brindar la administradora al momento de la afiliación, quedó claro en el presente que no se le suministró comparativo alguno de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, pues su asesoría se limitó a indicarle dos ventajas del RAIS, como son la pensión anticipada y que sus aportes serían depositados en una cuenta de ahorro individual a su nombre.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna.* ***Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***
>
> *(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las*

autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente también en sus alegaciones, la afirmación superficial contenida en el formulario de afiliación visible a folio 131 del plenario, no resulta suficiente a efectos de tener como brindada en forma idónea la información al aquí demandante por parte de Colfondos S.A., pues no demostró que esta afirmación fuera cierta, en el entendido que se itera, no allegó prueba alguna distinta a dicho formulario que permitiera concluir que sus asesores hubieran dado cabal cumplimiento de su deber legal de suministrar la información en los términos señalados en precedencia al actor.

Ahora bien, el hecho de que el demandante, no se hubiere trasladado, dentro de los 10 años previos a cumplir la edad pensional, o durante el año de gracia concedido por el Decreto 3800 de 2003, no le impide impetrar la acción judicial tendiente a lograr tal fin, a efectos de que en el trascurso del debate judicial, se verifique si la administradora pensional cumplió con el deber de información bajo estudio y si bien, como acertadamente lo manifiesta la recurrente, no era obligación de la administradora pensional a la que se trasladó ponerle de presente al actor proyecciones pensionales que podían resultar prematuras al momento del traslado de régimen, lo cierto es que tampoco suministro la demás información, conforme su obligación legal que le fuera impuesta desde su creación mediante la Ley 100 de 1993.

De otra parte, la afiliación al RAIS de la demandante, no se convalida por el hecho de que haya permanecido en dicho régimen, pues desde la fecha de su afiliación, dicho traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto, para tener por convalidada su afiliación.

Tampoco resulta de recibo el argumento de la entidad recurrente, según el cual, sólo quienes tuvieran 750 de cotización podrían trasladarse de régimen; dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean

beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

> *"(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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".*

De tal manera y contrario a lo afirmado por la demandada, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS, estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente que dicho deber de información no se cumplió.

Por último el retorno del actor al RPM, no conlleva la descapitalización de este, por cuanto el retorno de la demandante a dicho régimen implica igualmente el traslado de lo aportado por esta en el RAIS, que se concreta en las sumas de dinero tendientes a financiar las prestaciones propias del régimen general de pensiones.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues la Administradora de Pensiones demandada, COLFONDOS S.A., a la que se trasladó el actor, no demostró cómo le correspondía que manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado, al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **MODIFICAR** la decisión proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A., además de efectuar el traslado de las cotizaciones efectuadas por el demandante y sus rendimientos financieros, también debe realizar el traslado de los gastos de

administración pues igualmente, tal cuestión fue reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento a que se hizo alusión en apartes anteriores, radicado No. 54814 del 11 de noviembre de 2018.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de decisión proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A., además de efectuar el traslado de las cotizaciones efectuadas y rendimientos financieros, traslade los gastos de administración, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(salva voto parcial respecto de la declaratoria para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JULIO ALEXANDER ROMERO ZABALA VS ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS. RAD N° 21-2017-112-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **JULIO ALEXANDER ROMERO ZABALA**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS y solidariamente en contra de DON JEDIONDO SOPITAS Y PARILLA SAS** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, reclama el pago de prestaciones, vacaciones, indemnización por despido injusto y sanciones moratorias. (fls 3 al 6).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta el demandante que el 16 de abril de 2013, se suscribió un contrato de trabajo por obra o labor, para desempeñar el cargo de conductor en las instalaciones y bajo las ordenes de DON JEDIONDO SOPITAS Y PARILLA SAS, que como salario se pactó la suma de $ 589.500, que la labor fue desempeñada atendiendo las instrucciones del empleador, que no le fue suministrada la dotación, que la relación laboral se

mantuvo por nueve meses hasta que con fecha 26 de enero de 2014, la empresa decidió dar por terminado de manera unilateral, aduciendo justa causa, abandono por parte del demandante, por el solo hecho de reclamar los viáticos derivados del desarrollo de su actividad laboral, que le adeuda salarios, prestaciones y demás derechos adquiridos.(fls 3 al 6).

Posteriormente fue vinculada como litisconsorte necesario a **YAMILE DIAZ PASUY.**

Las demandas contestaron la demanda así:

DON JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA SAS, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y afirmando que la beneficiaria de los servicios era una persona natural. En cuanto a los hechos los negó en su totalidad, asegurando que nunca ha suscrito ningún compromiso de orden comercial y /o civil con la organización HUMAN CAPITAL SAS, entidad que es el verdadero empleador del demandante. Agrega que las afirmaciones de la parte actora son temerarias. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad de un tercero predicada por la parte demandante, buena fe, prescripción, falta de causa y genérica. (fls 56 a 74).

ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, afirmando que la verdadera usuaria es la señora **YAMILE DIAZ PASUY.** En cuanto a los hechos aceptó el segundo y parcialmente el primero, séptimo y octavo, negó los demás. Señaló que el demandante era trabajador en misión, pero en favor de la persona natural antes señalada, nunca en favor de la empresa de la que se reclama solidaridad. Propuso las excepciones de falta de integración de litisconsorcio necesario por pasiva, prescripción, falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido, y genérica. (fls 130 a 136).

YAMILE DIAZ PASUY, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, afirmando que tuvo un contrato con la **ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS,** quien le suministró un trabajador para conducir el vehículo de su propiedad. En cuanto a los hechos los negó en su totalidad afirmando que se cumplió con todos los pagos. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad de la empresa beneficiaria predicada por la parte actora, buena fe, prescripción, falta de causa y genérica. (fls 153 a 170).

Tramitada la primera instancia, la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintinueve (29) de abril de 2019, por la que resolvió **DECLARAR** que entre el demandante y la **ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS** existió un contrato por obra o labor que inició el 16 de abril de 2013 hasta el 26 de enero de 2014. **DECLARAR** probadas las excepciones propuestas por **DON JEDIONDO SOPITAS Y PARILLAS SAS**, denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad de un tercero predicada por la parte demandante. **DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por **ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS** y por la vinculada **YAMILE DIAZ PASUY**. ABSOLVIÓ de las pretensiones y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

Para llegar a esa conclusión afirmó la Juez: "… *Se tiene en el presente asunto, que el señor Julio Alexander Romero Zabala solicita que se declare que entre este y la organización Human Capital SAS y solidariamente con Don JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA existió un contrato de trabajo el cual terminó por justa causa imputable al empleador, como se comenta se solicita pagos y cesantías, primas legales, vacaciones, indemnización de despidos sin justa causa, la condena solidaria de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, así como las costas de proceso.*

Se sustentan estas pretensiones en los hechos que dan cuenta en la demanda a folio 3 del expediente. Una vez se admite la demanda contra la ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS y solidariamente contra DON JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA como consta a folio 42, se notifica, contestan a través de apoderado judicial como se observa a folio 130 a 136 y 56 a 74 respectivamente, posteriormente y mediante a auto se tiene por contestada la demanda por parte de DON JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA SAS y la ORGANIZACIÓN HUMAN

CAPITAL SAS, así mismo se vincula a YAMILE DÍAZ, quien se notifica y contesta como obra a folio 153 a 170 del expediente.

Se encuentran reunidos los presupuestos procesales para emitir una decisión, una sentencia de fondo así mismo se observa que no existe una causal de nulidad que pudiera invalidar lo actuado.

El Problema jurídico se centrará inicialmente a determinar la existencia de la relación laboral entre el aquí demandante y ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS y de manera solidaria con Don JEDIONDO SOPAS Y PARRILLAS SAS, principalmente si tiene derecho al pago de prestaciones sociales, indemnización por despido sin justa causa, así como la indemnización moratoria por parte de la ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS y Don JEDIONDO SOPAS Y PARRILLAS, así mismo se deberá establecer las responsabilidad que le pueda asistir a señora Yamile Díaz en el presente asunto.

En el primer punto que debe resolver este despacho corresponde a determinar la existencia del contrato de trabajo presente entre el demandante con la empresa de servicios temporales ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS, relación laboral que se encuentra acreditada con el contrato de trabajo visible a folios 14 a 16, 75 a 77, 139 a 141, 171 a 173 vale acotar que estos últimos documentales son la réplica de las contenidas en el folio 14 a 16 y el cual da cuenta a esta documental, que el actor fue contratado como trabajador en misión por la organización Human Capital SAS para la usuaria Yamile Díaz desde el 16 de Abril de 2013, frente al extremo final, afirma el actor que la relación laboral finalizó en 26 de enero del 2014, por lo que allega a folio 18 y 19 del expediente una comunicación emitida por el departamento de recursos humanos de la ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL SAS con fecha 27 de enero de 2013, no obstante dentro de su contenido hace mención a situaciones que giraban en torno al 28 de Enero de 2014, por lo que se extrae que en efecto en la documental que obra a folio 89 y 180 del expediente y del que se registra como fecha de retiro del trabajo el 26 de enero de 2014.

Conforme a lo expuesto se trae a colación ***la declaración efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte en el cual relata que las órdenes impartidas eran de carácter por parte de la señora Yamile Díaz, así como la declaración del señor Jorge Prieto esposo de la aquí demandada YAMILE DÍAZ en el que confirmó que en algunas oportunidades la señora YAMILE DIAZ ella daba las órdenes,*** *apenas acorde con la forma de contratación del trabajador, pues es sabido que el objeto de las empresas de servicios temporales consiste en suministrar personal para ejercer labores propias del objeto social de la empresa de la usuaria, en este caso de la señora YAMILE DÍAZ a la cual se le delega indiscutiblemente esta subordinación, por tanto esto es concordante con lo que dice el aquí demandante en un interrogatorio que* ***quien ejercía las órdenes era YAMILE DÍAZ siendo consonante la forma de contratación a través de una empresa de servicios temporales, por lo anterior y sin que se requiera mayor consideración sobre la particular es claro que la demandada impartió directrices en calidad de empresa usuaria, esto la señora Yamile Díaz.***

Ahora bien en cuanto a la pretensión de declarar una relación laboral con Don JEDIONDO SOPAS Y PARRILLA SAS, está escrito en la demanda que dicha se redujo respecto a la ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS, que aunque su pretensión no es clara extrae el despacho que lo que busca es una especie de contrato realidad con Don JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA SAS, no obstante lo anterior, ***se tiene que indicar que en este asunto, no probó que había prestado sus servicios directamente para esta empresa Don JEDIONDO pues nótese como en el interrogatorio de parte indicó que había firmado el contrato, en las instalaciones de Don JEDIONDO, que las órdenes las recibía por Jorge Prieto, esposo de la demandada Yamile Díaz,*** *que se enteró que su empleador era HUMAN CAPITAL cuando fue a un servicio de salud, que cargaba las mercancías de alimentos tanto para la PONDEROSA como para Don JEDIONDO, por su parte el testigo Jorge Jaime Prieto quien en su declaración manifestó ser el esposo de Yamile Diaz y que el actor prestó servicios para ella a través de HUMAN CAPITAL desde Enero de 2013 hasta Diciembre de 2014, que cargaba la mercancía tanto de Don JEDIONDO como de la PONDEROSA, que él era el encargado de la venta y la administración de vehículos, entrega y condiciones.*

En este orden para el Despacho es claro conforme a la sentencia de la corte suprema de Justicia número 36549 del 05 de Agosto de 2009 posición que reiteró SL 378 de 2018 de Abril 25, que corresponde al demandante probar la prestación personal de servicio y que opera a favor de ella la presunción de contrato de trabajo, de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del trabajo, lo que en este caso se evidencia que no ocurrió respecto a Don JEDIONDO SOPAS Y PARRILLA SAS, así como brilla por su ausencia prueba testimonial documental o de cualquier otra índole que diera cuenta de circunstancias de tiempo, modo, lugar en el que aduce el actor, ejecutó la labor contratada a favor de Don JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA SAS contradiciendo así lo dispuesto en el artículo 54 del Código Sustantivo del trabajo que enseña que la existencia y condiciones del trabajo deben ser acreditadas por los medios probatorios ordinarios pues lo único que se logra extraer del testimonio del señor Jaime Prieto es que él se encargaba de realizar el transporte de alimentos tanto para la entidad demandada, esto es Don JEDIONDO como para LA PONDEROSA, por lo que ésta sola situación no logra concluir que en efecto el actor prestó directamente sus servicios y fue contratado por Don JEDIONDO, es de acotar que la carga probatoria se ha ocupado la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema De Justicia, al precisar que no debe creerse que todo aquel que pretende alegar judicialmente contrato laboral como fuente de derecho o causa de obligaciones a su favor nada tiene que aprobar y le basta afirmar que la prestación de un servicio para que se confirme la relación de trabajo, pues esta consecuencia forzosamente tiene como base la existencia de un hecho cierto como alimento esencial de la clase de relaciones, sin el cual no es posible arribar a esta conclusión tras el caso de la prestación personal de servicio que no es más que la ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuaba dependiente y remunerado a favor de quien se reputa empleador pudiendo consultar así en la Sentencia No. 14850 de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, situación que no probó

el aquí demandante respecto a Don JEDIONDO pues tal y como se indicó en precedencia la subordinación la impartió la señora Yamile Diaz, órdenes que daba el señor Jaime Prieto en condición de delegado, así como la señora Yamile Díaz ya que era el administrador de los vehículos quien se encontraba contratado, el aquí demandante, por la empresa de servicios HUMAN CAPITAL SAS y como lo declaró en este estrado judicial y como se corrobora a folio 82 del expediente en que efecto que la nómina la cancelaba la organización Human Capital, que el salario también, que le daba directrices la señora Yamile Díaz en calidad de empresa usuaria, y que el salario se lo daba la ORGANIZACION HUMAN CAPITAL, estas circunstancias fueron expresadas por el actor en su interrogatorio.

Por lo anteriormente expuesto y conforme a las pruebas recaudadas en el proceso, ***se concluye que en efecto los servicios los prestó para la empresa usuaria y que fue contratado por la ORGANIZACIÓN HUMAN CAPITAL como trabajador en misión por lo que se declara que en la parte resolutiva de esta sentencia que entre el señor Julio Alexander Romero y la ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS existió un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra entre el 16 de Abril de 2013 hasta el 26 de Enero de 2014,*** *sin que pueda hablarse que existe una solidaridad respecto a Don JEDIONDO y frente a una existencia de relación laboral conforme a lo dicho se declara probado la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, propuestas por la pasiva Don JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA SAS.*

Así las cosas y previo a resolver las pretensiones de carácter condenatorio se debe estudiar por economía procesal la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada ORGANIZACION HUMAN CAPITAL SAS, por lo anterior el despacho trae a colación las premisas normativas y jurisprudenciales que traen en torno al fenómeno prospectivo de la legislación en el área laboral, se tiene entonces que el artículo 488 habla de término de la prescripción, el cual también es replicado en el artículo 151 del código procesal del trabajo y la seguridad social y sale también en el artículo 489 del Código Sustantivo del trabajo, de la interrupción donde se señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador acerca a un derecho previamente determinado interrumpe la prescripción por una sola vez la cual empezará nuevamente a contarse a partir de este reclamo y por un lapso igual, conforme a los preceptos normativos traídos a coalición y que giran en torno al fenómeno de la prescripción, ***se tiene que frente a las actuaciones y frente a este proceso no existe en el paginario prueba alguna que demuestre que los términos fueran interrumpidos de manera extrajudicial eso es con la reclamación presentada por el demandante a los demandados, pues desde que se venció el vínculo laboral, esto es, el 26 de enero del 2014 no se realizó ninguna solicitud por el demandante*** *pretendiendo reclamar los dineros que se solicitan, pues bien si obra a folio 20 del expediente citación radicado número 5441697106867 dirigido al demandante en el que implica que lo citaban a audiencia de conciliación laboral el 08 de Abril de 2014 y registra como Adriana Álvarez Ramírez quien cumple como*

representante legal de la entidad Human Capital SAS como se logra extraer del certificado que obra a folio 7 a 13 del expediente, ***lo cierto es que en dicho documento no prueba que en este efecto la referida organización haya recibido la citación*** *demandada que permitiera hacer un estudio más extenso frente a la existencia o no de dicha diligencia de conciliación, por demás, en el interrogatorio de parte el demandante hace alusión a esta situación, sin indicar si las partes asistieron o no la audiencia programada por el Ministerio de Trabajo,* ***lo único que se logra extraer de la constancia, es que la citación no fue dirigida directamente a la persona jurídica por lo que no interrumpió el término prescriptivo,*** *así mismo y conforme a los hecho conferidos en el mandatorio ninguna situación fáctica expuesta puso presente lo referente a la citación de conciliación ya que frente a la inasistencia de Human Capital hubiera permitido hacer un estudio más a fondo de la situación en el plenario, de acuerdo con lo expuesto****,*** ***tiene que los derechos del actor se hicieron exigibles el 27 de enero de 2014, a efectos de cortar el término de la prescripción por lo que esta fecha y la fecha de presentación de la demanda según acta de reparto, fue el 28 de febrero de 2017 como lee a folio 21 del paginario, es decir, transcurrieron más de los tres años de que habla las normas laborales, por lo anterior, debe declararse probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas HUMAN CAPITAL SAS y YAMILE DÍAZ y se revelara el despacho del estudio de los demás medios....”***

La sentencia no fue apelada por lo que se estudiará en CONSULTA.

CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala es que las fechas de la vinculación indiscutiblemente son las declaradas por la Juez, así como la persona jurídica con la que se suscribió el contrato, de ello hay suficiente prueba, no solo documental, sino de confesión, pues el demandante aceptó que firmó el contrato con la organización HUMAN CAPITAL SAS, aunque dice que se enteró de ello, cuando acudió a un servicio médico, manifestación que riñe con la suscripción del contrato que aparece a folios 14 al 16, contrato de trabajo por obra o labor entre el demandante y esta persona jurídica, siendo la usuaria una persona natural, esto es YAMILE DIAZ PASUY, en el cargo de conductor y por un incremento en la producción.

Ni una prueba existe en el expediente de prestación de servicios en favor de la persona jurídica de la cual se solicita solidaridad esto es

DON JEDIONDO SOPITAS Y PARRILLA SAS, no era la empresa usuaria y nada diferente a las manifestaciones del demandante, acreditan prestación de servicios a esa persona jurídica, por tanto, no se dan los requisitos para el estudio de la solidaridad, con fundamento en ser esta la usuaria de un servicio contratado a través de una empresa de servicios temporales. Recordemos que eso fue lo incoado en la demanda una responsabilidad solidaria, apoyada en haber prestado servicios bajo las ordenes de esta persona jurídica y para ella, cuando lo acreditado se insiste, fue que se prestaron a una persona natural, esto es la señora YAMILE DIAZ PASUY.

Lo anterior basta para confirmar lo resuelto por la Juez de instancia, al respecto, así como también, lo decidido en cuanto a la excepción de prescripción.

Cierto es que el contrato terminó el 26 de enero de 2014, dicha fecha fue la indicada en la demanda, obrando prueba documental que la corrobora, entre otras la aportada por la parte actora, visible a folios 18 y 19, esto es comunicación de recursos humanos de la organización HUMAN CAPITAL SAS, en la que se da fe de la citación para terminación del contrato.

