y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados. Condeno a Colpensiones a recibir todas las sumas de dinero, y una vez ingresadas. Actualizar la historia laboral. Declaro no probadas las excepciones, Impuso costas a las demandadas. Concedió apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR: solicita revocar la sentencia en cuanto a la orden de indexar, puesto que al ordenarse la devolución de los aportes con los rendimientos, se estaría dando una doble condena o sanción.

COLPENSIONES. Solicita revocar en cuanto a las costas, pues la demandante se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003 cuando solicita el traslado y Colpensiones necesariamente no puede dar la autorización, porque le faltan menos de diez años para llegar a la edad pensional. Al ordenar la ineficacia se atenta contra la estabilidad financiera del fondo público al permitir que personas que no han contribuido a la financiación se beneficien con una pensión, poniendo en riesgo las pensiones de quienes si han cotizado al sistema.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **BEATRIZ HELENA CALVO VILLEGAS** el día 2 de febrero de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 2 de febrero de 1999 (f. 102 contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: H:L., relación de movimientos, certificado de afiliación, derecho de petición, respuesta, formulario de afiliación a Porvenir en 1999, respuesta a petición, relación de aportes, bono pensional. HL bono pensional, consulta Asofondos, SIAFP, comunicado de prensa, concepto SIF 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de febrero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 2 de febrero de 1999, la demandante tenía 503 semanas (f.17 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 20 de agosto de 1959 f.14demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la

demandante había cotizado 1.635 semanas, (f.17 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 2 de febrero de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logra

acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado

por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en armonía con la inconformidad de la apelación de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas

de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

En cuanto a la inconformidad con las costas de los apelantes, no le asiste razón a Porvenir en su inconformidad, pues ese demostró su responsabilidad en la ausencia de información al momento del traslado de régimen, y por tanto al ser vencido en juicio, necesariamente se debe imponer la condena en costas, como lo indico el a quo; en cuanto a Colpensiones, si tiene razón el apelante, pues en estricto derecho Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto se revocaran las costas impuestas en su contra en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la apelante Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 8 de febrero de 2023 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones se revocan. Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Beatriz Helena Calvo Villegas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**012-2021-00469-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **7dd46d092736038d78386cca6713b6937d4e06635a6f1347df276c4065bb37d3**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:51 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 16-2020-00469-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUZ ANGELA LOPEZ MOLANO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA/ Y AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **APELACION COLPENSIONES/ Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se acepta la renuncia al poder efectuada por la abogada MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA quien ejercía como apoderada de Colpensiones. Se reconoce personería para actuar como apoderada de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 Y TP 221.228 DEL CSJ. Notifíquese.

Las partes presentaron sus alegaciones, según el traslado efectuado mediante auto de marzo 3 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LUZ ANGELA LOPEZ MOLANO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA y AFP COLFONDOS SA, como

aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que **LUZ ANGELA LOPEZ MOLANO** no ejerció en forma libre voluntaria su derecho a elegir régimen pensional, por actos dolosos de Colfondos. Declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS del 20 de junio de 1994 ante Colfondos por falta de consentimiento informado, igualmente de la ineficacia del traslado horizontal de agosto 13 de 2001 a Horizonte hoy Porvenir. Declarar que la demandante puede elegir libremente su régimen pensional. Condenar a Colfondos y Porvenir a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna afiliación válida esos fondos, y condenar a Colpensiones a registrar y activar la afiliación de la demandante en el RPM. Condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones el dinero que exista en la cuenta de ahorro individual de **LUZ ANGELA LOPEZ MOLANO** como aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos descontados. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de junio 17 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 20 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de noviembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **LUZ ANGELA LOPEZ MOLANO** del RPM al RAIS el 20 de junio de 1994 a Colfondos, y el 13 de agosto de 2001 a Horizonte hoy Porvenir. Condeno a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos de cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, Condena extensiva a Colfondos como los valore de sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración entre otros. Condeno a Colpensiones a recibir todos los recursos condenados, y reactivar la afiliación de la demandante en el RPM como único válido para la demandante en régimen pensional. Declaró no probadas las excepciones, y condeno en costas a las demandadas. Concedió apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: No puede declararse la ineficacia porque la demandante se trasladó de manera voluntaria al fondo privado, tanto así que s traslado dentro del mismo RAIS, lo que la jurisprudencia ha denominado como actos de relacionamiento, y además el no llenar las expectativas económicas de la afiliada el monto de su pensión en el RAIS no constituye una razón válida para declarar ineficaz el traslado. En cuanto a la condena en costas Colpensiones es un tercero de buena fe, por tanto no puede ser condenado en costas. Solicita revocar la sentencia.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., efectuado por **LUZ ANGELA LOPEZ MOLANO** el día 20 de junio de 1994, al igual que los traslados horizontales efectuados; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, Y AFP Colfondos SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 20 de junio 1994(f.60 demanda); agosto 13 de 2001 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir SA (f.61 demanda).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional

debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aportó: formulario de afiliación a Horizonte, historia laboral, relación de movimientos, certificado de afiliación, comunicado 11 años, bono. Historia laboral bono, SIAFP, petición, consulta Asofondos, documento de viabilidad, comunicado de prensa, concepto SIF2019. AFP COLFONDOS: SIAFP, AS400, formulario afiliación, reporte cotizaciones, artículo de El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de junio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado junio 20 de 1994, la demandante tenía 17 semanas (f.35 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 16 de octubre de 1968 f.31 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.063 semanas, (f.35 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 20 de junio de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A., Y AFP COLFONDOS SA, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede

validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que **las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, Y AFP COLFONDOS SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto**

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ACLARARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

En cuanto a la inconformidad de Colpensiones por haber sido condenada en costas. Le asiste razón, pues en realidad Colpensiones no fue vencida en juicio, pues simplemente al ser el único fondo público que maneja el RPM necesariamente tiene que acudir al proceso, ante la eventual condena que se impuso declarando la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colfondos en el que no tuvo responsabilidad que se pueda endilgar a Colpensiones.

Se revocan las constas impuestas en primera instancia a Colpensiones, sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2022 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que en cuanto a la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, Y AFP COLFONDOS SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES

SEGUNDO: Las constas en primera instancia impuestas a Colpensiones se revocan. Sin costas en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luz Ángela López Molano
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**016-2020-00469-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **3544c5bb82a4a83af8c6d3686777238db29f89c729f5756f7e2e9549e13bb05d**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:52 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 17-2020-00441-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: JESUS MARIA GUALDRON SANDOVAL
DEMANDADO: COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES/ Y CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir SA, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería como apoderada sustituta de Colpensiones, a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, CC 37.627.008 y TP N°221.228 del CSJ, según documentos adjuntos. Igualmente se reconoce personería como apoderado especial de AFP Porvenir SA al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA CC1.020.792, 591 y TP 380.420 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese.

Las partes a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de febrero 20 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

JESUS MARIA GUALDRON SANDOVAL instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante en enero de 2002 a la AFP Porvenir SA por falta de consentimiento informado, declarar que siempre estuvo afiliado al RPM; Condenar a AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones los aportes y rendimientos y demás que se encuentren en la cuenta de ahorro del demandante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de marzo 19 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en autos de agosto 14 de 2021 y agosto 31 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de noviembre de 2022: Declaro no probadas las excepciones propuestas; **DECLARÓ** que el traslado del señor **JESUS MARIA GUALDRON SANDOVAL** al RAIS a través de AFP Porvenir SA fue ineficaz, y por consiguientes no produjo efectos jurídicos, y que el demandante esta válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Ordeno a Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores que habría recibido por la vinculación del demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, devolviendo primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades. Ordeno a Colpensiones recibir los fondos a favor del demandante, y convalidarlos en la historia laboral. Impuso costas a las demandadas. Ordeno a Colpensiones una vez ingresen los dineros estudiar el derecho pensional. Concedió apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR: No está de acuerdo con la decisión, pues Porvenir cumplió con el deber de información que se exigía para la fecha del traslado de régimen; de otra parte en el interrogatorio se constató que al demandante se le informo sobre la condiciones

de afiliación, la posibilidad de hacer aportes voluntarios; no se puede exigir un deber mayor de información cuando la norma no lo exigía al momento del traslado, y conforme lo dijo en el interrogatorio, el traslado fue libre y voluntario, y sin presiones.