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

Es clara así la ley en cuanto a la prescripción de las acciones que emanen de leyes sociales, señalando específicamente el art. 151 del C.P.T y S.S que:

> *"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.* ***El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado,***

> ***interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual".***

En cuanto a la interrupción de la prescripción, esta ocurre de dos formas: i) extraprocesalmente mediante **la reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados** y ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, aplicable por remisión expresa del art 145 del C P del T y de la S.S.

Conforme a lo anotado, tenemos que el trabajador cuenta con 3 años desde la fecha de exigibilidad de sus derechos para reclamarlos, y este término puede ser interrumpido por él de dos maneras: **- mediante reclamo escrito recibido por el empleador o,** - mediante la presentación de una demanda con la que se reclamen aquellos; **pero por una sola vez.**

Este punto, es decir el que solo pueda interrumpirse por una sola vez, fue tratado por la H. Corte constitucional, con ocasión del estudio sobre la exequibilidad de la parte del art. 489 del C.S.T. relacionada con la expresión "por una sola vez", precisando:

> *"… Los fundamentos para establecer la prescripción de los derechos laborales y las reglas en torno a la interrupción de la misma se encuentran referidos a la función del estado para con la sociedad, pues, en aras de garantizar la vigencia y efectividad del principio de la seguridad jurídica, la organización estatal debe impedir la existencia de conflictos que perduren, al igual que establecer los mecanismos idóneos para lograr la solución pacífica de los conflictos entre patronos y trabajadores…" (Sent. C-412, 28-08-97).*

En el caso que hoy nos ocupa, se itera, en manera alguna puede desconocerse que el fenómeno prescriptivo está presente, pues al terminar el contrato el 26 de enero de 2014, el plazo para iniciar la

acción vencía en enero de 2017, siendo presentada la demanda el 28 de febrero de 2017, sin que pueda tenerse la reclamación ante el Ministerio como aquella que puede interrumpir la prescripción; toda vez que si bien es cierto estas podrían interrumpir la prescripción, ello solo sucedería **si se cumple con lo establecido en la norma, esto es que el empleador conozca los derechos reclamados, en forma determinada como lo exige el artículo** y la documental que aparece a folio 20 como citación, solo certifica una solicitud de conciliación de fecha 27 de febrero de 2014 a un empleador denominado ADRIANA ALVAREZ RAMIREZ, sin firma de inspector alguno y a pesar de que esta persona fungía como representante legal de la demandada HUMAN CAPITAL SAS, no hay prueba de que esta solicitud del actor hubiese sido recibida por esta persona jurídica, es decir no hay prueba de que la demandada conociera los derechos reclamados, con la precisión que exige la norma para interrumpir se itera la prescripción, tal y como acertadamente encontró la Juez.

Comparte esta Sala entonces, la decisión de la Juez de primera instancia, pues siendo presentada la demanda el 28 de febrero de 2017, (fl 41), es evidente que ya había transcurrido el tiempo previsto en la norma para que operara el fenómeno extintivo; (recordemos que el contrato terminó el 26 de enero de 2014); por lo que no quedaba otro camino diferente al de declarar probada la excepción.

En este orden de ideas, forzoso es concluir en la confirmación de la decisión de primera instancia que se revisa en grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en este grado de jurisdicción

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E SU E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia revisada en grado jurisdiccional de **CONSULTA.**

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S.S.

Los Magistrados

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21 2017 545 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: FLORALBA FRANCO ARIAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 2 de agosto de 2019, por la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora FLORALBA FRANCO ARIAS por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que fue la nulidad del traslado de régimen pensional efectuada a PROTECCIÓN S.A. ante la omisión de ese fondo del deber de información. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. entidad que en la actualidad posee sus cotizaciones a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones con todos los rendimientos que se hubiesen causado y a esta última entidad a recibir los mismos. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (fls. 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 16 de agosto de 1981 hasta el 28 de febrero de 1995.
- Que a inicios del año 1995 los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A. motivaron el cambio de régimen, bajo un acoso sistemático ofreciéndole beneficios superiores a los que supuestamente podía obtener en el régimen de prima media y asegurando la obtención de una mesada pensional superior a la que recibiría si continuaba en el régimen de prima media.
- Que fue engañada y asaltada en su buena fe, no solamente por parte de información, sino porque en ningún momento se le indicó lo que perdería.
- Que la AFP PROTECCIÓN S.A., es la que tiene la cargo de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecer a la actora la información pertinente, veraz y oportuna respecto del cambio de régimen.
- Que realizó aportes a PROTECCIÓN S.A. desde el 1 de abril de 1995 y hasta el 30 de junio de 1998.

- Que se trasladó a PORVENIR S.A el 30 de mayo de 1998 y hasta el 28 de febrero de 2017, por lo que en la actualidad cuenta con más de 1900 semanas de cotización.
- Que realizando una simulación en ambos regímenes pensionales se puede evidenciar que le sería más favorable, contrario a lo señalado por la AFP al momento de la afiliación, la realizada en el régimen de prima media con prestación definida. (fl.- 6-7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 6, 12, 13, 17 y 18, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buna fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones. (fl. 93 – 102)

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 12 a 15, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada. (fl.- 104 - 111).

Finalmente la demanda, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 6, 10, 12 y 13. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos. (fl.- 142 - 162).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor, condenó a PROTECCIÓN S.A. y condenó a PORVENIR S.A. a trasferir la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez y sobrevivencia y ordenó a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los dineros entregados y reactivar la afiliación de la actora. (fl.- 208 - 209).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis Ahora bien el asunto se encuentra que conforme a los certificados de información laboral que están a folio 25 del expediente, la demandante Flor Alba Franco Arias estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través de CAJANAL desde el 16 de agosto de 1981, como se observa en la documental que está a folio 25, por otra parte se llena un formulario de vinculación con protección con fecha 1 de febrero del 1995.

Igualmente, el formulario de traslado ya entre la administradora del régimen de ahorro individual de PROTECCIÓN a PORVENIR de fecha 30 de mayo de 1998 el que está a folio 113. También se aporta a la documental de ASOFONDOS donde se establece que la demandante se trasladaba del régimen de ahorro individual prestado por en ese momento a través del fondo de PROTECCIÓN del 1 de enero de 1995 con fecha de efectividad el 1 de marzo de esa misma anualidad, igualmente en esa misma documental se observa que el traslado de Protección a HORIZONTE se da el 30 de mayo de 1998 con fecha de efectividad 1 de julio de 1998.

Posteriormente en ese momento fue absorbida por parte de PORVENIR y en este momento se encuentra la actora en PORVENIR. Entonces es preciso indicar en primera medida que conforme a lo estipulado en el artículo 52 de la ley 100 del 93 estableció que Colpensiones será el administrador general de régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas fondos o entidades de previsión público-privadas cumplirán dicha función

únicamente respecto a sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran, la misma regla se retira en el decreto 692 del 94 artículo 34 que señaló que el régimen solidaridad de prima media con prestación definida sería administrada por instituto de seguros sociales así como por las cajas o fondo de entidades de previsión social existentes a el 31 de marzo de 1994 mientras subsistieran, pero estas últimas solo en relación con las personas que a partir del 31 de marzo del 94 estuvieran afiliadas, no pudiendo en consecuencia recibir nuevos afiliados o cotizantes, ahora respecto a las cajas y entidades de administración de pensiones del nivel departamental o municipal, la posibilidad de nuevos afiliados se extendió hasta el momento que lo señala el respectivo alcalde gobernador y el 30 de junio 95 la posibilidad de conocer pensiones quedo limitada por el hecho de que el régimen de prima media con prestación definida quedaba a cargo de COLPENSIONES. Por ello a partir del Decreto 813 del 94 Colpensiones adquiere la competencia para pensionar a los afiliados a los fondos de prevención.

Ahora bien, en cuanto al deber de información, señaló que las administradoras no se pueden relevar de dar la información en el momento que se debió dar, esto es, de manera oportuna, en tal sentido concluyó que protección no brindó la información necesaria, en los términos debidos y por tanto procede la declaratoria de la ineficacia del traslado, ya que no allegó prueba alguna que evidencie la información que le brindó a la actora.

Indicó que el deber de información debe estar presente no solamente para un grupo de personas, porque sería un actuar discriminatorio por lo que no es necesario contar con una suerte expectativa pensional o derecho causado para que sean aplicables las reglas de la jurisprudencia en este tema.

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada PORVENIR, indicó:

"Señoría manera respetuosa me permito interponer recurso apelación contra la decisión emitida por el despacho considerando los siguientes aspectos sí ése tiene como presente la jurisprudencia que ha mandado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al consentimiento informado, el deber de información frente a estos asuntos de nulidad ineficacia del traslado no hay que desconocer sé cómo bien lo hizo el fallador de primera instancia la prohibición legal que establece el artículo 2 de la ley 797 del 2003, el cual desde un criterio constitucional debe ser visto de una manera prevalente, antes del criterio auxiliar que emanan de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en esos términos el legislador para el año 2003 previó esta prohibición legal con intención propia y era no generar una descapitalización del régimen pensional para el caso del régimen de prima media y una intención del principio de sostenibilidad financiera del régimen de ahorro individual, situación qué viendo los intereses de carácter constitucional, avaló y declaró exequible la corte constitucional, emanando esos intereses de aspecto general, en esos términos es visto desde un foco particular, el caso de la demandante en el cual nos está viendo las influencias son las consecuencias tanto desde un aspecto jurídico dentro de una seguridad jurídica que emana el establecimiento de una prohibición legal que presenta el legislador y avala la corte constitucional y en un segundo aspecto el impacto económico que este tipo de procesos emanan al sistema general de pensiones el régimen de pensiones eso por un aspecto, por otro aspecto el análisis realizado al artículo 167 del código general del proceso pues este apoderado se aparta frente a la interpretación de que una negación indefinida lleve a que se realice el traslado de la carga dinámica de la prueba a mi representada, consideró más oportuno la interpretación basada a que si bien el juzgador en cualquier proceso judicial tiene la autoridad de atribuirle a la parte procesal la carga de la prueba se basa evidentemente frente a que esta parte procesal tenga los medios probatorios a su disposición o tenga la facilidad de probar un hecho dentro el presente caso y como bien manifestó el representante legal en su interrogatorio de parte la constancia o una prueba documental que existe al momento del traslado de la demandante es el formulario de vinculación, la información fue de carácter verbal por ende este tipo de procesos se vuelve casi que imposible probar la información completa que se le dio a la demandante en este caso frente a qué estamos hablando de afiliaciones donde en su momento no había un exigencia legal dejar por escrito

esta asesoría frente a que fueron ocurridas hace más de 20 años y que evidentemente se ha visto ese formulario de vinculación no como un medio probatorio sino como un formato preimpreso situación que no puede dejar de desconocerse pues no puede aplicarse una línea jurisprudencial de manera tajante cuando los casos particulares son individuales y en el mismo interrogatorio la demandante concreto situaciones que conllevaron fue a concluir por medio de qué durante este tiempo vinculación el régimen de ahorro individual se basó más a un descuido frente a su situación pensional, frente a su situación pensión al frente a situaciones particulares como la carga laboral que ostentaba, en esos términos no puede indicar ni representa una falta de información cuando como bien lo indicó el fallador de primera instancia existe ya obligaciones y deberes a los afiliados con ese deber de autoprotección y autocuidado que evidentemente quedó probado frente a la inconformidad de la demandante, frente a su mesada pensional acaeció fue a un descuido frente a su situación pensional en esos términos y como último materia de apelación considero desde un aspecto ilegal la condena mi representada los a la evolución de rendimientos financieros y gastos de administración, bien cuando la ley de 100 de 1993 declaró la existencia y avalado por la corte constitucional del régimen de ahorro individual con una serie de características diferentes al régimen de prima media, autorizándola evidentemente para hacer un unos cobros frente a la administración de sus recursos y frente a la generación de rendimientos financieros en las cuentas de ahorro individual de los afiliados en este caso de la demandante Por ende hacer una devolución de estos rendimientos y gastos de administración desconoce criterios de carácter legal y constitucional que en su momento fueron facultados al régimen de ahorro individual por los anteriores argumentos solicitó al Tribunal se revoquen es integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar se absorba mi representada de todas y cada una de las pretensiones gracias."

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

"Gracias señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso apelación ante el Honorable Tribunal Superior Distrito Judicial en su Sala Laboral con el fin de que revoque en su integridad la sentencia proferida por este Despacho teniendo en cuenta las siguientes consideraciones lo primero a resaltar es que la demandante de manera libre y voluntaria suscribe el

formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN en el año 1995 y lo anterior al uso de lo que prevé el artículo 11 del decreto 692 de 1994 implica la aceptación de las condiciones propias del régimen que en ese momento está seleccionando que en este caso sería el régimen de ahorro individual con solidaridad aunado a la anterior me apartó de las consideraciones esbozadas por el juzgado de primera instancia respecto a la declaratoria ineficacia del traslado toda vez que dentro del presente proceso si se pudo confirmar que la demandante efectivamente fue informada de las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad describe características propias de este régimen pensional tales como la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, la posibilidad de la evolución de sus aportes por lo tanto no desconocía las consecuencias o las características, condiciones del régimen de ahorro individual al momento de efectuar el traslado aunado al hecho de que como tal la ley 100 de 1993 no trae consigo ventajas o desventajas de uno otro régimen pensional sino características propias del dentro del presente proceso se puede extraer que esas características Si fueron explicadas al aquí demandante adicionalmente para es apoderada resulta contradictorio que manifieste la aquí demandante que no fue informada respecto o no fue suficientemente informada especial se suscriba el formulario afiliación con la AFP PROTECCIÓN en el año 95 y posteriormente suscriban un nuevo formulario afiliación con la AFP PORVENIR esta actitud resulta ser contraria a la una persona que ha sido engañada o no ha sido suficientemente informada, con ese traslado horizontal que realice la administradora lo único que está haciendo es ratificar su voluntad de querer continúa afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad adicionalmente es importante precisar que si bien es cierto la AFP contado con la obligación de brindar la información a la que mandarte la misma también como potencial afiliada o como consumidora financiera también cuenta con unas obligaciones como la de informarse al respecto de las condiciones del contrato que suscribir y a con mencionar a AFP máxime si se tiene en cuenta que la legislación le otorgado herramientas financieras tal como lo es la posibilidad de retractarse dentro de los cinco días posteriores a la firma de la suscripción del formulario de afiliación derecho al que no hizo uso la aquí demandante, también solicitó a los Honorables Magistrados tener en cuenta que la demandada momento del traslado lo contaba con una expectativa legítima de pensión, no tenía un derecho consolidado que se pudiera ver perjudicado al momento de efectuar el traslado respecto de la aplicabilidad de la sentencia de la Corte Suprema

de Justicia que solicitó que no puede ser tenida en cuenta dentro del presente proceso porque esa decisión sería en fue retomada por 5 magistrados de los cuales uno estaba impedido y dos presentaron sendos salvamentos de Voto manifestando que cada caso se debe estudiar de manera particular y lo general el presente caso tenían que estudiar de una manera particular teniendo en cuenta la idoneidad académica de la equidad y la vinculación laboral que ostenta actualmente y al momento del traslado esto se manifestó por el H. Magistrado de Tribunal Superior Distrito judicial, en la sentencia radicada bajo el número 20 2017 296 del 24 de julio de esta anualidad, en los anteriores términos dejó sustentado mi recurso de apelación solicitando los honorables magistrados revocar en su integridad la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia y Asimismo estudiar en grado jurisdiccional de consulta respecto de los puntos que no fueron apelados y pueden perjudicar a COLPENSIONES muchas gracias."

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, procede la Sala al estudio de los recursos interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora FLORALBA FRANCO ARIAS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PROTECCIÓN S.A., en el 1 de febrero de 1995 y su posterior traslado de AFP a PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde

indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado*

después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que el fallador de primer grado, si efectuó un completo estudio del expediente y es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este

caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual y probar en el presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Ahora bien, en cuanto a la entidad a la que debe retornar la actora y realizado un nuevo estudio de este temase encuentra que en la actualidad no hacen distinción en relación a la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, de la cual proviene el afiliado, hasta el momento de su traslado, por lo que se recoge cualquier postura de la ponente que en contrario se hubiere proferido con anterioridad, puesto que bajo los actuales precedentes y bajo la figura de la ineficacia del acto jurídico, que es la que se declara en la sentencia en estudio, y es la que últimamente fue decantada por los precedentes de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en relación con el traslado de la demandante desde el Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por lo cual, resulta inane que la afiliada no hubiere estado con anterioridad en COLPENSIONES o en su momento en el I.S.S., puesto que, retornando los hechos al estado anterior al traslado de régimen, es necesario señalar que en la actualidad el régimen de prima media, únicamente se encuentra a cargo de COLPENSIONES, dada la extinción de la antigua CAJA DE NACIONAL PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) en donde inicialmente estuvo afiliada la demandante, lo cual resulta procedente bajo la figura de la ineficacia decantada en los términos explicados por la jurisprudencia del orden nacional, bajo la preceptiva del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009,

normatividad generada para la liquidación y terminación de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, sin que este actuar sea ilegal, en los términos señalados en su recurso por parte de la demandada PORVENIR, ya que así ha sido dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO
ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22-2017-592-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALBA STELLA PIÑEROS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora ALBA PIÑEROS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Porvenir S.A., la asesoró equivocadamente para afiliarse a dicha entidad, estando afiliada al ISS, como consecuencia de tal declaración, peticiona se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A., ordenándole el traslado a Colpensiones de sus aportes, para que sea esta última quien defina su derecho pensional, ordenándole igualmente aceptar su traslado.

Subsidiariamente solicita, de no declararse la nulidad o ineficacia del traslado, se ordene a Porvenir S.A., reconocer pensión en cuantía igual o equivalente de la que hubiere recibido en Colpensiones. (fl. 26).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 8 de febrero de 1962, contando con 55 años de edad para la fecha de presentación de demanda, que inició su vida laboral cotizando para el ISS y ha cotizado para el sistema pensional un total de 1583 semanas, cotizando con este último 110 semanas y 622 laboradas al sector público, afirma que el 1 de noviembre de 2000, se trasladó a Porvenir S.A., dado que la asesoría de dicho fondo, se basó en indicarle que en dicho régimen, recibiría una mesada pensional más alta que en el RPM, así como que el ISS iba a desaparecer, razón por la cual, el tiempo por ella laborado, se perdería, indica que en dicha asesoría no se realizó estudio previo de su situación pensional, tampoco se le informó sobre la posibilidad de trasladarse de que trataba la Ley 797 de 2003.

Afirma que no le señaló sobre las posibilidades en dicho régimen de efectuar ahorro voluntario, para aumentar el valor de su mesada pensional, que su ingreso base de liquidación, asciende a $4.574.736, y en el mes de junio de 2017, solicitó ante Porvenir efectuar estudio pensional, entidad que le informó mediante comunicación del 30 de agosto de 2017, que al alcanzar los 57 años, tendría una mesada pensional equivalente al salario mínimo, bajo la garantía de pensión mínima, señalándole que no tenía derecho a bono pensional, no teniendo en cuenta el tiempo por ella laborado a Ferrocarriles Nacionales ni al IDU.

Indica por último que en el RPM, le hubiera correspondido una mesada de $3.220.587, siendo la diferencia del valor en los dos regímenes muy alta, existiendo un grave perjuicio, que no coincide con las promesas hechas por Porvenir S.A., al momento de su traslado, que solicitó traslado de régimen ante Colpensiones, entidad que lo negó el 24 de agosto de 2017. (fls. 27, 28).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle los No. 1 a 3, 5, 6, 27 y 28 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (fl. 59).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 27 y 28 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas y la genérica. (fl. 107).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones efectuadas por la demandante, junto con rendimientos financieros, indicando que esta última entidad, estaba en obligación de recibirlos y ajustar la historia laboral de la actora, declaró no probada las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A. (fl.158).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que frente a la ineficacia del traslado por falta al deber de información, la Ley 100 de 1993, señalaba que la elección de régimen pensional, debía ser libre y voluntaria y el Decreto 656 de 1994, disponía que las administradoras debían prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna, toda la información del régimen pensional que eligiera el afiliado, el Decreto 663 de 1993, prescribió la obligación de brindar dicha información para lograr la transparencia en las operaciones realizadas y en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, establecía la forma de cómo orientarse el deber de información, y que si bien dicha Ley no se encontraba vigente para la fecha en que la actora decidió trasladarse al RAIS, ello no era óbice para que la administradora se entendiera relevada de dicha obligación, debiendo analizar la administradora pensional, las circunstancias pensionales previas del afiliado, a efectos de poderle brindar la opción más beneficiosa para consolidar su derecho pensional; teniéndose

entonces que con la expedición de la Ley 100, se debía garantizar la información adecuada y no ser así, acarreaba que la afiliación quedara sin efectos, pues dicha falta al deber de información, constituía una frenta a los derechos de los afiliados, imposibilitando al afiliado a obrar con una real convicción en su decisión de traslado.

Que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de antaño, había señalado en línea jurisprudencial que se debían seguir un conjunto de reglas y obligaciones que debían seguir las administradoras para considerar válido el traslado de régimen pensional, como lo eran, brindar la información en todas la etapas del proceso de afiliación, debiendo ser oportuna, veraz y suficiente, completa y comprensible, dado su nivel profesional, con prudencia, trascendiendo el simple deber de información cuando de derechos pensionales se trataba, siendo igualmente deber de la administradora, indicarle al afiliado una información ilustrada, dándole a conocer las diferentes alternativas pensionales con que contaba, trasladándose la carga de la prueba a la administradora de haber actuado conforme lo señalado y finalmente a estas les correspondía dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente las consecuencias de dicho traslado al afiliado, no convalidándose una afiliación viciada por los traslados entre administradoras del RAIS.

Indicó que estas reglas no sólo aplicaban a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes tenían una expectativa pensional legítima, pues así lo había señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, operando una inversión de la carga de la prueba al respeto en favor del afiliado; así las cosas y conforme las pruebas allegadas, se encontraba acreditado el traslado de la demandante del ISS al RAIS, encontrándose actualmente afiliada a Porvenir S.A., no siendo de recibo el argumento de esta última según el cual, dicho traslado era válido por cuanto su consentimiento fue libre y voluntario, según lo plasmado en el formulario de afiliación, no cumplía con tal efecto, pues dicha leyenda consignada en este, no era concluyente de un información adecuada y veraz en los términos señalados, siendo esa una simple expresión genérica, no acreditando Porvenir S.A., que había suministrado tal información, no extrayéndose del interrogatorio de parte señalado por la actora ninguna confesión, advirtiéndose de este que se había omitido el deber de información, debiéndose declarar la ineficacia del traslado de la demandante, transfiriendo Porvenir S.A., las cotizaciones a órdenes de Colpensiones junto con sus rendimientos, y esta última tenía el deber de recibirlos y realizar los ajustes correspondientes en la historia laboral de la actora.

En cuanto a la prescripción señaló que como quiera que el derecho pensional era imprescriptible, igual suerte corría el tema referido al traslado, pues era este el que determinaba el reconocimiento pensional, declarándose no probada esa excepción como tampoco las demás.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada Colpensiones, indicó que se debía analizar la prohibición legal que impedía retornar a la demandante al RPM, contenida en el artículo 2 de

la Ley 797 de 2003, pues al momento de solicitar el retorno al dicho régimen, esta contaba con 55 años.

Por su parte, Porvenir S.A., señaló que en la sentencia se hacía referencia a 6 puntos, que contenían obligaciones que debían ser cumplidas por la administradora, entre ellas, la información en todas las etapas del proceso, habiendo recibido la actora asesoría al momento del traslado, también una suministrada por Horizonte y esta había manifestado en interrogatorio de parte que cuando estaba ad portas de adquirir derecho pensional, había recibido otra asesoría por parte de Porvenir S.A., cumpliéndose a cabalidad con este postulado, como también con la información de las situaciones que le resultaban perjudiciales, no señalándose en la sentencia cuáles habían sido tales perjuicios que había sufrido la actora cuando se trasladó al RAIS, y el formulario de afiliación daba cuenta que la voluntad de la afiliación, había sido precedida por una debida información sobre todos los aspectos del RAIS, régimen de transición y bono pensional, habiendo recibido la demandante información sobre el RAIS y el RPM, no dándole el juzgador el valor probatorio al formulario de afiliación y siendo pertinente analizar también los actos de vocación de permanencia de la demandante al RAIS, que se denotan en sus constantes aportes a ese régimen pensional, recibiendo beneficios de este último régimen si se tiene en cuenta los rendimientos de sus aportes.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ALBA PIÑEROS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la demandada PORVENIR S.A., el 12 de octubre del año 2000, el que reposa a folio 74 del expediente.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P.

Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Caso en el cual, como bien lo señaló el juzgador de instancia, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

De las pruebas aportadas al expediente se tiene que contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a

la señora Alba Piñeros, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera, no se allegó prueba al respecto, quedando así demostrado que la demandada faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, eso al momento del traslado, pues contrario a lo manifestado por Porvenir en sus alegaciones la decisión de primer grado no exige información durante toda la etapa contractual y conforme criterios jurisprudenciales a que se alude, esta debe proporcionarse al afiliado al momento del traslado del RPM al RAIS.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara,*

cierta, comprensible y oportuna. ***Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia, se tiene que la afirmación superficial contenida en el formulario de afiliación visible a folio 74 del plenario, no resulta suficiente a efectos de tener como brindada en forma idónea la información a la aquí demandante por parte de Porvenir S.A., pues no demostró que esta afirmación fuera cierta, en el entendido que se itera, no allegó prueba alguna distinta a dicho formulario que permitiera concluir el cabal cumplimiento de su deber legal de suministrar la información en los términos señalados en precedencia a la señora Alba Piñeros, no reposando en el plenario formulario alguno suscrito por la demandante con Horizonte Pensiones y Cesantías, que permita verificar si como lo señala Porvenir S.A., esta entidad suministró tal información.

Es así como del interrogatorio de parte vertido por la demandante, tampoco se logra determinar el cumplimiento de dicho deber por parte de Porvenir S.A., por cuanto en el mismo, la actora señaló que al momento de su afiliación, los asesores llegaron al lugar donde se encontraba trabajando, indicándoles de manera grupal que su pensión en el RAIS, sería más alta que la brindada en el RPM, y que el ISS se iba a liquidar, perdiendo las semanas que hubiera cotizado en este, que una funcionaria de Porvenir S.A., diligenció el formulario y se los entregó para la firma, sin que tuviera la oportunidad de leer el contenido del mismo, que si bien solicitó una asesoría pensional, lo hizo sólo hasta el cumplimiento de los 55 años, momento en que se percató que su mesada pensional en el RAIS, no era lo esperado conforme a su monto de cotización; afirmaciones de las que claramente se extrae que sólo le señalaron ventajas de pertenecer a dicho régimen, más no desventaja alguna y si bien indica que recibió una asesoría por parte de Porvenir, esta se dio cuando tenía 55 años de edad y no al momento de afiliación, resultando

claramente extemporánea, máxime cuando ya no le era permitido retornar al RPM, atendiendo a su edad, resultando imperioso concluir que como señaló la decisión de instancia resulta ineficaz dicho acto de afiliación.

Ahora bien, el hecho de que la demandante, no se hubiere trasladado, dentro de los 10 años previos a cumplir la edad pensional, no le impide impetrar la acción judicial tendiente a lograr tal fin, a efectos de que en el trascurso del debate judicial, se verifique si la administradora pensional cumplió con el deber de información bajo estudio.

De otra parte, la afiliación al RAIS de la demandante, no se convalida por el hecho de que haya permanecido en dicho régimen, pues desde la fecha de su afiliación, dicho traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto, para tener por convalidada su afiliación.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, la Administradora de Pensiones demandada, PORVENIR S.A., a la que en primer momento se trasladó la actora, no demostró cómo le correspondía que manifestó a esta las desventajas como consecuencia de su traslado, al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **ADICIONAR** la decisión proferida en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., además de efectuar el traslado de las cotizaciones efectuadas por la demandante y sus rendimientos financieros, también debe realizar el traslado de los gastos de administración pues igualmente, tal cuestión fue reiterada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento a que se hizo alusión en apartes anteriores, radicado No. 54814 del 11 de noviembre de 2018, contrario a lo que indica la AFP Porvenir en sus alegaciones.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la

obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia apelada, en el sentido de señalar que junto con el traslado de aportes y rendimientos allí señalado, la demandada Porvenir S.A., debe trasladar a órdenes de Colpensiones, los gastos de administración, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 22 2018 532 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: EVERARDO BOTERO BOTERO
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 5 de noviembre de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, las partes guardaron silencio.

ANTECEDENTES

El señor EVERARDO BOTERO BOTERO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de la condena y a las costas del proceso. (fl. 17).

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue pensionado por el ISS, mediante Resolución No. 019532 del 2001, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el decreto 758 del mimo año, que contrajo matrimonio católico con la señora MYRIAN MATILDE MORA DE BOTERO; que su esposa depende en su totalidad de sus ingresos; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos, por medio de derecho de petición, pero los mismo fueron negados. (fls. 17 - 18).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 5 a 8, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, carencia de causa para demandar y no procedencia al pago de las costas. (fls. 30 – 49).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 5 de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra a la demandada y condenó en costas a la parte actora. (fl. 66).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que los incrementos por personas a cargo solicitados en la demanda se encuentran consagrados en el acuerdo 049 de 1990, los cuales según el criterio esbozado por la H. Corte Suprema de Justicia, se encuentran vigentes.

Señaló que el actor demostró que cumple los requisitos para acceder el mismo, esto es, los consagrados en el art. 21 del acuerdo 49 de 1990, no obstante, y acogiendo el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, como antes indicó, los mismos prescriben de manera total si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes al reconocimiento y pago de la pensión.

Finalmente indicó que al actor se le reconoció la pensión mediante resolución No. 019 532 del 27 de agosto de 2001, resolución que le fue notificada el 19 de octubre de ese mismo año, es decir, 2001. Igualmente señaló y al haber elevado la reclamación administrativa el 29 de noviembre de 2016, se tiene que se superó el mínimo de 3 años de que hablan las normas relacionadas con el tema de la prescripción de las acciones en materia laboral por lo que declaró probaba la excepción de prescripción y absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación en los siguientes términos: *"encontrándome inconforme con la decisión procedo a hacer uso del recurso ordinario de apelación su señoría para que el expediente se ha remitido ante el honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que en sala laboral se resuelva en segunda instancia revocándose la presente decisión y en consecuencia condenándose a la administradora colombiana de pensiones del reconocimiento al reconocimiento y pago del incremento pensional el 14% y en caso dado de que no, también se releve a mi mandante de lo que tiene que ver con el pago en derecho, para que tengan en cuenta el H. Tribunal que la actividad procesal que avocó a mi mandante resulta de la negativa inicial frente a la reclamación que hiciera en su momento para que le fuera reconocido el incremento pensional no quedándole otra alternativa que acudir ante los estrados judiciales, para entonces estimó que es demasiado alto el precio por hacer uso de la jurisdicción del aparato judicial, el que se le condene en costas de 300,000, o agencias en derecho, en lo que tiene que ver con la suplica que hago ante el tribunal para que se revoque la decisión que hoy se tomó y se absolvió del reconocimiento del incremento pensional, no comparto pues la decisión a la que llegó el H. Despacho hoy en cuanto a que muy a pesar de que encuentra acreditados los supuestos para que sea reconocido el*

incremento pensional jurídicamente se aparta del reconocimiento teniendo en cuenta que decide aplicar de manera total el fenómeno extintivo de la prescripción ello sin tener en consideración que el incremento está como es una aparte de que es una prestación de tracto sucesivo o una prestación periódica también lo es que las causas que los originan son causas que generalmente no desaparece y más se tiene reafirmado en el caso concreto que es una convivencia que se inició en el año 1990, es decir que tiene una prolongación de más de 40 años y se mantiene incólume hasta la fecha en que en que fuimos convocados a la presente audiencia razón por la cual la aplicación de los fenómenos dela prescripción, no debió ser de manera total sino de manera parcial y solamente eran objeto de prescripción aquellas prestaciones que superarán 3 años desde la fecha en que se reclamó, teniendo en cuenta de que se mantienen las cosas que los originan independientemente de que hayan sido concomitante con la fecha en que se adquirió el estatus la fecha en que fue reconocida la prestación económica conforme al decreto 758 de 1990, ello no es óbice para que sea para que el demandante cuando lo estime necesario haga uso ese derecho Pues porque los derechos en sí no son prescriptibles y menos cuando viene acuñada una cláusula o una norma que en este caso se convierte en una norma especial frente a la regla general que articulo 488 del código sustantivo del trabajo pues porque esta norma ya es más especializada en lo que tiene que ver con el incremento pensional, en ese orden de ideas y también con refuerzo en el principio pro operario que les exige no es potestativo aplicar para el operador judicial aplicarla sino que exigirle escoger aquella tesis o la aplicación de la norma que mejor favorezca los intereses de los pensionados, de los trabajadores en este caso ante las alternativas desde si los incrementos prescriben de manera total o de manera parcial debe escogerse aquella que mejor que cumpla con los intereses de los pensionados que en este caso sería darle una aplicación de manera parcializada al fenómeno prescriptivo de la prescripción con base en ellos nuevamente solicitó al magistrado se revoque la decisión que hoy se tomó y en consecuencia condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% en favor del señor EVERARDO. Gracias."

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a revisar en apelación el fallo proferido, por lo que se determinará si le asiste derecho al demandante a percibir el incremento pensional por cónyuge a cargo y por hijo discapacitado, en los términos del recurso planteado o si por el contrario no le asiste el derecho al mismo.

Para resolver el problema jurídico se tiene que en este caso al demandante EVERARDO BOTERO BOTERO, el extinto ISS hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 019532 del 27 de agosto de 2001, le reconoció pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así las cosas, previo a abordar el estudio del recurso interpuesto, es necesario establecer si tal prestación se encuentra vigente, para luego sí analizar si existe o no el derecho al pago del incremento pensional.

Ahora, descendiendo al caso que nos ocupa, es necesario señalar que la norma que consagra el incremento de la prestación pensional por cónyuge o compañera a cargo, así como por hijo discapacitado son los literales a) y b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, norma ésta que fue publicada en el Diario Oficial No 39303 del 18 de abril de 1990.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, en la presente la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de la presente anualidad**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

> *"Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.*
>
> *..Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos*

ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor EVERARDO BOTERO BOTERO, a partir del 1 de septiembre de 2001, cuando cumplió los 60 años de edad (fl.- 9), se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto de habrá de confirmar la sentencia recurrida, pero por las razones acá expuestas.

SIN COSTAS. En esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23 2018 735 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ENDY MAGDALENA NOVOA VELASQUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 6 de septiembre de 2019, por la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora y las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad el traslado efectuado por el actor el día 16 de agosto de 1994, con el fondo privado de pensiones y cesantías Santander hoy AFP PROTECCIÓN S.A. por no haberse realizado de manera libre y voluntaria, que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. a entregar o restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora y que COLPENSIONES reciba los dineros que le serán entregados y que se condenen a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que estuvo afiliada y cotizando para pensión en el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 24 de noviembre de 1989.
- Que se trasladó al Régimen de Ahorro individual, el día 16 de agosto de 1994, pero dicho traslado no se realizó de manera libre y voluntaria.
- Que al momento del traslado al fondo privado PROTECCIÓN S.A., no fue asesorada o informada por este fondo, respecto a las implicaciones sobre sus derechos pensionales, con el traslado de régimen pensional, o sobre los riesgos de cambiarse de régimen o sobre las diferencias de uno u otro régimen, ventajas, desventajas o inconvenientes del cambio de régimen.
- Que tampoco le realizaron un análisis en cuanto a cuál de los dos regímenes le convenía más, no le informaron si tendría derecho a un bono pensional, tampoco el monto de su mesada pensional, no se le hicieron proyecciones, ni la tasa de reemplazo, ni las condiciones que requería para pensionarse, o pensionarse anticipadamente y tampoco se le indicó la influencia de la tasa de rentabilidad.
- Que elevó solicitud de nulidad de traslado, pero la misma le fue negada por parte de COLPENSIONES. (fl.- 3 – 4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 18, 19, 20 y 22, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica. (fl. 89 - 98).

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2 y 18 a 22, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl. 110 - 123).

Finalmente, la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el numeral 2, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a PORVENIR, e inexistencia de la obligación. (fl. 184 - 205).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciere el demandante a PORVENIR S.A.; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido, entre el 1 de septiembre de 1994 al 1 de septiembre de 1999, autorizando a esta entidad para que descontara los valores que ya había trasladado a PORVENIR S.A. Finalmente condenó a PORVENIR S.A. a devolver todos los dineros que tenga

en la cuanta de la actora a COLPENSIONES, incluidas las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o intereses, rendimientos causados, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno. (fl. 245-246).

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que en cuanto al tema de la ineficacia del traslado al momento de afiliación del régimen de ahorro individual respecto del error ante la falta de información sobre el cambio de régimen pensional, ahora en tratándose de la afiliación al sistema pensional lo primero que debe decirse es que los afiliados al sistema cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilian tal y como lo indica literal del artículo 13 de la ley 100 del 93, pero en esa libertad de escogencias es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo por la existencia un vicios producido por la información, ahí será procedente declarar la ineficacia.

Señaló que en efecto se advierte al comprar documentales referentes a la afiliación de la parte demandante en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y del resumen de semanas cotizadas en dicha entidad visto folio 51-52 y respecto de la afiliación a al fondo PORVENIR, se encuentra copia del formulario de solicitud de traslado de fecha 28 de Julio 1999, visto a folio 157 y relación de pagos o aportes a folios 126 o 137. En relación con PROTECCIÓN, igualmente se allegó formulario e afiliación de fecha 16 de agosto de 1994, folio 220, pruebas de las cuales se puede establecer que la demandante efectivamente estuvo vinculada al instituto del seguro social hoy COLPENSIONES por el lapso comprendido entre el 28 de noviembre 1989 al 31 agosto 1994. Posteriormente se trasladó de régimen a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, luego se trasladó Horizonte 28 de Julio 1999, efectuando cotizaciones desde el 2 de septiembre de 99 hasta la fecha. De esta forma la actora permanente entonces en el régimen de ahorro individual con solidaridad del cual pretende retomar al Régimen de Prima media aduciendo que no se lo dio la información necesaria sobre las implicaciones que tenía ese cambio régimen, especiales consecuencias jurídicas de cambio de régimen pensional.