Las características del RAIS están en la ley, y si hubo un error de derecho, este no tiene la posibilidad de viciar el consentimiento. El demandante como lo informo, tuvo una asesoría de 30 minutos al momento del traslado. En cuanto al traslado de los gastos de administración, seguros previsionales debidamente indexados, se recuerda que se actuó de buena fe administrando los recursos, y generando rendimientos en la cuenta de ahorro individual del actor, por lo tanto al ordenar indexar los gastos de administración no es procedente, ya que porvenir actuó de buena fe cumpliendo la ley. Los seguros previsionales cumplen una finalidad y no pueden devolverse, ya que la ley exige la constitución de estos seguros. Solicita se absuelva a Porvenir.

COLPENSIONES. Solicita revocar en cuanto a las costas, pues la demandante se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003 cuando solicita el traslado y Colpensiones necesariamente no puede dar la autorización, porque le faltan menos de diez años para llegar a la edad pensional.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **JESUS MARIA GUALDRON SANDOVAL** en enero 25 de 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 25 de enero de 2002 (f. 77 demanda).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

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

posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

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

encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporó: SIAFP, historia laboral, relación de movimientos, bono pensional, certificado de afiliación, formulario de actualización de información 2012, comunicado de prensa, concepto SIF.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de enero de 2002, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 25 de enero de 2002, el demandante tenía 488 semanas (f.43 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 2 de enero de 1955 f.27 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.417 semanas, (f.43 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 25 de enero de 2002, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado **información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto***

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ACLARARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

En cuanto a la inconformidad con las costas de Colpensiones tiene razón el apelante, pues en estricto derecho Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por tanto se revocaran las costas impuestas en su contra en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la apelante Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2022 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones se revocan. Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaro voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Jesús María Gualdrón Sandoval
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**017-2020-00441-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **cce1682dd79f3d64566c66c8241d582cfc3a337d96fc96e4a5faecc461b0c913**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:52 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 24-2021-00301-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **NOHORA CALDERON NAVARRO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES /AFP COLFONDOS SA/AFP SKANDIA SA/
Llamado en garantía MAFRE**
ASUNTO: **APELACION DE LAS PARTES / Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las partes, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de enero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 3 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

NOHORA CALDERON NAVARRO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS SA Y SKANDIA SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad absoluta de la afiliación de **NOHORA CALDERON NAVARRO** al RAIS Que Skandia traslade a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado, junto con los rendimientos, gastos de administración, seguros y demás

dineros. Que se mantenga la afiliación de la demandante a Colpensiones sin solución de continuidad, y reconocer a la demandante como su afiliada recibiendo los aportes que haya lugar. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 26 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, y por parte de Skandia efectuando llamamiento en garantía a Mafre, como consta en autos de septiembre 5 de 2022 y noviembre 17 de 2022, que tienen por contestada la demanda y acepta el llamamiento en garantía, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de enero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación efectuada por **NOHORA CALDERON NAVARRO** a través de Colfondos a partir de diciembre de 2000. Declaro que para efectos legales nunca se vinculó al RAIS y siempre estuvo en el RPM. Ordeno a Skandia trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con sus intereses, capital ahorrado con rendimientos financieros, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades Ordeno a Colfondos devolver a Colpensiones lo deducido por aportes a pensión, por gastos de administración debidamente indexados. Ordeno a Colpensiones recibir a la demandante como su afiliada y rectificar y corregir su historia laboral una vez trasladados los dineros por Skandia y Colfondos.. . Declaro no probadas las excepciones, excepto las excepciones de mérito propuestas por Mafre contra el llamamiento en garantía. Absolvió a Mafre Colombia Vida Seguros SA. Sin costas. Concedió apelación a demandante, Colfondos, Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMADANTE: Apela en cuanto a la no condena en costas, pues considera que las demandadas fueron vencidas en juicio y debe imponerse la condena en costas, por así ordenarlo el CGP artículo 365 y SS.

SKANDIA: Solicita revocar el fallo, pues se está declarando la ineficacia del acto de traslado, cuando lo demandado es la nulidad absoluta de dicho acto, y la ineficacia está regulada en el código de comercio, lo que no ocurre en este caso, en aplicación de la jurisprudencia que no se puede establecer como ley. No se puede aplicar una ineficacia que se genere a favor de la demandante ordenando dejar sin efecto la afiliación y por otro lado ordenar devolver los aportes y rendimientos que es producto de la administración correcta dada por el fondo privado. Además al ordenar devolver los gastos de administración, las comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, valores recibidos de buena fe, ya que ninguna injerencia tuvo el fondo Skandia en el traslado de régimen que hizo la demandante, además nunca hizo uso del derecho a retracto, por su propia negligencia, y en el interrogatorio de parte asevera que solo tienen interés económico en el traslado de régimen, las características del RAIS y el RPM están en la ley, y la demandante debe conocerlas.

COLPENSIONES: La inconformidad de la demandante de obtener una mesada menor en el RAIS no es una razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado, por tanto solicita revocar la decisión.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., efectuado por **NOHORA CALDERON NAVARRO** el día 2 de octubre de 2000, al igual que el traslado horizontal efectuado a Skandia en mayo 24 de 2005; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Colfondos SA y AFP SKANDIA SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 2 de octubre de 2000, y luego el 24 de mayo de 2005 se trasladó a AFP Skandia SA (folio 62 contestación Skandia).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la

ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

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

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP SKANDIA SA : formulario de mayo 24 de 2005, certificado de estado de cuenta, SIAFP, bono pensional, petición de mayo de 2021, comunicado de prensa. AFP COLFONDOS SA: SIAFP, estado de afiliación, y llamado en garantía a MAFRE.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de octubre de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 2 de octubre de 2000, la demandante tenía 335 semanas (f.78 contestación Skandia), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 14 de enero de 1965 f.37 contestación Skandia) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Skandia, la demandante había cotizado 1.346 semanas, (f.78 contestación Skandia) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP Colfondos SA., el 2 de octubre de 2000, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS S.A y AFP SKANDIA SA, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso

a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”

“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de la apelante AFP Skandia SA en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP SKANDIA SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP COLFONFOS SA, Y AFP SKANDIA SA debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente

pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ACLARARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

En cuanto a la inconformidad con las costas en primera instancia de la parte demandante apelante, si tienen razón parcialmente, pues en estricto derecho Colpensiones no fue vencido en juicio, y su participación en el traslado de régimen no tuvo ninguna injerencia, por el contrario AFP Colfondos SA y AFP Skandia SA si fueron vencidas en juicio y se les debe imponer la condena en costa en primera instancia y a favor de la demandante.

Costas en esta instancia a cargo de AFP Skandia SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2023 por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP SKANDIA SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP COLFONDOS SA, Y AFP SKANDIA SA debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES

SEGUNDO: Se condena en costas de primera instancia a AFP Colfondos SA y AFP Skandia SA y en favor de la demandante.

Costas en esta instancia a cargo de AFP SKANDIA SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaro voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Nohora Calderón Navarro
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2021-00301-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **eea03776a93fb3cb3d9ba377e766f38e8e42c3120a7ed9fd6d0c1b29c5b6e3b3**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:53 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 26-2022-00034-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: NEIDY ELIANA LAGOS GUEVARA
DEMANDADO: COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA/ Y AFP PROTECCION
ASUNTO: APELACION PORVENIR Y CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderada de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese.