En relación con este asunto y la necesidad de que se brinde información suficiente y completa al afiliado, la honorable Corte Suprema de Justicia efectuado múltiples e importantes pronunciamientos dónde ha concluido el tribunal de cierre de la justicia ordinaria que es deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras.

Además, en todos los casos la H. Corte Ha establecido que opera la inversión de la carga de la prueba a favor de afiliado también se establece que está ineficacia es procedente sin importar si se está uno frente un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio son transicionales está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente al acto de validez del acto jurídico en gracia de discusión en este caso si bien es cierto no estamos ante la beneficio de la transición lo cierto es que si se está discutiendo la validez del traslado con ocasiona la falta información que eventualmente dejó de recibir la demandante al momento afiliación donde se concluye que efectivamente se debió brindar información clara, suficiente, precisa, respecto de las características condiciones beneficios riesgos consecuencias del cambio de régimen pensional si bien es cierto que como lo dicen los apoderados en sus alegatos la información ha venido siendo cada vez más clara y más con mayores características lo cierto es, que siempre ha estado la obligación del deber de información, del deber de darle a la demandante su elemento de juicio para tomar la decisión debidamente informada, si bien es cierto tampoco se puede hablar de proyecciones pensionales el despacho si considera que para esa época se debe dar total claridad de dónde provenía el valor de la mesada pensional, en estos regímenes pensionales, claramente en el régimen de ahorro individual se debía establecer que la cantidad de dinero que debía eventualmente ahorrarse para tener una pensión superior al salario mínimo que es una de las principales características de este régimen pensional y queja de la parte demandante, situaciones que no se observan dentro del expediente o dentro del presente proceso, en tal sentido con la claridad de los anteriores pronunciamientos atendiendo que en el presente asunto se

solicita se declare que existió información errónea o incompleta que pudo afectar al afiliado, es por lo que debe precisarse la consecuencia jurídica de que el error en que eventualmente incurren todas las administradoras de pensiones al no suministrar información adecuada y precisa al afiliado recaerán en una ineficacia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 del 93 en concordancia con el art 271 de la misma norma. en pos de lo anterior la administradora fondo de pensiones demandada la que inicialmente efectuó el traslado al régimen para efectos de suscitar el traslado de régimen inicial del ISS al de ahorro individual de la demandante ningún elemento probatorio llegó con el propósito de acreditar que en este caso en particular se le suministró a la parte actora la información necesaria relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional.

Tampoco se puede extraer confesión alguna respecto del interrogatorio de parte rendido por la demandante en esta audiencia, no se puede extraer que sí hubiese recibido una asesoría donde se hubiesen puesto en conocimiento los regímenes pensionales a los cuales se vio ella afiliada y obviamente como reiteramos no existe ningún otra prueba que soporte esta afiliación carga de la prueba que le correspondía a la AFP demostrar que efectivamente existió la explicación de vida sobre las implicaciones de cambio de régimen para el despacho no se cumplió dado que no se puede establecer que para 1994 cuando la actora se traslada al RAIZ a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN haya existido una información completa, suficiente, veraz de las características de estos regímenes pensionales información necesaria para haber adoptado la decisión del traslado tal y como lo exigen los anteriores precedentes jurisprudenciales, reiteramos ello no se cumplió pues como se indicó los únicos elementos de juicio que llegó la demandada PROTECCIÓN fueron documentales que dan cuenta de la afiliación al RAIS como es el formulario de solicitud de vinculación de fecha 16 de agosto de 1994 visto a folio 217 lo cual para el despacho no resulta suficiente para cumplir la carga probatoria, pues este formulario suscrito, diligencia ante esta AFP en 1994 donde se hace referencia a que la actora de manera libre y voluntaria y sin presiones seleccionó esta AFP, para el Despacho no resulta suficiente de conformidad con el decreto 663 de 1993 estatuto orgánico financiero vigente para esta época en su precepto 98 indica que las entidades que desarrollan

actividad de interés público como la AFP PROTECCIÓN deben emplear la debida diligencia en la prestación de sus servicios en la celebración de operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puede afectar al equilibrio del contrato dar lugar al abuso de la posición dominante y en ese sentido es que el despacho considera que no era solamente suscribir un formulario, completarlo y firmarlo sino tener o haber tenido los elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión del traslado.

En ese sentido el fondo de pensiones, considera el despacho no se ocupó de brindar la asesoría e información directa a la demandante de manera idónea en lo atinente que para ella traería la consecuencia del traslado del régimen solidario de prima media con prestación definida de ahorro individual con solidaridad cuando ha debido hacerlo empleando para ello todos los recursos técnicos y administrativos con que disponía con el objeto de que esto pudiese disfrutar de los beneficios de que da el derecho a la seguridad social de manera adecuada oportuna y suficiente, lo que significa que la entidad demandada no obró en consonancia con el principio deficiencia que Informa el sistema de la seguridad social al tenor de literal A artículo 2 de la ley 100 del 93.

En consecuencia, siendo que la AFP PROTECCIÓN no atiende la carga la prueba reiteramos, como se estableció anteriormente la consecuencia jurídica es la ineficacia la filiación, en este sentido se accederá a declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó y por ende como consecuencia lógica el traslado entre administradores que se efectuó a la demandante administradora de fondos de pensiones PORVENIR determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado.

DE LOS RECURSOS

El apoderado de Protección, señaló:

"me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho solicitándoles muy respetuosamente a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior, se revoquen las consideraciones y la sentencia emanada de las consideraciones de este despacho primera instancia especialmente en lo que respecta a ordenar a Protección sala devolución de los gastos de administración del año 1994 a 1999, fecha en la cual la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN y esto en el entendido que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible aplicable y vigente y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en el hipotético caso en que PROTECCIÓN hubiese o no hubiese efectuado dichas retenciones o cobros de administración, se hubiese entendido que no hubiera adelantado ningún tipo de gestión administrativa pues los rendimientos y los conceptos que ya fueron en este caso trasladados a la demandada PORVENIR, pues no hubiesen tenido ningún tipo de existencia, por lo que en el entendido en que se ratifique esta decisión de la devolución de los gastos de administración en este periodo, en ese mismo entendido se tendría que retrotraer todas las actuaciones administrativas en este caso adelantados por PROTECCIÓN y los rendimientos generados por cuenta de esa buena administración por parte de mi representada por lo que pues en este sentido pues, adicional a esta actuación en que PORVENIR tendría que hacer la devolución o el traslado de estos dineros a COLPENSIONES también tendría que ser la devolución a mi representada de estos conceptos que en su momento PROTECCIÓN le retorno a PORVENIR por concepto de rendimientos, en el entendido pues que nunca existió una administración de los dineros por parte de protección a las cotizaciones de la demandante y en este entendido y por esa buena gestión por parte mi representada pues nunca hubo un surgimiento a estos rendimientos de los que la demandante ya se está viendo beneficiada y esos montos de dinero o esas sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual que está administrando actualmente PORVENIR. hay que entender la

apelación que prestamos es básicamente con relación al punto de la devolución de los gastos de administración pues que en este momento clarifico el despacho de primera instancia se deben hacer con relación al año 1994 al año 1999, en tal sentido solicito muy respetuosamente a los H. Magistrados del Tribunal, pues que se valide, pus esta condena específicamente con relación a estos dineros y en lo concerniente a lo demás se deja a la disposición del análisis de la práctica probatoria que se adelantó en este proceso. En esas afirmaciones dejo sentado mi recurso"

Por su parte la apoderada de la demandada PORVENIR, señaló:

"Gracias señor Juez, estando en la oportunidad de alegar lo pertinente, interpongo recurso de apelación, para que los H. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, revoquen la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que las consideraciones de la sentencia de primera instancia se trae a colación el art. 13 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de imponerle la carga de la prueba a la AFP PROTECCIÓN, sin embargo del estudio que se hace a mi representada, en ningún momento por parte de este sentenciador se le incumbe dicho deber o inversión de la carga la prueba, dado que pues en las consideraciones se refiere de manera directa a DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN hoy a AFP PROTECCIÓN, en ese sentido señores magistrados atenerse a esa consideración a que la sentencia primera instancia va encaminada solamente al estudio de manera previa a la suscripción de la afiliación del demandante del instituto seguro social a la AFP DAVIVIR, sin embargo no se analiza o no existe ningún análisis por parte de la sentencia respecto la afiliación realizada por la AFP la cual yo representado dado que pues si bien, se deben estudiar todas las etapas del proceso es decir no solamente la etapa previa de la afiliación sino la en la etapa contractual y ha de tenerse a consideración que en la etapa contractual que la demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, esta misma realizó un traslado entre administradoras con la AFP HORIZONTE, ha de tenerse a consideración que si bien, manifiesta el señor juez que las consecuencias del mismo

el error de la información recae según el artículo 13 en una ineficacia, ha de observarse señores magistrados que en ningún momento ese art. Hace referencia a la ineficacia sino de manera directa hace referencias a la validez del acto y la vida jurídica que se le da al mismo con la manifestación libre y voluntaria del demandante de suscribirse de manera de dicha decisión de manera voluntaria al régimen de ahorro individual ante esa consideración que ningún momento se hace referencia a la figura de la ineficacia esto es, a los vicios sobre la formalidad del acto, sino el mismo el artículo 13 va encaminado respecto la validez del acto mismo, lado que la ineficacia se estudia es en n el código comercio precisamente los artículos 897, 898 y 899 de dicha normatividad en el sentido de nuestra consideración lo manifestaban artículo 898 y es que solemnidades posteriores que dan lugar al acto traslado, se entenderá a dicho acto inexistente como válido, con esa consideración ha de entenderse que la aquí demandante realizó esa solemnidad es decir, la suscripción y el condicionamiento a la AFP a la cual yo represento teniendo así señores magistrados se puede tener como subsanado de existir una nulidad esto es con un acto posterior el acto de la demandante suscribió con la AFP Horizonte. Esto señores Magistrados, es de importante relevancia dado como lo manifesté, en las consideraciones de la sentencias en ningún momento se cuestiona ni siquiera en el escrito la demanda si se observa los hechos encaminados son los 21° y 22° que son respecto de una solicitud de declaración de ineficacia y nulidad del acto de la demandante a mi representada sin embargo en ninguno de los hechos se pueden considerar se pueden considerar que la demandante Está realizando o está valorando la asesoría que le dio mi representada para el momento el traslado dado que ningún momento se hace una negación respecto calificación respecto o calificación respecto del traslado, dado que todas estas van encaminadas esa la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y no a mi representada en ese sentido señores Magistrados tenerse a consideración que no se valoró las pruebas aportadas por mí representa tampoco se realizó un análisis de dicha de dicho traslado hay que tener consideración en que por parte del despacho se hace referencia el artículo 1604 para hacer referencia al que le incumbe a quién debió

emplear la debida diligencia es a quién incumbe probar, sin embargo señores Magistrados, se hace referencia de manera concreta al numeral tercero de dicho artículo sin embargo no se estudia toda su integridad dado que si se estudiase dicho artículo 1604 en su integridad ha de tenerse a consideración primero que todo determinar cuál es la responsabilidad del deudor, ya sea a la culpa lata, la culpa leve o la culpa levísima para asegurar a quien le correspondió o a quién debió emplearlo dado que del Análisis del mismo artículo, la redacción del mismo artículo 1604 al demandante se le exige del grado en el cual se le incumbe su culpa respecto del dicho contratación, es que se le incumbe cierto grado de responsabilidad, en este sentido señores Magistrados tenerse a consideración que por parte del despacho no se hace dicho estudio sino que de manera genérica se hace referencia a las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia sin que se estudie el caso en concreto. Señores Magistrados de otra manera quisiera solicitarles que se revoque el numeral tercero en lo a los gastos de administración, primero que todo porque no fue solicitado en el escrito de demanda, si se analizan las pretensiones tanto presiones principales como pretensiones subsidiarias ningún momento se hace referencia a que mi representada, que se ordene o a solicitud, de que se ordene a mi representada descontar los gastos de administración, haciendo uso de las facultades extra y ultra petita , sin embargo dichos principios deben de estar sustentado manera probatoria y de manera jurídica en el caso que nos ocupa no tiene ninguna en un sustento en ni tanto jurídico, ni como probatorio dado que si bien es cierto la única manifestación que se hace al final de las consideraciones es que sea ordenar a mis representados devolver todos los dineros obtenidos en sumas adicionales, aporte, rendimientos y esto el señor juez lo trata sustentar con que debido a la figura la ineficacia deberá restituirse todas sus cosas a su estado inicial, en este sentido señores Magistrados, tenerse a consideración que por parte se aplica la ley dado que pues sí es cierto que todo se debe reivindicarse a su estado inicial ha de tenerse a consideración que la demandante no debió hacer uso o no debieron restituirse los rendimientos a demás señores Magistrados ha de tenerse a consideración que el artículo 947 y el título,

el título 12, lo que tiene que ver del código civil, con la reivindicación de las cosas, esto es el concepto de reivindicación y que cosas son restituibles, en el sentido señores Magistrados en el artículo 947 se dice "justificada esta circunstancia no estará el poseedor obligado a restituir la cosa sino desembolsa lo que se haya dado" en este sentido, señores magistrados tenerse a consideración que dichos gastos de administración fueron ejecutados por mi representada o gastados por la misma para mejorar la cosa, es decir las cotizaciones obtenidas por el demandante para generar una mejora en la cosa, en este sentido señores Magistrados, no habría lugar al concepto de reivindicación, dado que en el código de comercio al código civil que se debe restituir la cosas a su estado inicial ha de tenerse a consideración cuales son las excepciones, esto es, no se puede restituir aquellas cosas que se destinaron o se gastaron para mejorar lo que se obtuvo de dicha cosa en ese sentido no habría lugar primero que todo a desde un punto de vista objetivo y legal restituir dichos gastos de administración, en segundo lugar tampoco habría lugar al mismo dado que como ya lo manifesté viola el principio de congruencia teniendo a consideración lo pedido en la demanda y la utilización de que se hace de las facultades extra y ultra petita y en tercer lugar Señor Magistrados por la finalidad misma del sistema esto es, teniendo a consideración el art. 20 de la ley 100 de 1993 y su modificación del artículo 7 de la ley 797, en el cual dichos gastos de administración van encaminados para una finalidad y es la buena administración de los dineros, en este sentido desconoce que la aquí demandante estuvo afiliada al régimen de ahorro individual a tenerse a consideración que debe desconocerse los trabajos que hizo mi representada esto es, lo que gastó, lo que pagó, respecto de dichos trabajadores para que laboraran para que el demandante tuviera dicho rendimientos, se observa que se allegó prueba documental en la que se relacionan los movimientos del demandante de manera significativa, se puede observar una mejora respecto de dichas cotizaciones realizadas al sistema, señores Magistrados que éstos tres argumentos específicos es que se le solicita de manera especial, si al lugar a aceptar o a confirmar dicha sentencia se revoque de manera subsidiaria pues la revocación del numeral tercero lo que tiene que ver con los gastos de

administración, así que pues después dejó sentado mi recurso de apelación muchas gracias."

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ENDY MAGDALENA NOVA VELASQUEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP DAVIVIR, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

En primer lugar es necesario señalar que en el presente caso, la actora suscribió formulario de afiliación o traslado de régimen con la AFP DAVIVIR, la cual posteriormente cambió su razón social a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SANTANDER S.A, quien nuevamente realizó un cambio de razón social a ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. quien finalmente fue absorbida mediante fusión por la Sociedad de Fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A, hecho este que se demuestra con las documentales visibles a folios 206 a 216 y que además fue aceptado por la demandada PROTECCIÓN S.A., al dar contestación al hecho 20 de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el problema jurídico, resulta pertinente traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la

afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, tal y como lo señaló la parte actora en sus alegatos de conclusión, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad*

objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y contrario a lo indicado por las demandadas en sus recursos y en los alegatos presentados en esta instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que el fallador de primer grado , si efectuó un completo estudio del expediente y es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, por lo que resulta acertada la decisión adoptada por el fallador de primer grado.

Así las cosas se habrá se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, al igual que lo relacionado con la imposibilidad de efectuar descuentos por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24 2017 661 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BENJAMIN ANGEL CORREA BEDOYA
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 5 de septiembre de 2019, por la apelación presentada por la demandada, así mismo, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor BENJAMIN ANGEL CORREA BEDOYA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar su pensión de vejez. A partir del 1 de junio de 1994, calculando el IBL de las últimas 100 semanas o el tiempo que le hiciere falta o el más favorable y se indexe su primera mesada pensional. Que se condene

a la demandada al pago de las diferencias causadas del respectivo reajuste pensional y al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. Que nació el 3 de mayo de 1.934, que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la ley 100 de 1993, porque a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad.
2. Que cumplió los 60 años de edad, el 3 de mayo de 1994 y el último aporte efectuado, lo fue, para el mes de octubre de 1987.
3. . Que el día 9 de junio de 1994, solicitó el reconocimiento de su pensión, ya que contaba con los requisitos establecidos en el acuerdo 049 de 1990.
4. Que la demandada reconoció mediante resolución No. 000237 de 1995, su pensión a partir del 1 de junio de 1994 y dando aplicación al acuerdo antes mencionado.
5. Que para la liquidación de la prestación económica el ISS se basó en 1.046 semanas, calculó el IBL en $167.038 y en cuantía inicial de $150.334.
6. Que para el cálculo de su mesada pensional la demandada debió tomar en cuenta las últimas 100 semanas o el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho y con una tasa de reemplazo del 90%
7. Que solicitó la reliquidación de su mesada pensional, pero la misma le fue negada por la demandada. (fl.- 3 - 10)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 3, 5, 6 y 8, para los demás señaló

que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de buena fe, obro de lo no debido y prescripción. (fl. 38 - 48).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgado de conocimiento, condenó a la demanda a reliquidar la pensión del actor en cuantía de $1.350.314,02, a partir del 30 de junio de 2014, junto con las diferencias que se causen, debidamente indexadas, a los que se le deben hacer los descuentos de salud; declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de junio de 2014 y condenó en costas a la demandada.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

> *"Escuchadas las alegaciones, corresponde emitir la sentencia a lo que el despacho sigue en los siguientes términos, el señor Benjamín Correa bedoya por intermediario apoderado judicial instauro demanda en contra la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES para que se le reliquide la pensión de vejez a partir del 1 de junio del 94 calculando el ingreso base liquidación de las últimas 100 semanas o el tiempo que le hiciere falta o el más favorable, indexe la primera mesada pensional, el pago las diferencias pensionales desde la fecha de causación del derecho hasta que se haga efectivo el reajuste la mesada y la indexación.*
> *Como fundamento de sus pretensiones manifiesta que nació el 3 de mayo 1934; que es beneficiario del régimen de transición contemplado el artículo 36 de la ley 100 del 93; que cumplo 60 años el 3 de mayo 1994 fecha en la cual contaba con 1043 semanas, efectuando último aporte en el mes de octubre de 1987; que el 9 de junio 1994 solicitó la pensión de vejez mediante resolución No. 0037 de 1995 le fue concedida, la que se basó en 1046 semanas en cuantía de $150.000 y el ingreso base de liquidación debió ser calculado con las últimas 100 semanas o con el tiempo que le hicieron falta para adquirir el derecho pensional al momento de entrada en vigencia de la ley 100 del 93 tomando el más favorable y aplicarle una tasa de reemplazo el 90%; que el 30 de junio 2017 solicitó la revocatoria directa en la resolución antes referida solicitando la reliquidación de la pensión la que le fue negada por COLPENSIONES mediante acto administrativo sub-171251 del 25 de agosto 2017. La demandada COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a las pretensiones argumentando que el demandante no tiene derecho a la reliquidación solicitada entonces que al momento de reconocerle la prestación mediante la resolución No.237 en enero del 95 se le tuvieron en cuenta 1346 semanas esto es un número mayor al acreditado, como quiera que conforme el reporte de semanas cotizadas y como lo señaló COLPENSIONES en la resolución sub-17 1251 el 25 Agosto 1017 la*

reliquidación solicitada resultarían contabilidad las sumas reconocidas al demandante, propuso como excepciones buena fe cobro lo no debido, prescripción y la innominada o genérica. Así las cosas se encuentran cumplidos los requisitos exigidos para que el juzgado pueda pronunciarse en fondo se encuentran satisfechos además el demandante cumplió con la exigencia establecida en la artículo 6° del código procesal del trabajo y la seguridad social como es el agotamiento de la reclamación administrativa como consta a folios 28 - 29 donde obra la copia de la resolución su-171251 el 25 agosto de 2017 de la que se puede colegir que la actor solicitó la reliquidación de la pensión la que le fue negada mediante ese acto administrativo. Al no encontrarse causal de que afecte o invalide lo actuado el despacho puede decidir de fondo el presente asunto. El problema jurídico a resolver radica en determinar si el señor Benjamín Correa Bedoya le asiste derecho a que se reliquide la pensión de vejez a partir del 1 de junio del 94 calculando el ingreso base de liquidación con las últimas 100 semanas o el tiempo que le hiciere falta el más favorable y se indexe la primera mesada pensional, el pago de las diferencias pensionales desde la fecha de concesión del derecho hasta que se haga efectivo el reajuste la mesada y la indexación. En el examen no existencia discusión en cuanto a la condición de pensionado del señor Benjamín Correa Bedoya, pues el instituto de seguros sociales le reconoció pensión de vejez mediante la resolución No. 0257 de 1995 a partir del 1 de junio del 94 en cuantía inicial de $150.334, prestación que se reconoció con fundamento en lo señalado del artículo 12 del acuerdo 049 del 90, tampoco existe discusión en cuanto a que el actor es beneficiario del régimen de transición pues nació el 3 de mayo 1934 tal como consta en la ciudadanía que obra folio 15 del expediente por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93 esto para el 1 abril del 94 contaba con 59 años de edad, lo que lo que lo hace beneficiario del régimen de transición. En ese artículo 36 de la ley 100 del 93 además de ello lo admitió COLPENSIONES cuando emitió la resolución que le mediante la cual le reconoció la prestación al demandante esto es, la resolución 257 de 1995 que fue expedida por el instituto de seguros sociales o COLPENSIONES, ahora en lo referente al ingreso base de liquidación pensional se ha de precisar que existente reiterada y sólida jurisprudencia la sala laboral de la corte suprema de justicia que ha señalado que el régimen de transición garantizo sus beneficiarios de cara a la prestación de vejez y jubilación y en relación con la normatividad que venían rigiendo en cada caso lo atinente a la edad del tiempo de servicio con el número de semanas cotizadas para acceder al derecho y el monto de la prestación lo que toca con la tasa de remplazo pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en principio por lo previsto en el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 del 93 para quienes le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho y por el artículo 21 de esa misma norma para quienes les faltaran más de 10 años para acceder a la pensión así mismo la corte constitucional en la sentencia su 230 de 2015, unifico el criterio respecto a la norma a aplicar para obtener el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición explicando "la sentencia C-258 2013 estableció que el régimen de transición consiste en un beneficio de quien es esa parte de los régimen especiales que consiste en la aplicación ultra activa de los requisitos de aquellos pero solo en lo

relacionado a la edad, tiempo de servicios, la tasa de reemplazo y no el ingreso base de liquidación, en la sentencia por primera vez de la sala analizó el IBL en el sentido de que el modo de promediar la base liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior en razón a que el régimen de transición sólo comprende los conceptos de edad monto y semanas de cotización excluye el promedio de la liquidación por tanto IBL, se contemplan en general para todos los efectos entonces para quienes estando en transición y les faltan en menos de 10 años para adquirir el derecho el ingreso base de liquidación conforme a lo señalado en el inciso tercero del artículo 36 de la ley 100 del 93 sería el promedio de lo cotizado en el tiempo que les hiciera falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior situación" que se aplica en el caso de bajo estudio dado que el demandante para el 1 abril de 94 le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión cumpliendo los requisitos de causación de la pensión de vejez el 1 de junio 94, razón por lo que el demandante no tiene derecho a que se le liquide el ingreso base liquidación teniendo en cuenta las últimas 100 semanas, siendo procedente el estudio del tiempo que le hacía falta para obtener el derecho o el devengado durante toda la vida, lo que le resultare más favorable.

Siendo ello así procede el despacho a realizar las operaciones aritméticas del caso como quiera que para efectos de obtener el ingreso base de liquidación conforme se constaten hoja de prueba qué obra entre el expediente administrativo del demandante, se tiene que la entidad demandada tuvo en cuenta para tal efecto las cotizaciones efectuadas por el actor desde Mayo del 92 a abril del 94 según se indica en la hoja de prueba que sea llega el despacho procede a verificar si en este caso hay lugar hacer la reliquidación solicitada de se colige que al tener en cuenta lo cotizado durante toda la vida laboral se obtiene un ingreso base liquidación de $314.547,86al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 75% de conformidad con el artículo 20 del acuerdo 49 del 90 por haber cotizado 1042.57 semanas y no encontrarse demostrar las que indicó COLPENSIONES en la resolución que reconoció la prestación inicial y por la cual aplico el 90% al aplicar esta tasa se obtiene una mesada pensional de $235.910, para el año del 94 teniendo en cuenta que mediante la resolución No. 237 donde se detuvo como primera mesada pensional la suma de 150.334 pesos existe una diferencia a favor al demandante $84.55,39.

Ahora dado que al demandante para el 1 de abril del 94 le hacían falta 28 días para pensionarse al liquidar el ingreso base de liquidación teniendo en cuenta lo cotizado durante ese periodo arroja la suma de $366.072,52 que le aplicará una tasa de reemplazo de 75% arroja una mesada $274.554,39 resultando más favorable ésta frente al ingreso al de liquidación de toda la vida laboral. Así las cosas procede la condena solicitada por el demandante en consecuencia se condena a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reliquidar la primera mesada pensional, para establecer desde cuándo se debe reconocer la diferencia y dado que se levantó la oportunidad legal la excepción de prescripción, el despacho se referirá a la excepción de prescripción, para la cuenta , se debe tener en cuenta en el caso que nos ocupa, que la legislación laboral contempla el término trienal para ejercer las acciones correspondientes a los derechos laborales y de la

seguridad social, tiempo el cual se empieza a contabilizar desde que la respectiva obliga se hace exigible en el caso de la las acciones laborales el artículo 488. Ahora, teniendo en cuenta que en el presente caso lo que prescribe son las mesadas pensionales y el 30 de junio 2017 el actor solicitó la reliquidación de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante la resolución SUB-171251 del 5 agosto del 2017, la demanda la presentó el 31 de octubre de esa misma anualidad por la prescripción afecto las diferencias causadas con anterioridad al 30 de junio de 2014, por lo tanto, se declara parcialmente probada la excepción de prescripción. La cuantía para la mesada pensional efectuadas las operaciones del caso y realizados los aumentos contemplados de ley, se obtiene como mesada la suma de 1.350.314,2, teniendo en cuenta el incremento establecido como se indicó por la ley existiendo una diferencia entre la mesada que se venía reconociendo al demandante para esa época que era de $1.324.616,46 por lo tanto se condenará COLPENSIONES al reconocimiento de las diferencias pensionales que se causan entre la mesada que se venía percibiendo el demandante y a partir del 30 de junio 2014, junto con el retroactivo de las diferencias que se arrojen, a las que se les deben hacer los respectivos descuentos por aportes al sistema de seguridad social en salud."

DEL RECURSO

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada, interpuso recurso de apelación, así:

"Me permito interponer recurso de apelación en contra la Providencia que acaba de preferir para que los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral, revoquen el mismo y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, lo anterior, atendiendo a que efectuado el estudio de la historia laboral del demandante y las semanas efectivamente cotizadas por éste, se tiene que al demandante se le reconoce una pensión de vejez en atención al decreto 758 de 1990, que se hace la reliquidación con las últimas 100 semanas de cotización y que este es el valor que resulta más favorable para el demandante con un IBL de $67.38, no encontrándose esta apoderada de acuerdo con lo considerado por el despacho y reitero con las semanas que efectivamente cotizó el demandante conforme a su historia laboral, así las cosas solicito a los H. Magistrados revisar el fallo en su totalidad y la liquidación efectuada por el despacho amén de que las condenas que fueron impuestas a mi representada no resulten exageradas teniendo en cuenta que pues se afecta directamente el equilibrio del sistema, que administra mi representada, con lo

anterior, dejo sentado mi recurso de apelación reiterando a los H. Magistrados que se revoque el fallo en esta instancia."

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, el recurso interpuesto por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en su favor, procede la Sala al estudio de la reliquidación solicitada.

En el presente caso, es necesario resaltar por parte de esta Colegiatura, que lo pretendido por el actor es la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta las últimas 100 semanas de cotización, o lo cotizado durante toda la vida o lo cotizado durante el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho, es decir, la que le fuere más favorable.

Al respecto la Juez de Primer Grado indicó que su pensión le fue reconocida dando aplicación al régimen de transición consagrado en el art. 36 de la ley 100 de 1993, y a la luz de lo normado en el acuerdo 49 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por lo que no era viable la liquidación de su pensión teniendo en cuenta las últimas 100 semanas, trayendo a colación las sentencias emitidas por nuestro órgano se cierre al respecto.

No obstante lo anterior, consideró que le era más favorable la liquidación de su pensión teniendo en cuenta el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho a la pensión, ya que eran solo 58 días y procedió a ordenar la liquidación en estos términos, situación que no mereció reproche por parte de la actora.

Ahora bien, sobre la aplicación del inciso 3 del art. 36 de la ley 100 de 1.993, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias en las de fecha 11 de marzo de 2009 Radicado No. 34292 con ponencia del H. Magistrado Dr. Luis Javier Osorio López y 43614 del 10 de agosto de 2010, postura que no ha sido modificada ya que se ha manifestado que la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las

normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión, y el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado, tal y como lo señaló la Juez de primer grado.

Por lo anterior, se procede a revisar la liquidación efectuada por el Juzgado de origen, con ayuda del grupo liquidador encontrando que, la misma ascendería a la suma de $ **1.640.485,99** suma superior a la calculada por el Juez de primera instancia.

Así las cosas y como quiera que la demandada COLPENSIONES, es apelante único se habrá de confirmar la decisión objeto de estudio.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo antes señalado.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24 2018 456 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ALVARO HURTADO PEREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. SHASHA RENATA SALEH MORA, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.106.477 de Bogotá, y T.P. No. 192.270 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida

En Bogotá D.C., a los treinta (30) del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación la apelación interpuesta contra el fallo de fecha 16 de julio de 2019, proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, los de la parte actora y la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **ALVARO HURTADO PEREZ,** por intermedio de apoderado judicial promovió demanda para que la misma se tramitará a través de un proceso ordinario laboral de primera instancia procurando que condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez de acuerdo con el art 39 de la ley 100 de 1.993, a partir del 7 de abril de 2017, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley antes mencionada. (fl. 4)

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que estuvo vinculado al ISS realizando cotizaciones desde el 17 de enero de 1991 hasta el 30 de abril de 2017, para un total de 610 semanas.
- Que padece de una enfermedad de origen común denominada artritis reumatoidea degenerativa.
- Que el día 7 de abril de 2010 se le dictaminó que tenía una enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 2 de febrero de 2010 y una pérdida de la capacidad laboral del 55.10%.

- Que ha solicitado en reiteradas oportunidades el pago de su pensión de invalidez, pero la misma le ha sido negada por la encartada argumentando que no cumple con el requisito de densidad de semanas de cotización.
- Que con ayuda de su familia continuó cotizando hasta el ms de abril de 2017, para un total de 610 semanas, por lo que supera ampliamente las 50 semanas que exige la norma. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda a través de apoderada judicial, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en tanto a los hechos manifestó ser ciertos los enlistados en los numerales 2 a 7, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las de falta e causa para pedir, violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera y prescripción. (fls. 42)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió, mediante providencia del 16 de julio de 2019, ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de falta de causa para pedir y condenó en costas a la parte demandante. (fl.- 63)

Fundamentó su decisión señalando en síntesis que el actor pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa, por lo que lo primero que advierte el Juzgado en la fecha de estructuración fue el 24 de febrero de 2010, tal y como se desprende del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, emitido por COLPENSIONES, por lo que la disposición que gobierna la

pensión del actor son los art. 38 y siguientes de la ley 100 de 1993, los cuales fueron modificados por la ley 860 de 2003.

La anterior disposición exige como requisitos para acceder a la pensión de invalidez, el afiliado que sea declarado inválido, si o fue por enfermedad, que haya cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

De conformidad con lo anterior, encontró que no es objeto de discusión la condición de inválido del actor, ya que la mima se corrobora con el dictamen emitido por COLPENSIONES, en la que se le determinó una PCL del 55.10% con fecha de estructuración el 24 de febrero de 2010.

Ahora en cuanto a lo pretendido por el actor, esto es que se le aplique la Ley 100 en su texto original, dando alcance al principio de la condición más beneficiosa, indicó que el actor no cumple con ninguna de las hipótesis que ha establecido la Jurisprudencia para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, por lo que no es dable el estudio de su derecho pensional a la luz de lo normado en la Ley 100 de 1993, aunado al hecho de que la invalidez fue estructurada con posterioridad al 26 de diciembre de 2006, por lo que necesariamente se debe ser estudiada con la ley 860 de 2003.

Así la cosas y como quiera que el actor no cumple con los requisitos de esta normatividad, situación ésta que tampoco fue discutida, ya que fue aceptada desde la misma presentación de la demanda, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la misma.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que,

> "*de acuerdo a la situación de mi mandante solicitó que se tenga en cuenta de acuerdo a los principios constitucionales del artículo 48, 49 artículo 13 de la Constitución Nacional el componente esencial fundamental que debe tener la seguridad Social para el tipo de personas discapacitadas como lo es mi mandante, la Constitución establece como derechos irrenunciables la protección por parte del Estado sobre la condición de debilidad manifiesta que él posee para que pueda bajo el principio de la condición más beneficiosa en este caso poder llegar a estudiarse su caso y esta situación pues discrepo un poco sobre lo que manifiesta el despacho en cuanto a la sentencia de la corte constitucional, consideró que bien ella puede darle la protección que se debe dar en este tipo de situaciones y más cuando mi mandante una persona que por su situación no pudo volver a laborar y fue una de las circunstancias por las que tampoco pudo volver a cotizar de esta manera, la sentencia de la corte constitucional establece una situación beneficiosa en el sentido de que se debe dar dentro de las diferentes normas un estudio para ver cuál le pueda establecer una situación con la que pueda llegar a pensionarse en este caso el procedimiento establecido en la SU 442 del 2010, le da la posibilidad mi mandante de que se aplique la norma más favorable en su caso que en este caso sería el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su forma anterior para que previo el cumplimiento de la discapacidad que está demostrado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por el mismo seguro social y el estudio de la historia laboral se podría determinar que dentro de su historia laboral anterior al 24 de febrero del año 2010 y mandante ha cotizado más de 26 semanas siendo que en este momento tendía la ley 100 para estos casos, de esta manera solicito muy*

respetuosamente nuevamente por los magistrados del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá se proceda a estudiar al caso de mi mandante con forme a esta jurisprudencia y así pueda revocarse si es del caso la sentencia aquí dada."

CONSIDERACIONES

Para la resolución del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupara de los aspectos de la sentencia que para el recurrente merecieron reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S.

Así las cosas, señala el recurrente que el actor cumple con los requisitos para que le sea concedida la pensión de invalidez, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

En este asunto no existió discusión respecto que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 55.10% conforme documental expedida el ISS hoy COLPENSIONES, contentiva de dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, visible a folio 8 del plenario, tampoco existió reparo alguno respecto que la fecha de estructuración lo fue el 24 de febrero de 2010.

Así las cosas se tiene que ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia 39766 de 2011, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 24 de febrero de 2010**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 que requiere que la persona hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años

anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en esta oportunidad **entre el 4 de febrero de 2010 al mismo día y mes del año 2007.**

Revisado el reporte de semanas actualizado a 2018 obrante a folios 45 y s.s., del expediente, se tiene que en ese periodo **el actor cotizó 33 semanas**, por lo que bajo esta norma no resulta beneficiario de la prestación solicitada.

Ahora bien, la suscrita Magistrada en mediante la presente sentencia, realiza un nuevo estudio **del principio de la condición más beneficiosa,** encontrando que, en atención al principio constitucional invocado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad de acudirse al régimen pensional inmediatamente anterior al aplicable para determinar la procedencia de la prestación económica, que específicamente sería la posibilidad de aplicar la Ley 100 de 1993 cuando la invalidez se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Lo anterior significa que si bien la persona no tiene un derecho adquirido, el mismo se ubica en una posición intermedia habida cuenta que posee una situación jurídica y fáctica concreta, por ejemplo, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba la Ley derogada; a ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior.

Cabe señalar que la temporalidad de su aplicación está delimitada, principalmente en lo que tiene que ver con el tránsito legislativo entre Ley 100 de 1993 y Ley 860 de 2003, pues el propósito justamente no es perpetuar de forma indefinida las disposiciones que emanan de la Ley 100 de 1993, sino que, por el contrario, lo que se busca es

construir un amparo que cobije a los afiliados para que reúnan la densidad de semanas de cotización que prevé.

De tal forma la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia fijó las reglas para que ello sea procedente, así, en sentencia CSJ SL2358-2017 indicó:

> *"Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:*
>
> *3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo*
>
> *a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
>
> *b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.*
>
> *c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
>
> *d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y*
>
> *e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.*
>
> ***4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando***
>
> *Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema, pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.*

> *Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.*
>
> *En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta.*

En ese orden de ideas basta con señalar, que la demandante no cumple con ninguno de los requisitos que la jurisprudencia ha señalado para la procedencia de la pensión de la invalidez en los términos de la norma anterior en aplicación de la condición más beneficiosa, toda vez que, i) según el reporte de semanas cotizadas visible a folio 45 se evidencia que al momento del cambio legislativo no se encontraba cotizando ii) además debe tenerse en cuenta que tampoco cumple con la regla de temporalidad para la aplicación de la condición más beneficiosa, es decir, que la invalidez haya sido estructura dentro de los tres años siguientes a la expedición de la Ley 860 de 2003, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, pues surge de la calificación de su pérdida de capacidad laboral que la invalidez se estructuró el 24 de febrero de 2010, hecho, que está por demás en señalar no fue controvertido por las partes.