Las partes demandante y demandada Porvenir SA, a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 13 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

NEIDY ELIANA LAGOS GUEVARA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR, y PROTECCION como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de la demandante **NEIDY ELIANA LAGOS GUEVARA** al RAIS efectuado el 26 de noviembre de 1999 ante la AFP Porvenir SA por vicio del consentimiento, y omisión al deber de información. Condenar a protección SA a tramitar el reintegro a Colpensiones de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 1 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 13 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 16 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **NEIDY ELIANA LAGOS GUEVARA al RAIS**. Condeno a AFP Protección SA a transferir a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, con rendimientos financieros, el porcentaje de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condenó a AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones los gastos de administración, los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Condeno a Colpensiones a aceptar los dineros y contabilizar para todos los efectos las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones, y condeno en costas a Porvenir y Protección. Concedió apelación a Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR: No está de acuerdo con el fallo, pues la SIF tienen establecido cuales son los dineros que se deben trasladar cuando exista cambio de régimen pensional, como es el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, Esto es que no se puede ordenar la devolución de otras sumas. La demandante no está actualmente afiliada a Porvenir. No se puede ordenar tampoco, devolver los gastos de administración, los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de

pensión mínima indexados, porque habría un enriquecimiento sin causa, e esta además, ordenando devolver los aportes con sus rendimientos. En virtud de las restituciones mutuas en caso de conformar el fallo se ordene no devolver los rendimientos.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **NEIDY ELIANA LAGOS GUEVARA** el día 26 de noviembre de 1999, al igual que los traslados horizontales efectuados; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, Y AFP PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 26 de noviembre de 1999 (f.76 demanda); el 30 de agosto de 2017 a AFP Protección SA (f.28 contestación Protección).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el

de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, formulario de afiliación 1999, relación histórica de movimientos, relación de aportes, HL, certificado de egresado, página de El Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF2020. AFP PROTECCION: formulario afiliación, HL, movimiento de cuenta de ahorro individual, resumen HL. SIFP, respuesta a petición, políticas de asesoría, concepto SIF 2015, comunicado de prensa año gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de noviembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 26 de noviembre de 1999, la demandante tenía 112 semanas (f.102 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 20 años (nació el 27 de marzo de 1974 f.101 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse

en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1.216 semanas, (f.102 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP

PORVENIR S.A., el 26 de noviembre de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A., Y AFP PROTECCION SA, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, Y AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante AFP Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaro voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Neidy Eliana Lagos Guevara
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2022-00034-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **653c9252dc3e92a6ac1bc0b1b220d466d9dcbfea20368d31e94021d78ea00f02**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:53 AM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2021-00327-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **YOLANDA DE JESUS GOMEZ FLOREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA.**
ASUNTO: **APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en su favor sobre la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Porvenir a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 3 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

YOLANDA DE JESUS GOMEZ FLOREZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante en febrero 19 de 2007 a la AFP Porvenir SA; Condenar a Colpensiones a registrar la afiliación de **YOLANDA DE JESUS GOMEZ FLOREZ** el RPM como si nunca se hubiese trasladado. Condenar a AFP Porvenir SA y a Colpensiones a reconocer y pagar los intereses por demora injustificada en la no autorización del traslado de los aportes

a Colpensiones a partir de 1 de abril de 2007. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 9 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 21 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 3 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **YOLANDA DE JESUS GOMEZ FLOREZ** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP Porvenir en 19 de febrero de 2007, y para efectos legales nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM. **ORDENO** a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con motivo de la afiliación por cotizaciones, rendimientos, sumas para garantía de pensión mínima. Ordeno a Colpensiones recibir de Porvenir todos los valores, y actualizar la historia laboral. No impuso costas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se modifique o adicione la sentencia por el superior, en el sentido que se debe devolver a Colpensiones por parte de Porvenir, además de los aportes y sus rendimientos, los bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, como lo ha venido estableciendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **YOLANDA DE JESUS GOMEZ FLOREZ** el día

19 de febrero de 2007; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 19 de febrero de 2007 (f. 29 contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y

jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

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

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, relación de aportes, historia laboral, histórico de rendimientos, confirmación solicitud de afiliación, contrato servicios asistenciales, bono pensional, HL. bono pensional, certificado de egreso, respuesta a petición, formulario afiliación, comunicado de prensa, concepto SIF 2019, viabilidad Asofondos, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de febrero de 2007, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera

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

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 19 de febrero de 2007, la demandante tenía 691 semanas (f.25 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 10 de marzo de 1967 f.17demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.339 semanas, (f.25 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 19 de febrero de 2007, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos

los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque

desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en armonía con la inconformidad de la apelación de Colpensiones, se adicionara lo

decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2023 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaro voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Yolanda de Jesús Gómez Flórez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**029-2021-00327-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **5b88c6f4b3169c1771418fafceef1b0d3d80a6563e92080898244dbe082b607d**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:54 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2022-00110-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: XIMENA MARIA DEL PERPETUO SOCORRO PINZON
URDANETA**
DEMANDADO: COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA.
**ASUNTO: APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES/ Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir SA, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería como apoderado especial de AFP Porvenir SA al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS CC 1.018.469.231 y TP 365.094 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese.