De acuerdo con todo lo anterior y teniendo en cuenta que la demandante no cumple con los requisitos exigidos por la norma vigente para el momento en que fue declarado inválida, no resulta

procedente acceder a las pretensiones formuladas en la demanda y en consecuencia se confirmará la decisión absolutoria impartida en primera instancia, y se aclara que, con la presente decisión, la suscrita recoge su anterior postura y cualquier otra contraria a lo aquí señalado.

Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA. D. C., SALA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26 2017 545 02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ENILSE GUERRERO JUNCO
DEMANDADO: FANNY EMILIA BERMUDEZ GONZALEZ

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 14 de mayo de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora ENILSA GUERRERO JUNCO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de FANNY EMILIA BERMUDEZ GONZALEZ, como propietaria y administradora del restaurante denominado RESTAURANTE FUNDADOR, con el fin que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual terminó por causa imputable al empleador. Que la demandada debe cancelar la indemnización contemplada en el art. 64 del C.S.T.; así mismo al pago de los ajustes por conceptos de primas de servicios, cesantías, vacaciones y las demás acreencias laborales dejadas de pagar por el despido injusto. Finalmente solicita el pago de la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T. y las costas del proceso. (fl. 3-4).

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que con fecha 14 de mayo de 2014, entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de ayudante de cocina, en el restaurante fundador, el cual no se encuentra registrado en la cámara de comercio.
- Que como salario se pactó la suma de $30.000,oo diarios y los domingos $35.000.
- Que desarrollaba sus labores de 7:00 am a 6:00 pm.
- Que el día 14 de marzo de 2016, fue desvinculada del restaurante.
- Que no le fueron canceladas prestaciones sociales y no fue afiliada a ninguna EPS.
- Que no le fueron canceladas las horas extras, primas, cesantías y vacaciones.
- Que se intentó realizar conciliación con la demandada, pero ésta no asistió. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 3, 4, 5, 6 y 7, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y compensación. (fls. 21 - 25).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 14 de mayo de 2019, DECLARÓ que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2016. Como consecuencia de lo anterior, condenó a la demandada a pagar la suma de $225.000,oo por concepto de cesantías, $6.750,oo por concepto de intereses a las cesantías, $225.000,oo por concepto de primas de servicios y $112.500,oo por concepto de compensación en dinero de las vacaciones. Finalmente absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. (fl. 46).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que pretende la demandante se declare que entre ella y Fanny Emilia Bermúdez en calidad de propietaria el establecimiento de comercio restaurante fundador, existe un contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el 14 de mayo 2014 al 14 de marzo 2016 y que a la finalización del contrato se dio de forma unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora y que en consecuencia, se condena a la demandada al pago la indemnización correspondiente, a los ajustes de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, la indemnización moratoria y de indemnización moratoria, anhelo al cual se opuso la demandada informando en su escrito de contestación que la demandante sólo presta sus servicios en su establecimiento de comercio durante 3 meses comprendidos entre diciembre de 2015 y febrero de 2016, sobre este punto el art. 22 y 23 del C.S.T., presentan la definición y los elementos del Contrato de Trabajo, es así que quien alega la condición de trabajador debe demostrar los elementos que configuran los mismos y no le basta sólo con afirmar que el mismo si se estructuró, sin embargo el artículo 24 la misma codificación establecer "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de Trabajo" por lo que le basta al trabajador demandante acreditar la prestación personal del servicio para que se dé por probada la existencia de la relación laboral dado que el elemento subordinación se presume, y al respecto para establecer que entre las partes existió otro vinculo distinto a un contrato de trabajo deberá desvirtuarse la subordinación.

Ahora con el fin de probar sus pretensiones la parte actora aportó copia del acta de conciliación suscrita por las partes ante el Ministerio de trabajo el

12 de julio 2016 folio 6, constancia de no comparecencia emitida por la inspectora de trabajo, certificado de matrícula de personas natural expedido por la cámara de comercio de Bogotá, liquidación de prestaciones sociales concepto jurídico de la Universidad Autónoma y liquidación laboral.

Por su parte la demandada solo allegó la copia de la conciliación suscrita por las partes ante el Ministerio de trabajo el 12 de julio de 2016, visible a folio 28, así mismo se recepcionaron los interrogatorios de parte.

Señaló la juez de instancia que una vez analizado acervo probatorio arrimado al presente asunto encuentra que efectivamente la promotora del proceso prestó sus servicios personales a favor de la encartada con el fin de llevar a cabo labores de cargo de oficios varios en el establecimiento de comercio de propiedad de la señora Fanny Emilia Bermúdez González así pues al probarte la prestación personal del servicio por parte de la demandante se genera de forma automática la presunción de la existencia del contrato de trabajo lo que debía ser desvirtuada por la demandada situación que en el presente caso no ocurrió teniendo en cuenta que tanto en el escrito de contestación como un interrogatorio de parte informo que la señora Elisa Guerrero Junco trabajo en el restaurante fundadores y que le pagaba $30.000, que la contratación se dio en forma verbal, por lo que no existe duda alguna sobre la existencia del vínculo laboral que unió a las partes Así como el cargo desempeñado por la actora razón por la cual es menester analizar si se acredita nos estemos de la relación laboral para que de esta forma establecer la vigencia de la relación sobre este asunto la demandante afirma que la relación se desarrolló entre el 14 de mayo 2014 al 14 de marzo 2016 y por su parte la accionada señaló en el escrito de contestación que la actora ingresó a trabajar en diciembre 2015 hasta febrero 2016.

Por lo anterior, señaló que no existe duda sobre la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, así como el cargo desempeñado por la actora, pero la reclamante no aportó elemento probatorio alguno que pueda corroborar los extremos temporales por ella planteadas en el libelo de introductorio , por lo que se tendrán como tal, los confesados por la convocada judicial por lo que se declarara que entre la señora Enilsa Guerrero Junco y Fanny Emilia Bermúdez González existe un contrato

laboral a término indefinido vigente entre primero de enero al 31 de marzo 2016, teniendo en cuenta que la demandada admitió que la demandante elaboró a su servicio por espacio de tres meses durante el año 2016. En relación con el salario devengado por el accionante indicó en el hechos que el mismo corresponde a la suma de $30.000 diarios y los domingos $35000 afirmación que no fue objetada en cuento a los $30.000,oo diarios, pero aclaro que demandante nunca labora domingo, lo que digas lo que dicho sea de paso la actora no acreditó tampoco mediante ningún elemento probatorio. De modo que se tendrá para todos efectos legales que la actora devengó la suma de $900.000,oo.

Sentado anterior, procedió a analizar las pretensiones incoadas, señalando que no se acreditó el pago de las mismas, por lo que emitió las condenas que ya se relacionaron, en cuenta a prestaciones sociales y vacaciones.

Ahora en cuanto la indemnización del artículo 64 en cuanto a la indemnización prevista en el artículo 64 del código del trabajo se debe tener en cuenta que al haber iniciado la relación laboral el 1 enero 2016, la norma aplicable es el artículo 64 del Código Sustantivo del trabajo, modificada por la ley 50 de 1990, es así que de acuerdo con la carga probatoria a la trabajadora demandante le corresponde de mostrar el hecho del despido y a la demandada acreditar que el mismo se dio por una justa causa.

Descendiendo el caso bajo estudio se tiene que la señora Enilsa Guerrero Junco no aportó prueba que diera certeza al despacho en relación con el despido pues en su interrogatorio de parte inicialmente informo que se había retirado porque la demandada no le pagaba los $40.000 diarios, que ella pedía y luego que la señora Fanny Emilia Bermúdez González le había dicho que se fuera y que no la quería ver más, es decir la parte actora quien tenía la carga la prueba no logró acreditar el hecho del despido y por tanto no hay lugar imponer condena alguna por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

De la condena por indemnización moratoria, solicita condena al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo por el no pago oportuno las prestaciones sociales sobre este punto no procede de manera automática sino que se requiere el estudio La

Buena o la mala fe del empleador al momento de emitir su pago de este modo encontró el Despacho que conforme al acervo probatorio del plenario y la liquidación realizada en esa providencia que la demanda acto de buena fe, a lo anterior por cuanto su dicho manifiesta que se le pagaba la suma de $30.000 diarios, en la cuando iba incluido todas las creencias, teniendo en cuenta que es común que los trabajadores que prestan los servicios en el restaurante se vayan en cualquier momento razón por la cual siempre se pagaba dicha suma dinero además de lo anterior debe resaltarse que en la demandada se pretende reajuste del pago de las cesantías y primas de servicios, de lo que se deduce que la demandada durante la vigencia de la relación laboral pagó ciertas sumas de dinero, las cuales si bien no se demostraron, si existe una confesión por parte de la demandante revivió sumas de dinero durante la vigencia la relación, es más, en el mismo interrogatorio de parte rendido por la demandante en este despacho manifestó que en el mes de febrero del año 2016 la demanda le dio la suma de $200000, lo cual acredita la buena fe de la demandada, toda vez que canceló durante la relación laboral, las sumas que consideraba deberle a la actora, así las cosas y como quiera que se encuentra acreditada la buena fe de la demandada el despacho no acceder a la condenada por indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación en los siguientes términos:

> *"no estoy conforme con la decisión debido a que, si bien es cierto que no se probó en primer un momento la fecha de inicio de labores, tampoco la parte demandada probó que hubiera sido durante esos tres meses, que hubiera eso, simplemente pues se habla de la manifestación la da la aquí por parte de la demandada. De los otros aspectos en cuanto al artículo 65 de la sanción moratoria, la misma demandada a quién manifiesta que efectivamente ella no consiguió ningún dinero en ningún banco ni a cuenta de la señora demandante por lo tanto se debe tener en cuenta esa situación para definir lo que sea pretende con la pretensión del artículo 65. Así mismo las demás acreencias laborales proceden es desde el momento del 14 de mayo del 2014 ya que pues a pesar y como no hay ningún documento expresó debido a que se trata de un contrato laboral y no un contrato escrito pues la parte*

demandante no tiene, pues una certificación exacta de que eso verdaderamente existió desde esa fecha pero al igual la parte demandada tampoco probó aquí en estrados de que hubiera sido solamente por los tres meses que ellos manifiestan por ello eso solicitó su señoría apelación a este caso"

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a revisar en apelación el fallo proferido, por lo que en primer lugar se determinarán los extremos de la relación laboral y en segundo lugar la procedencia de la condena por concepto de indemnización moratoria.

Para resolver el problema jurídico se tiene que en este caso a la demandante ENILSA GUERRERO JUNCO, alega que sostuvo una relación laboral con la demandada, mediante un contrato de trabajo verbal, desde el 14 de mayo de 2014 hasta el 14 de marzo de 2016, desempeñando el cargo de auxiliar de cocina.

Por parte la demandada, niega la existencia de la misma en los términos antes señalados, ya que indica que la elación que existió lo fue desde el mes de diciembre de 2015 y hasta el mes de febrero de 2016.

Igualmente se tiene que la Juez de primer grado señaló que era carga probatoria de la parte actora acreditar los extremos que alega, carga que no cumplió, pero como quiera que la demandada confesó un contrato de 3 meses, desde diciembre de 2015 a febrero de 2016, procedió a declarar la existencia de a relación solo por este lapso.

Ahora bien, señala la parte actora en su recurso, que la demandada no demostró la existencia de la relación laboral por los 3 meses que alegó, por lo que dicho término no puede ser tenido en cuenta y en consecuencia, se debe declarar la existencia de la relación laboral desde el 14 de mayo de 2014 y hasta el 14 de marzo de 2016.

Descendiendo al caso que nos ocupa, es necesario señalar que tal y como lo indicó la Juez de primer grado, en correspondencia con los principios que conforman la carga de la prueba, la parte demandante debía soportar la carga de probar las afirmaciones realizadas en la demanda, esto es, debía

demostrar en el curso del proceso, los extremos que alega, no obstante lo anterior no allegó prueba alguna al respecto.

Por lo anterior y como quiera que la demandada confesó la existencia de un vínculo laboral con la demandante por 3 meses, se declaró la existencia de ese vínculo y se ordenó el pago de la prestaciones sociales y vacaciones, derivados de éste. Así las cosas, pretender como lo señala la parte actora no tener en cuenta esta manifestación, toda vez que, según su dicho debió demostrar estos tres meses que alegó, conllevarían a emitir una sentencia absolutoria, ya que, en el debate probatorio, no se encontró prueba diferente a esta, por lo que no erró la Juez de primer grado en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto a la indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T., esta Colegiatura en cuenta que en su recurso, la parte actora se limitó a indicar que la demandada no consiguió ningún dinero en ningún banco ni en una cuenta de la señora demandante, sin atacar o controvertir los argumentos esbozados por la Juez de Primer Grado y que la llevaron a absolver a la demandada.

En cuanto al pago de la indemnización moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T., se encuentra que tal y como lo dijo la Juez de primer grado la misma no es de aplicación automática, como al parecer lo considera la parte actora, ya que se ha de establecerse si la conducta del empleador demandado, estuvo revestida de buena o mala fe, al respecto la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicación No. 46574 del 19 de octubre de 2016 M.P. Gerardo Botero, señaló:

> *"Conviene recordar que para definir la procedencia de la indemnización moratoria, debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias,* ***que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario****, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra. De ahí que se sostenga que la aplicación de esta sanción no es automática ni inexorable.(Negrilla fuera del texto original).*
>
> *Del mismo modo, debe memorarse que la «buena fe» equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del*

empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 ag. 2016, rad. 45175); e igualmente que «la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia; habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada» (Sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, reiterada en la SL11436-2016, 29 jun. 2016, rad. 45536).

Así las cosas y pese a que la parte actora alega en su recurso que no le fue consignado dinero alguno, tal y como lo dijo la Juez de primer Grado no se puede pasar por alto que la propia demandante en su interrogatorio de parte confesó que una vez terminada la relación que la unió con la demandada, esta última la llamó y le entregó la suma de $200.000.oo.

Finalmente es de advertir que la parte actora en su recurso, tampoco controvirtió este hecho, esto es, el pago realizado, así como tampoco que esa fue la suma que la demandada consideró deber a la parte actora y que por estas circunstancias en el presente proceso no se solicita el pago de dichas acreencias sino su reajuste.

Por lo anterior y como quiera que en el presente caso la parte actora afirma en el recurso que no le fue pagado dinero alguno a la demandante, y como ya se indicó anteriormente, en el presente caso la propia parte actora confesó que sí le fue entregado, lo que la demandada creyó adeudarle, se confirmará la absolución impuesta en primer grado.

SIN COSTAS. En esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27 2017 00732 01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: FANNY LUCIA CASTILLO TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES y otros

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 16 de agosto de 2019, por la apelación, presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora y las demandadas

ANTECEDENTES

La señora **FANNY LUCIA CASTILLO TORRES**, por medio de apoderado judicial, demandó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, solicitando se declare la nulidad del traslado y de afiliación en pensiones; que en consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes efectuados a COLPENSIONES; así mismo se ordene que los mismos sean tenidos en cuenta para efectos pensionales, a lo que resulte probado extra y ultra petita. (fl.- 3).

Fundamentó sus pretensiones afirmando en resumen:

- Que nació el 7 de septiembre de 1964 y que se afilió al ISS el 18 de marzo de 1.982 con el empleador EPM ENERGIA ELEC DE BOGOTÁ S.A.
- Que el 15 de julio de 1999, por una mala asesoría se trasladó del régimen de prima media del ISS, al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PROTECCIÓN S.A.
- Que el asesor le informó que si se trasladaba de régimen no perdería ningún beneficio, sino que además podía pensionarse a la edad que quisiera, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y que recibiría una pensión con un monto mayor al que tendría en el ISS.
- Que el 15 de septiembre del año 2005, cambio su afiliación a PORVENIR S.A., en la que actualmente se encuentra afiliada.
- Que en la actualidad cuenta con más de 1.714 semanas de cotización, dentro de las cuales 819 fueron cotizadas al ISS.
- Que no le informaron que antes tenía la posibilidad de retornar al Régimen administrado por el ISS hoy COLPENSIONES.
- Que en el año 2017, solicitó al cambio de régimen a COLPENSIONES nuevamente, pero dicha solicitud fue negada.

- Que no existió una adecuada asesoría por parte del personal de PORVENIR S.A. antes de cumplir los 47 años de edad, lo que le causó un perjuicio irremediable. (fl.- 4-6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, mediante apoderado judicial presento contestación oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 3, 6, 7 y 11 a 15, en relación con los demás señaló que no son ciertos o que no le constan. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. (fl.- 100 - 111).

Por su parte PROTECCIÓN S.A, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, señaló que no son ciertos o que no le constan. En relación con las excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio del consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción. (fl.- 143- 149)

La demandada PORVENIR S.A, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 6, 7, 8, 13, 14 y 15. En relación con las excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y debida asesoría del fondo. (fl.- 157 – 164)

En la etapa del saneamiento del proceso, se ordenó la vinculación de la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, quien una vez notificada, procedió a dar contestación, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó el enlistado en el numeral1, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Finalmente propuso como

excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe. (fl.- 201 – 226)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 16 de agosto de 2019, resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por el actor a PROTECCIÓN S.A. y condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes efectuados en dicho fondo, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, bonos pensionales etc.; así mismo condeno a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado. (fl.- 142).

Fincó su decisión la Juez de Primer Grado, señalando :

> *"Si bien es cierto se formuló como pretensión la solicitud de nulidad del traslado entre regímenes pensionales en los términos de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia el problema jurídico que plantea el despacho a en determinar si debe declararse ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida del régimen de ahorro individual con solidaridad qué efectuó la señora Fanny Lucia Castillo Torres en el mes de julio de 1999 y si pueden y deben trasladar los aportes que poseen su cuenta de ahorro individual en la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, como premisas normativas tenemos las sentencias proferidas por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de los expedientes 31.989 del 9 de septiembre 2008 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, No. 33.083 del 22 de noviembre 2011 con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón y las sentencias SL 12136 el 3 de septiembre 2014 competencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL 17.595 del 18 de octubre 2017 con ponencia del Doctor Fernando Castillo Cadena, SL 19.447 2017 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, SL 1.452 del 3 de abril de 2019 con ponencia la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 1.421 del 10 de Abril de 2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga y SL 1.688 del 8 de mayo 2019 con ponencia la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.*

Cómo premisas fácticas tenemos la siguiente, la señora Fanny Lucía Castillo Torres nació el 7 de septiembre de 1964 cómo se verifican la copia de la cédula de ciudadanía que reposa folio 29 del plenario, la demandante cotizó al otrora instituto de seguros sociales 827.57 semanas entre el 18 de Marzo de 1982 y el 17 de Enero de 1994 según el reporte de semanas de cotización que reposa folios 30 al 33 del plenario, el 15 de julio de 1999 la demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad y por ende solicitó su vinculación a Colmena hoy Protección para lo que suscribió un formulario de afiliación en el que se lee la parte denominado "voluntad de selección afiliación hago constar que la Selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa en forma libre espontánea y sin presiones manifiesto que elegí ido a cesantías y pensiones Colmena para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos" Folio 34, el 15 de septiembre 2005 la demandante se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR para lo cual suscribió formulario de afiliación en el que se leen una parte denominado voluntad afiliación pensiones obligatorias "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la efectúa en forma libre espontánea impresiones he sido asesorado sobre las implicaciones del régimen especialmente sobre el régimen de transición en caso de permanecer en el mismo manifiesto que he escogido a BBVA Horizonte pensiones y cesantías para que administre mis aportes pensionales, conozco que dispongo de 5 días a partir del diligenciamiento de este formulario para retractarme de la afiliación, declaró que los datos proporcionados en este formulario son verdaderos, cómo se observa folio 35 del plenario.

El 23 de mayo 2012 la señora Castillo Torres se trasladó a Skandia hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, para lo cual firmó el formulario de afiliación en el que se leen el aparte denominado firma de la afiliada "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad efecto en forma libre y espontánea y presiones manifiesto que he elegido a skandia pensiones y cesantías para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos así mismo, autorizó skandia pensiones y cesantías para que tramite a mi nombre la emisión de mi Bono pensional declaró que he sido asesorado sobre las implicaciones del régimen de transición así mismo conozco que dispongo de 5 días hábiles a partir del diligenciamiento de esta solicitud para retractarme

de la afiliación" folio 229. la señora Fanny Lucía Castillo Torres se afilió nuevamente a Porvenir el 1 de noviembre 2013 y a la fecha se cuenta afiliada a esa administradora cómo se verifica con la certificación emitida por Porvenir que obra a folio 165 y con el reporte emitido obrante al folio 166 del plenario, teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas a juicio de este despacho encuentra que la entidad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse del régimen y mucho menos de sus desventajas la única prueba con la que el fondo demandado pretende demostrar la debida información otorgada la señora Fanny Lucía Castillo Torres es con la suscripción de los formularios de afiliación los cuales tienen formas previamente establecidas para todos los casos y con los que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse el régimen de ahorro individual con solidaridad como la indicado la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas, esa carga probatoria tampoco la suplieron las demás administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad por las que pasó la señora Fanny Lucía Castillo Torres pues al momento de trasladarse a esas administradoras tampoco le explicaron a la demandante las características del régimen de ahorro individual con solidaridad las diferencias con el régimen de prima media con prestación definida y las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual información, que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al régimen de prima media con prestación definida cuando todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la ley 797 de 2003.

Ahora viene la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras la carga probatoria de y a salte del afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para

tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieran una expectativa derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido la pensión, como en el caso que nos ocupa puesto que ni la legislación y la jurisprudencia tienen establecido que se debe contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una FP por incumplimiento del deber de información, sino que por el contrario la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo, tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba pese al traslado entre administradores dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad pues tal como lo indicó la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida dentro del expediente 30 de 1989 del 9 de septiembre 2008 "se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras Dentro de este último régimen ciertamente la decisión de escoger entre una y otras mi estado de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos, concluye entonces que la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección S.A la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A Old Mutual administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa la señora Fanny Lucía Castillo Torres y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él por lo que además incumplieron sus deberes de buen consejo de asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad de regímenes pensionales, ahora bien no cuenta que la señora Fanny Lucía Castillo Torres el traslado de protección a Porvenir en septiembre 2005 de Porvenir a SKANDIA en mayo 2012 y de SKANDIA nuevamente a PORVENIR en noviembre 2013 y que se realizó el traslado de dinero a Porvenir S.A cómo se verifica con la historia laboral consolidada del afiliada visible a folios 36 al 42 y 169 al 174 es por Porvenir S.A la que actualmente tiene sus aportes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por lo anterior se declarará la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, declaratoria que trae como consecuencia que no produjo efecto alguno el traslado a Protección S.A efectuado en Julio de 1999 y los traslados que con posterioridad se hicieron a OLD MUTAL y a PORVENIR, por lo que debe condenarse entonces a Porvenir S.A a devolver a COLPENSIONES todos los dineros recibido con motivo de la afiliación de la señora Fanny Lucía Castillo Torres como cotizaciones bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado como también lo dejó claro la sala de casación laboral de la corte en la sentencia No. 31.989 del 9 de septiembre 2008 y correlativamente COLPENSIONES deberá afiliar nuevamente a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A

Las demandadas formularon la excepción de prescripción y si bien es cierto esta juzgadora en buen número de providencias adoptó el criterio de la prescripción contado a partir del momento en que el afiliado advierte el perjuicio ocasionado con el traslado de régimen, lo cierto es que las sentencias SL 1421 del 10 de Abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo 2019 aclaran cualquier duda al respecto al señalar la inoperancia de la prescripción cuando se trata de nulidad o ineficacia el traslado de régimen pensional no sólo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental e irrenunciable como la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, por lo que debe declararse y no probada esta excepción."

RECURSO DE APELACIÓN

Interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada **PORVENIR S.A.** señalando que

"Su señoría por parte de Porvenir de manera respetuosa me permito interponer recurso apelación en contra la decisión emitida por el despacho haciendo alusión a los siguientes argumentos, desde un primer aspecto se presenta la inconformidad frente a la decisión o centrar el problema jurídico a resolver por parte del fallador de primera instancia en la medida que la fijación del litigio se centró a resolver lo referente a la nulidad de la afiliación y no frente a la

ineficacia, que si bien la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema ha efectuado o ha definido, concluido que responder frente al tema de la falta de información que en diferentes casos las administradoras de pensiones conllevaron a que definiera tal aspecto como la ineficacia a resolver los de la figura jurídica de la ineficacia, en esos aspectos conllevo a que la defensa realizada por este apoderado conllevará a enfocarse frente a la figura de la nulidad y no de la ineficacia referente a que son jurídicas totalmente diferentes centrándose que la ineficacia como lo ha definido la Corte Suprema se centra en que no reúne ni siquiera los requisitos del acto jurídico de pleno derecho para que el mismo exista y referente a los actos de afiliación se refiere a esa falta información que su momento llegaban a condicionar las administradoras de pensiones diferente a la nulidad relativa, enfocadas al vicio en el consentimiento ya sea por error, fuerza o dolo en que se incurrió en estos casos al afiliado o al demandante, teniendo en cuenta estos aspectos el fallo a considerar se centró frente a la falta de información y no frente al vicio de consentimiento que incurrió en las administradoras de pensiones frente al análisis probatorio realizado por el despacho indica que conforme a esta jurisprudencia que has entrado la sala laboral de la corte esa carga o ese traslado de la carga dinámica de la prueba la tienen las administradoras de pensiones y que en el presente proceso no se acreditó esa información que se le da a la demandante que con lo único que se contará con el formulario de vinculación. Ahora, si bien la jurisprudencia que cita el fallador de primera instancia como la sentencia SL 1452 de 2019 indica expresamente que se deber de información ha sido una evolución histórica, es decir no puede aplicarse de un aspecto retroactivo ese deber de información, las administradoras de pensiones en el sentido de que no es las mismas exigencias legales las que momento del traslado de la demandante para el año 99 existían a las que podían existir en el año 2012 o actualmente cuando la demandante se trasladó a PORVENIR, debiendo incluso en estos aspectos realizar un análisis concreto y para el momento del traslado de régimen se efectúa directamente que no se dejará plasmada por escrito ningún tipo de información que se le da a la demandante la misma porque la misma se efectuó de manera verbal y que lo que acredita el consentimiento y la voluntad del afiliado era precisamente el formulario vinculación que ningún momento fue tachado de falso y qué son formularios de vinculación que cumplían los avales de la superintendencia financiera de la época, ahora frente a lo que aqueja concretamente en el proceso que es la inconformidad la demandante

por el monto de la mesada pensional si nos remitimos analizar la información que las administradoras de pensiones le debieron suministrarle a la demandante para el efecto del monto de su mesada pensional a la demandante se le otorgó, cuando el interrogatorio de parte manifestaba que para otorgar u optar a un monto superior de la mesada pensional requerida o dependida del ahorro que realizaba, es decir tenía conocimiento de quería reunir un capital determinado para optar a un monto superior en el régimen de ahorro individual, que tenía conocimiento que era una cuenta de ahorro individual donde genera unos rendimientos respectivos es decir esa información se le suministró, más aún cuando el formulario en su momento Horizonte para el 2005, precisa en la casilla donde la demandante aceptó a realizar aportes voluntarios en esos términos se está indicando se está reprochando mi representado un tipo de carga de la prueba pues que queda demostrada y que en esos términos pues no se advierte cómo se condenó en estos aspectos, frente análisis realizado por la prescripción por parte del fallador de primera instancia que se considera que se cambió el criterio advirtiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente que se reconocía previamente era cuando en el momento oportuno fáctico donde se advertía el perjuicio afectado también es cierto que el tribunal sala laboral de Bogotá ha advertido que esta prescripción no opera de manera automática y que cuando existe una inconformidad por un aspecto una prestación económica que en estos aspectos estamos hablando de la inconformidad de la demandante por el monto de la mesada pensional, si opera el fenómeno de la prescripción, en esos términos la demandante conociendo de tal aspecto para el año 2011 decidió ratificar su intención de permanencia en el régimen de ahorro individual con posteriores traslados a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL en el 2012 y en el 2013 con PORVENIR, sin impetrar en este sentido es ninguna acción judicial, lo que por un lado significa ratificación de permanencia y lo otro operar la acción o el fenómeno de la prescripción referente al lapso de tiempo transcurrido por los anteriores argumentos solicitó al Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una las pretensiones, gracias."

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES,** indicó:

"Su señoría en el término que me asiste solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se revoque sentencia de primera instancia en los puntos que le fueron desfavorables a mi representada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos. No se puede recibir a la demandante en el régimen de prima media toda vez que su afiliación es válida cuando suscribió el formulario de afiliación y así mismo acepto las condiciones, beneficios y características del mismo, y eso se vislumbra en las pruebas que fueron practicadas, esto es, en el interrogatorio de parte cuando la demandante manifestó conocer el régimen en el cual se encuentra vinculada, del mismo modo se debe tener en cuenta que la demandante al momento de realizar su traslado no se le vulnero ninguna expectativa legítima toda vez que la misma no es beneficiosa del régimen de transición y que no se puede tener en cuenta que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la SL 1452 del 2019 se debe tener a la demandante como no beneficiaria del régimen de transición teniendo en cuenta que le faltaba más de 20 años para cumplir la edad de 35 años, y así mismo no había realizado 15 años de cotización, por lo tanto esta sentencia y la jurisprudencia con la cual se ha basado la parte actora son para casos especialmente donde las personas que se han trasladado se le han vulnerado alguna expectativa legítima cuando son beneficiarios del régimen de transición y la misma no lo es; ahora bien se debe precisar que a mi representanta no puede endilgarle ninguna carga, ninguna obligación de recibir a la demandante toda vez que la misma no ha contribuido al régimen de prima media y que la misma resulte beneficiada de los aportes que si han sido realizados por lo que están afiliados dentro del régimen de prima media administrado por Colpensiones y esto lo hago con el argumento de la sentencian SL 10 24 de 2004 la que busca evitar la descapitalización del fondo común y la equidad de la seguridad social de las personas que están afiliadas al régimen de prima media, por otro lado no se puede tener en cuenta la ineficacia de traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad toda vez que la demandante fue negligente y no se informó también del régimen en el cal se encuentra vinculada, en este orden de ideas estamos frente a un error de derecho y no un error de hecho del cual no viva el consentimiento y por ende no se puede tener en cuenta la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual, por estas razones solicito revoque sentencia de primera instancia absolviendo a mi representada de todas y cada una de las pretensiones y así mismo me acojo al grado jurisdiccional de consulta en favor de mi representado, muchas gracias".

CONSIDERACIONES

Para la resolución de los recursos de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupara de los aspectos de la sentencia que para cada recurrente merecieron reproche, de conformidad con el principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S. así mismo dará aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Frente a este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora FANNY LUCIA CASTILLO TORRES, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 15 de julio de 1995, para que en su lugar, COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le

suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o

legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro que contrario a lo señalado por la apoderada de COLPENSIONES en su recurso, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que el fallador de primer grado, si efectuó un completo estudio del expediente y es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, aunque se hubiese solicitado la nulidad del traslado en el escrito inicial, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia (ver SL 1452 de 2019), pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual y probar en el

presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, de conformidad con lo dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27 2018 367 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIA ADELAIDA RUIZ DE MONCADA
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 25 de noviembre de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora MARIA ADELAIDA RUIZ MONCADA, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada a rectificar la historia laboral del causante JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION (Q.E.P.D) incluyendo la totalidad de las semanas laborales y las contabilizadas en forma errónea. Solicita se declare que el causante JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION (Q.E.P.D), era beneficiario del

régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y acto legislativo No. 1 de 2.005, razón por la cual en vida le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a reconocer y pagar a mi mandante MARIA ADELA RUIZ DE MONCADA, la pensión de sobrevivientes, por la muerte de su esposo, quien en vida respondía al nombre de JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION(Q.E.P.D), con C.C No. 3.222.244 a partir del 22 de mayo de 2016, fecha de su muerte, junto con las mesadas adicionales a que hubiere lugar, que se hubieren y sigan causando, durante el trámite del presente proceso y los incrementos de ley, al pago de la sanción por no pago oportuno de sus mesadas pensiónales según lo establecido en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y subsidiariamente, solicito se le reconozca a mi mandante, la indexación de todas y cada una de las mesadas pensiónales. Finalmente solicita se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a cancelar las costas y agencias en derecho. (fl.- 4)

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. El señor **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** (Q.E.P.D), contrajo matrimonio con la señora MARIA ADELA RUIZ DE MONCADA, el 4 de enero de 1.968 por los ritos de la iglesia católica y fue registrado en la Registraduría a Municipal de Ubaté en el Folio 432 Tomo 2 del libro correspondiente.

2. Mediante derecho de petición radicado el 2 de abril de 2003 el señor **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

3. Mediante Resolución GNR 117549 del 30 de mayo de 2013, COLPENSIONES dio respuesta a la solicitud de Pensión de vejez negándola por considerar que el asegurado no cumplía con el requisito de semanas establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

4. Mediante escrito radicado con el numero 2013_4799284 del 16 de julio de 2013, el señor JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la resolución GNR 117549 del 30 de mayo de 2013.

5. El día 22 de mayo de 2016 falleció en la ciudad de Bogotá D.C., el asegurado y esposo de mi mandante, quien en vida respondía al nombre de **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION**.

6. El señor **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** (Q.E.P.D), cotizó al RPM, desde el 1 de mayo de 1979 hasta el 31 de marzo de 2012 un total de 1100,42 semanas.

7. En reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES el 13 de septiembre de 2016, se registran un total de 1032,14 semanas cotizadas por el señor **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** (Q.E.P.D)

8. Las cotizaciones que no se tuvieron en cuenta por parte de COLPENSIONES, son: 15 días de diciembre de 1998, de enero a septiembre de 1999, 13 días del mes de junio de 2003 y de abril a septiembre de 1998, para un total de 68,2855 semanas.

9. El señor **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** (Q.E.P.D) contaba con 51 años de edad al 1 de abril de 1994, fecha en la cual entra en vigencia la Ley 100 de 1994, por lo que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la referida normativa.

10. El señor **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** dejo causado su derecho pensional por vejez, al acumular el número mínimo de semanas exigida en el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990.

11. Mi poderdante convivió bajo el mismo techo, con su esposo **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION** (Q.E.P.D), durante toda la vigencia de su matrimonio y hasta el día de su muerte.

12. Mi poderdante dependía económicamente de su esposo.

13. Mediante solicitud de prestaciones económicas No. 2018_2038393 el día 21 de febrero de 2018, mi poderdante solicito el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su esposo **JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION**.

14. A la fecha de presentación de esta demanda COLPENSIONES no ha dado respuesta a la solicitud de prestaciones económicas citada.

15. Mi poderdante**,** probó administrativamente ante COLPENSIONES, ser la esposa del causante y quién lo acompaño hasta la fecha de su muerte.