Las partes demandadas a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 3 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

XIMENA MARIA DEL PERPETUO SOCORRO PINZON URDANETA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación efectuada por la demandante a la AFP Porvenir SA, por falta de consentimiento informado; Que Porvenir debe enviar a Colpensiones todos los detalles de la afiliación de la demandante, y Colpensiones debe reactivar la afiliación sin solución de continuidad, Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes y sus rendimientos. Condenar a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante en el RPM. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de junio 2 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 27 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 6 de diciembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **XIMENA MARIA DEL PERPETUO SOCORRO PINZON URDANETA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP Porvenir el 1 de noviembre de 1997. Ordeno a Porvenir transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales, de haberse redimido, gastos, comisiones por administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Ordeno a Colpensiones que reciba los dineros y reactive la afiliación de la demandante al RPM; sin solución de continuidad. Declaro no probadas las excepciones, impuso costas a Porvenir. Concedió apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR: solicita revocar la sentencia. Porque en este caso no hay similitud con la línea jurisprudencial que sobre ineficacia de traslado que viene estableciendo la Corte Suprema, ya que desde el año 1997 la afiliación se realizó acorde a la legislación existente, su decisión de traslado fue libre y voluntaria, estando afiliado durante más de veinte años sin objeción alguna. Los rendimientos en este caso, al

devolverse teniendo en cuenta como si nunca se hubiera trasladado, estos tampoco se habrían generado, al retrotraer las cosas a su estado anterior, generando una situación que es contraria la ley, ya que se actuó como agente oficioso de Colpensiones, generando rendimientos que no se generarían en el RPM. En caso de confirmar la decisión, solicita ordenar las restituciones mutuas, pues el fondo se le debe resarcir los gastos de administración para generar los rendimientos que se devuelven a Colpensiones, teniendo además una compensación, úes estos rendimientos no se causan en el RPM. En cuanto a los dineros de seguros previsionales cumplieron su objetivo o finalidad legal al asegurar el riesgo, y no pueden ser devueltos. No es congruente ordenar la indexación cuando se están devolviendo los rendimientos. En cuanto a las constas se debe absolver de condena.

COLPENSIONES. La demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen, y no existe ninguna causal para trasladarse ni para declarar la ineficacia de la afiliación, solicita revocar el fallo.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **XIMENA MARIA DEL PERPETUO SOCORRO PINZON URDANETA** el día 16 de septiembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 16 de septiembre de 1997 (f. 31 contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el

régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

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

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporoto: formulario, H.L., relación de movimientos, certificado de afiliación, bono pensional, historia laboral bono pensional, consulta Asofondos, SIAFP, relación de aportes, respuesta a petición, comunicado de prensa, concepto SIF 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de septiembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 16 de septiembre de 1997, la demandante tenía 24.1 semanas (f.41 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 20 de mayo de 1965 f.34 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.040 semanas, (f.41 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 16 de septiembre de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la

suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2022 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
CALLE Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO
Aclaró voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ximena María Pinzón Urdaneta
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**039-2022-00110-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **7524d81380694b543cec223ccb2d30768cfc6f4cb67f1446304ebce9529f86ac**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:54 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 40-2021-00128-01

Bogotá D.C., agosto 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: CLAUDIA YANETH MATEUS GUTIERREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES /AFP PORVENIR SA/ Y AFP PROTECCION
ASUNTO: APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES/ Y CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones sobre la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se tiene que no aparecen reportadas las alegaciones por las partes por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 13 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CLAUDIA YANETH MATEUS GUTIERREZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la afiliación realizada en 1.996 por la demandante **CLAUDIA YANETH MATEUS GUTIERREZ** al RAIS efectuado el 26 de noviembre de 1999 ante la AFP Porvenir SA por vicio del consentimiento, y omisión al deber de información; al igual que la afiliación el 1 de agosto de 2000 a Protección SA por

falta al deber de información; y el 1 de enero de 2014 a Porvenir SA por falta al deber de información. Se ordene a Colpensiones recibir en el RPM a la demandante como si nunca se hubiera trasladado. Condenar a Porvenir SA y Protección SA, a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con sus frutos e intereses, y sin descuento alguno por administración. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 26 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en autos de febrero 21 de 2022, y julio 18 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **CLAUDIA YANETH MATEUS GUTIERREZ del RPM al RAIS** a través de Porvenir. Condeno a AFP Porvenir SA y AFP Protección SA, a transferir a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional, los rendimientos, devolviendo igualmente el porcentaje de 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. Ordeno a Colpensiones aceptar a la demandante en el RPM, reactivando la afiliación en el RPM sin solución de continuidad, y corregir la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones, y condeno en costas a Porvenir. Concedió apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: No puede declararse la nulidad del traslado, pues los fondos privados demandados cumplieron con el deber de información, y el no llenar las expectativas pensionales de la demandante no es causal para anular esos traslados; además a la demandante le faltan menos de diez años para llegar a la edad pensional, y la ley 797 de 2003 prohíbe los traslados en esas condiciones.

PORVENIR: Solicita revocar la decisión, pues la Corte Suprema ha determinado que la jurisprudencia no se puede aplicar de la misma manera, sino estudiando cada caso en particular. Lo que no se dio en este caso, pues la demandante realizó válidamente el traslado a Porvenir, de forma libre y voluntaria, e informada, todo conforme a la legislación vigente en ese momento. En el interrogatorio la demandante manifestó que era abogada y que sabía cuáles eran los requisitos para cambiar de régimen. Igualmente en cuanto a los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y las pólizas de seguros previsionales, no deben ser devueltos pues ya cumplieron su función. Y se daría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. No existen presupuestos facticos ni jurídicos para declarar la ineficacia, pues la afiliada estuvo durante muchos años en varios fondos en los que se trasladó de manera voluntaria y libre. Igualmente la indexación de los valores que se ordena devolver no es procedente, porque se está ordenando devolver los rendimientos y sería una doble sanción.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **CLAUDIA YANETH MATEUS GUTIERREZ** el día 12 de agosto de 1996, al igual que los traslados horizontales efectuados; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, Y AFP Protección SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 12 de agosto de 1996; en octubre 19 de 1998 se trasladó a Colpatria; el 23 de abril de 1999 se trasladó a Porvenir; el 13 de junio de 2000 se trasladó a ING; el 10 de enero de 2002 se trasladó a Horizonte; y el 1 de enero de 2014 se trasladó a Porvenir (folio 58 contestación Porvenir).

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de

unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por

medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

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

financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aportó: formulario de afiliación a Porvenir, Horizonte y Colpatria, historia laboral, relación de movimientos, certificado de afiliación, comunicado 11 años, bono. Historia laboral bono, SIAFP, documento de viabilidad, comunicado de prensa, concepto SIF2019. AFP PROTECCION: formulario afiliación a Santander, SIAFP, certificado de aportes, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de agosto de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado agosto 12 de 1996, la demandante tenía 202 semanas (f.86 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 22 años (nació el 18 de abril de 1972 f.80 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.284 semanas, (f.86 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 12 de agosto de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A., Y AFP PROTECCION SA, tampoco logran acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenían para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, **los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.**”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de

pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Del mismo modo, en cuanto a la solicitud de la apelante en cuanto a la exoneración de la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante en este caso AFP PORVENIR SA, Y AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

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

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante AFP Porvenir SA. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaró voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Claudia Yaneth Mateus Gutiérrez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**040-2021-00128-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
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: **dbc5b163a6c9dbf19b0b51a16e44976aaf2117bb9507cd6ad33482afa49f6f9f**

Documento generado en 24/08/2023 09:18:55 AM

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