16. Mi poderdante cumple con los requisitos establecidos en el parágrafo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (fl.- 2.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, a 5, 9 y 13, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y prescripción. (fls. 36 - 46).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 25 de noviembre de 2019, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra a la demandada y condenó en costas a la parte actora. (fl. 84).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que:

> *"Procede el despacho a emitir la siguiente sentencia, la señora María Helena Ruiz de Moncada por intermedio apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES para que previos los trámites legales se declare que el señor JOSÉ AGUSTÍN MONCADA HILARION dejó causada la pensión de vejez bajo los lineamientos del acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición y en consecuencia se condene a la demandada COLPENSIONES a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes junto con los intereses moratorios y la indexación.*
> *Fundamento de sus pretensiones en los hechos que reposan o que se consignaron a folios 2 y 3 del expediente; mediante auto del 27 de agosto 2018 se admitió la demanda y ordenó su notificación a la demandada que contestó como parece a folios 36 al 46 del plenario. Los requisitos exigidos para que el juzgado se pronuncie de la Litis encuentran satisfechos, la demanda cumple con los requisitos de ley, las partes son capaces jurídicamente, el juzgado competente por la naturaleza del proceso y calidad las mismas por lo que se procede a decidir previa las siguientes consideraciones, el problema jurídico que corresponde dilucidar al despacho, debe esta juzgadora indicar que pese a que COLPENSIONES manifestó tanto en la contestación de la demanda como los alegatos de conclusión que el demandante no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes con*

fundamento en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003, ya que las pretensiones en este proceso si bien es cierto tienden al reconocimiento del mismo derecho el fundamento jurídico de la demanda no tiene que ver con el artículo 46 de la ley 100 de 1993 si no con la aplicación o más bien con el artículo 46 puro y simple al que hace referencia COLPENSIONES si no con el parágrafo primero del artículo 46 de la ley 100 de 1993 por esa razón el problema jurídico que plantea el despacho se centra en determinar si cotizó el señor José Agustín Moncada Hilarión en vida, el número mínimo de semanas requerido para el reconocimiento de la pensión de vejez antes de su fallecimiento sin que ella se le hubiera reconocido y si por ende debe concederle la pensión de sobrevivientes a quien acredite la condición de beneficiario. Como premisas normativas tenemos ese parágrafo del artículo 46 de la ley 100 de 1993 que señala que cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima media en tiempo anterior a su fallecimiento sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de qué trata el artículo 66 de esta ley los beneficiarios A qué se refiere el numeral segundo de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos de esta ley. Igualmente como premisas normativas tenemos en cuenta el acto legislativo 01 de 2005, del artículo 23 de la ley 100 de 1993 y tenemos en cuenta también las sentencias 42628 el 31 agosto 2010 de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza en la que se indicó lo siguiente "sin embargo con el fin de precisar su discernimiento sobre el particular y para qué existe claridad respecto de su actual entendimiento acerca de los requisitos que deben cumplirse para que se causa la pensión del parágrafo primero del artículo 12 de la ley 797 de 2003", debe ahora aclararse que el criterio expuesto en la sentencia no significa que las normas de los reglamentos del seguro de invalidez vejez y muerte que tenían vigencia antes de la ley 100 vale decir el acuerdo 049 de 1990 no forman parte del régimen de prima media con prestación definida como tampoco que para efectos de establecer el derecho a la pensión de sobrevivientes de qué trata el parágrafo primero del artículo 12 de la ley 797 no se puede acudir a esas normas en ningún caso en efecto toda vez que el inciso segundo del reseñador título 33 de la ley 100 Establece que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez vejez y muerte a cargo del instituto de seguros sociales con las adiciones modificaciones y excepciones contenidas en esta ley estable considerar que las disposiciones hace reglamentos con las restricciones dispuestas por el artículo 33 hacen parte del régimen de prima media con prestación definida en cuanto no hayan sido derogada o modificada por la ley

100 o en cuanto puedan ser aplicadas por razón de la utilización del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la ley 100 así las cosas conforme se anotó con antelación debe entenderse que la alusión efectuada el número mínimo de semanas de que trata el parágrafo primero del artículo 12 de la ley 797 es el fijado por el artículo 33 de la ley 100 con las modificaciones que le hayan sido introducidas, entre otras por la propia ley 797 de 2003 sin embargo ellos es así siempre y cuando el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la ley 100 Pues en tal caso y en tratándose de un afiliado al seguro social por razón de los beneficiarios de ese régimen se le debe aplicar en materia densidad de cotizaciones el régimen al cual se encontrará afiliado para el primero de abril del 94, que es el acuerdo 049 de 1990 en particular su Artículo 12 por así disponerlo señalado artículo 36 de la ley 100 de 1993 y tenemos en cuenta Igualmente la sentencia radicado bajo el número 72646 también de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del magistrado Luis Gabriel Miranda, en la que se trataron asuntos puntuales relacionados con las cotizaciones de los trabajadores independientes en los siguientes términos, así el trabajador independiente se constituye en el interesado directo del aporte de sus cotizaciones al sistema de pensiones para que en el evento de presentarse la contingencia la entidad encargada es a la que se encuentra afiliado, le conceda las acreencias que le puedan corresponder, por ello esos trabajadores independientes están obligados a efectuar aportes por periodos mensuales y en forma anticipada por lo que las novedades que ocurran y no se pueden reportar anticipadamente se reportaran al mes siguiente de donde sin duda alguna que las cotizaciones realizadas por esta clase de afiliados no surten efecto retroactivo por ellos tratándose de trabajadores independientes, el artículo 23 de la ley 100 no consagra sanción moratoria por la no consignación de aportes dentro de los plazos señalados para ese fin, en efecto la normativa en cuestión prevé que el pago extemporáneo de los aportes generarán un interés moratorio a cargo del empleador quién se convierte en la persona responsable del pago de su aporte y el aporte de los trabajadores a su servicio, pero existen en tratándose de los afiliados independientes esa responsabilidad del pago de los aportes dentro del plazo señalado para el efecto se traslada el trabajador afiliado como independiente en consecuencia tampoco aplica lo previsto por el artículo 24 de la ley 100 de 1993 por lo que las entidades administradoras de los diferentes regímenes no están obligadas adelantar las acciones de cobro a los afiliados independientes, ya que se refiere la preceptiva en cuestión pues esta precisa que la acción se adelantara por el incumplimiento de las obligaciones del empleador sin que incluya a los trabajadores independientes que no sufraguen los aportes dentro del plazo señalado para el efecto.

Como premisas fácticas tenemos las siguientes: el señor José Agustín Moncada Hilarión nació el 20 de marzo de 1943 Cómo se verifica con la copia de la cédula de ciudadanía visible al folio 22 del plenario, según el reporte de semanas de cotización actualizado al 2 de septiembre 2016 y que reposa a folios 47 al 52 se encuentra que el señor José Agustín Moncada Hilarión cotizo entre el 1 de Mayo de 1979 y el 31 de marzo 2012 un total de 1.057.88 semanas conteo que incluye los ciclos comprendidos entre abril de 2008 y agosto de 2008 periodos que no fueron tenidos en cuenta por COLPENSIONES bajo la notación registra pagos con edad superior a los 65 años, pues si dichos ciclos fueron pagados en debida forma los mismos debieron ser sumados así como sucedió con los periodos de los años 2009 a 2012 que sí fueron contabilizados y los cuales el afiliado ya tenía más de 65 años vale la pena aclarar que no es posible tener en cuenta los periodos comprendidos entre diciembre de 1998 y septiembre 99 como lo solicita la parte actora todo eso si bien es cierto Cómo se advierte en la historia laboral se registró una afiliación por parte del señor José Agustín Moncada Hilarión como trabajador independiente también lo es, que no lo demostró que dichos periodos hubieran sido pagados en debida forma por el afiliado, pero que se verifica la notación no registró relacionen afiliación para este pago así las cosas y tal como se señaló en la sentencia tomada como premisa normativa en el caso de trabajadores independientes el artículo 23 de la ley 100 de 1993 no prevé la posibilidad de que la entidad administradora efectivo y cobro coactivo ante el no pago de aportes pues la norma precisa que la acción se adelantara por el incumplimiento de las obligaciones del empleador más no del trabajador independiente quién es el único interesado en el pago de su aporte para el evento al reconocimiento del derecho pensional sin qué manera alguna pueda imputársele o trasladarse la obligación de cobro a COLPENSIONES, de igual manera si bien se solicita se tengan en cuenta los 15 días faltantes en el período de junio 2003 verificada en la historia laboral se evidencia que solo aparecen 15 días cotizados sin que se demuestre la cotización del mes completo razón por la cual tampoco pueden contabilizarse el mes completo. Cómo se solicita la demanda Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas Y normativas concluya el despacho que si bien es cierto en principio el señor José Agustín Moncada Hilarión era beneficiario del régimen de transición como quiera que al 1 abril de 1994 contaba con más de 51 años de edad no causó su derecho pensional antes del 31 de julio de 2010 como quiera que cotizó dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad un total de 418.12 semanas y al 31 de Julio 2010 contaba solamente con 921.23 semanas cotizadas en cualquier tiempo por lo anterior para mantener el régimen de transición hasta el 31 diciembre 2014 debía cotizar un mínimo de

750 semanas al 25 de Julio 2005, como lo señaló el acto legislativo 01 de 2005, sin embargo verificada su historia laboral se evidencia que para dicha data tan sólo contaba con 734.63 semanas por lo que se concluye que no mantuvo el régimen de transición ante la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y su derecho prestacional no se puede estudiar a la luz del acuerdo 049 de 1990, sino con lo señalado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y de la modificación efectuada por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, lo que nos lleva a formular un segundo problema jurídico se acreditó en vida el señor Alcides el perdón, el señor José Agustín Moncada Hilarion los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 para reconocimiento de la pensión de vejez como premisas normativas tenemos ese artículo 9 de la ley 797 de 2003 y como premisa fáctica la siguiente: de acuerdo con la fotocopia de la cédula de ciudadanía qué hora Julio 22 el señor José Agustín Moncada Hilarión cumplió 60 años de edad el 20 de marzo de 2003 fecha para la cual la ley sería 1000 semanas de cotización y para tal fecha solamente contaba con 621.64 semanas para el año 2012 fecha de la última cotización el número mínimo de semanas exigido por la ley era de 1225, el causante reportó un total de 1057.88 semanas concluye entonces el despacho que el señor José Agustín Moncada Hilarión tampoco cumplió el número mínimo de semanas de cotización previsto por la ley 797 de 2003 antes de su fallecimiento por lo que no dejó causado el derecho a la pensión de vejez y por tanto no hay lugar a la pensión de sobrevivientes que se reclama teniendo en cuenta lo anterior deben negarse las pretensiones de la demanda y a absolver a COLPENSIONES de las mismas Y declararse entonces probada las excepciones formuladas por la entidad se condena Entonces se condena en costas a la demandante en la suma de $800,000 mil pesos como agencias en derecho."

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpone el recurso el apelación en los siguientes términos:

"Su señoría me permito muy respetuosamente presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en precedencia para que sea resuelta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá la cual entro a sustentar en los siguientes términos, disiento muy respetuosamente la sentencia proferida precedencia como quiera que el señor José Agustín Moncada Hilarión si cumple y conserva el beneficio del régimen de transición con base tanto a la ley del artículo 36 de 1993, como el acto legislativo 01 del 2005, como quiera que estudiada la historia laboral, las múltiples historias laborales aportadas

en el transcurso del proceso se encuentra que al 1 de abril, perdón al 25 de julio del 2005, había cotizado más de las 750 semanas necesarias para conservar el régimen de transición por tanto la solicitud de fondo la pretensión de la pensión de sobrevivientes debe estudiarse sino a tenor del Decreto 758 de 1990 en concreto la señora juez, manifiesta que es dable la corrección que solicita y que responde a las semanas cotizadas entre diciembre de 1998 y septiembre de 1999 folios que fueron aportadas como independiente por parte de señor José Agustín Moncada Hilarión con el argumento que en las observaciones contempladas en las historias laborales aparece la anotación no existir la relación laboral en afiliaciones para este pago y que no se demostró que efectivamente se hubiera realizado estos aportes, disiento una manera respetuosa en la medida en que los mismos aportes o los mismos reportes que son expedidos por la aquí demandada contienen de manera pormenorizada lo que corresponde a cada uno de los pagos mensuales, concretamente en las diferentes columnas aparece la fecha del pago efectivo en la cual la referencia de pago que se hizo correspondiente a cada de los meses se evidencia reportado el valor de la cotización indiferente si se cobran o no intereses de mora, frente a estos dos meses en los que se solicita la inclusión en el cómputo total de las semanas cotizadas se evidencia que efectivamente aparece una referencia de pago esto, consulado este documento público por parte de COLPENSIONES que no fue tachado de falso y por tanto estas observaciones en nada implica o nadie tiene mejor que se le acumulen estos periodos el señor José Agustín Moncada Hilarión. En ese sentido pues superaría que al 5 de julio del 2005 el señor José Agustín Moncada tuviera más de la 750 semanas exigidas conforme al parágrafo transitorio del acto legislativo No. 01 del 2005 en esa medida reitero la pretensión pensional y en armonía con el artículo primero del artículo 46 de la ley 100 de 1993 debe resolverse en los términos del acuerdo 049 de 1990 en el cual se establece que solamente serán necesarias un máximo de mil semanas para acceder o para dejar causado el derecho pensional y poder ser transferida en sustitución a la solicitante en este momento, ya que la señora María Helena de Moncada demostró los requisitos por lo que solicita respetuosamente a los Magistrados de la Sala del Tribunal Superior de Bogotá, revocar la sentencia proferida en primera instancia y acceder a la totalidad de las pretensiones en lo escrito en la demanda.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a revisar en apelación el fallo proferido, por lo que se en el presente caso se deberá determinar en primer lugar si el señor JOSE

AGUSTÍN MONCADA HILARIÓN (q.e.p.d.), en vida dejó causada la pensión de vejez y solo en caso positivo, se deberá establecer si la señora MARIA ADELA RUIZ DE MONCADA tiene derecho a la sustitución de la misma.

Señala la parte actora que el señor JOSE AGUSTÍN MONCADA HILARIÓN (q.e.p.d.), era beneficiario del régimen de transición; así mismo que dejó causado su derecho a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, esta Colegiatura considera necesario traer a colación el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que señala:

> *"(...**Régimen de transición**. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuara en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementara en dos años, es decir de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*
>
> *La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.*

De lo anterior se colige que en un principio el causante sí era beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 51 años de edad.

Ahora bien, el Acto Legislativo No. 01 de 2005, estableció:

> *"Parágrafo transitorio 4°. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su*

equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

De la Lectura anterior, se tiene que es necesario que el demandante haya causado el derecho con anterioridad al 31 julio de 2010, para que le sea inaplicable el acto legislativo antes señalado, ya que si la pensión se causa con posterioridad a la entrada en vigencia el acto legislativo, esto es, julio de 2005, es necesario que acredite como mínimo 750 semanas de cotización para esta última data para seguir conservando los beneficios del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 y en ese orden de ideas, poder acceder al derecho pensional con base en lo establecido en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Así las cosas, revisado el reporte de semanas visible a folio 15 a 19, se encuentra que el acto cotizó un total de 1032,14 semanas, por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1979 al 31 de marzo de 2012; igualmente se encuentra en dicho reporte que el actor al 25 de junio de 2005, contaba con 734,63, semanas de cotización.

Ahora bien, pretende la parte actora que se tengan en cuenta las cotizaciones correspondientes a 15 días de diciembre de 1998, de enero a septiembre de 1999, 13 días del mes de junio de 2003 y de abril a septiembre de 1998, para un total de 68,2855 semanas, las cuales señala fueron canceladas de manera oportuna y como trabajador independiente, no obstante, indica que la demandada no las tuvo en cuenta bajo el argumento de que no registraba afiliación.

En relación con estas cotizaciones y revisado el expediente administrativo allegado en medio magnético, se encuentra la comunicación, en la que el causante, solicitó la devolución de dichos valores, en los siguientes términos:

"Pedro Claver Fernández Castiblanco identificado como aparece al pie de mi firma en mi condición de apoderado del señor José Agustín Moncada Hilarion, identificado con cédula de ciudadanía número 3.222.244 con todo respeto me permito aclarar lo manifestado en su carta de la referencia así:

El señor José Agustín Moncada Hilarión está solicitando que le devuelvan los dineros que pago por concepto de cotizaciones de los períodos del ***primero de agosto de 1998 al 30 de septiembre de 1999*** *ya que por ignorancia y falta de conocimiento hizo estos pagos mediante la planilla pila a nombre propio cuando lo que pretendía era pagar la mora registrada por el empleador José Vicente Rojas estos pagos como ya muy bien lo dicen ustedes al citar el artículo 35 del decreto 1406 de 1999 no son procedentes como independiente y no se pueden abonar a cotizaciones futuras puesto que el asegurado ya no cotiza Para pensión por tener el derecho adquirido."*

De conformidad con los anterior, para esta Colegiatura no es claro que efectivamente se hayan cancelados dichos dineros y a que título, ya que en la presente demanda se indica que fueron pagos como trabajador independiente, en el documento antes trascrito, el causante solicita devolución de los mismos, aduciendo que por error los efectuó como independiente y más aún cuando revisado el expediente no existe la parte actora, quien era la que tenía en su cabeza, la responsabilidad de demostrar dicho pago, no allegó comprobante alguno.

Así las cosas y ante la falta de pruebas, se encuentra que solamente cotizó de manera efectiva el causante 734 semanas, a la entrada en vigencia del acto legislativo, por lo que debía causar su derecho pensional antes del 31 de diciembre de 2010, siendo que para esta última data, solamente contaba con 921.23.

Así las cosas, esta Colegiatura encuentra acertada la decisión de la Juez de primer grado cuando consideró que el señor JOSE AGUSTIN MONCADA HILARION (q.e.p.d.) no dejó causado el derecho a la pensión de vejez, por lo que no hay lugar a pronunciamiento alguno en relación con la sustitución que aquí se reclama y en consecuencia se habrá de confirmar la decisión absolutoria impartida en primera instancia.

SIN COSTAS. En esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.32 2017 599 -01

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: GUSTAVO TOLOZA

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 2 de septiembre de 2019, por la apelación, presentada por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO TOLOZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a revocar el dictamen No. 8043745 del 20 de mayo de 2015 en relación con el origen de la patología y en su lugar se emita una nueva que reconozca su origen laboral. Que cono consecuencia de ello se condene a la demandada ARL POSITIVA a reconocer

y pagar todas las prestaciones económicas surgidas de la enfermedad profesional que sufre y de las secuelas de la misma. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que el día 26 de septiembre de 1.988 inició a laborar para la empresa PROQUINAL S.A., desempeñando el cargo de operario de maquina estampadora.
- Que como operario de esta máquina, debía verificar su estado controlarla y operarla, maniobras que requerían movimientos de miembros superiores y le exigían fuerza y repetición, al levantar objetos pesados a la altura de los hombros y por debajo de ellos.
- Que desde el año 2011, empezó a experimentar dolor en el hombro derecho hacia el final de la Jornada Laboral; que en el año 2012, le fueron tomadas resonancias, y fue sometido a un procedimiento quirúrgico.
- Que nuevamente fue sometido a resonancia en el año 2013 y en ese mismo año le diagnosticaron una lesión tipo ruptura del tendón bicipital.
- Que en el año 2014 la EPS FAMISANAR emitió concepto de rehabilitación del hombro derecho como no favorable.
- Que FAMISANAR realizó el dictamen y señaló que la enfermedad padecida, era de origen común.
- Que el 12 de febrero de 2014, COLPENSIONES emitió dictamen en el que señaló que la patología del SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR tiene origen común y le asignó una pérdida de la capacidad laboral del 28,71%.
- Que la Junta Regional de Calificación de invalidez, señaló que el origen de la patología era LABORAL, y le asignó un porcentaje de pérdida del 30.68%
- Finalmente indica que el 20 de mayo de 2015, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, señaló que las patología POP LESIÓN DEL LABRUM GLENOIDEO HOMBRO DERECHO Y ARTROSIS GLENOIDEA HOMBRO DERECHO, son de origen común, le asignó un porcentaje de

pérdida del 30,68 y estableció la fecha de estructuración el 8 de enero de 2014. (fl.- 6-7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 6 y 13, para los demás manifestó que no le constan; propuso como excepciones las que denominó improcedencia de la pretensión No. 1, legalidad de la calificación emitida, improcedencia del petitum y buna fe. (fl.-87 – 110)

A su vez, la ARL POSITIVA, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 3, 4, 5, 7, 9, 14, 15, 16, 18 y 19, para los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos; propuso como excepciones las que denominó pago, compensación, inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa y prescripción. (fl.120 - 128).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, se declaró probadas las excepciones propuestas por las demandadas denominadas, legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, e inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación. (fl.-267)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que

> *"El despacho procede a proferir la sentencia N. 270 no sin antes advertir que son las 5 de la tarde y que para los efectos correspondientes se habilita la hora judicial a efecto de proferir la decisión. El señor Gustavo Tolosa a través de apoderado judicial formulo demanda ordinaria laboral en contra de la Junta Nacional de Calificación de invalidez y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a efectos de que se declare que la patología, lesiones del hombro no especificada sin duda el manguito rotador es de origen profesional pues guarda relación directa con las actividades y los factores de riesgo laboral a los que estaba expuesto el demandante como trabajador al servicio de la empresa PROQUINAL S.A. y que como consecuencia de ello se condene a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a revocar el dictamen N. 80435745 del 20 de mayo del 2015, en relación con el origen de*

la patología y en su lugar se emita uno nuevo que reconozca su origen laboral; se condene a POSITIVA a reconocer y pagar al demandante las prestaciones económicas surgidas de la enfermedad profesional que sufre el demandante y de las secuelas de la misma. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y se condene a las demandadas a pagar todo aquello que resulte probado en el proceso ultra y extra petita de acuerdo a las facultades que le asisten a la juez laboral.

Para sustentar estas pretensiones refirió el demandante que ingreso al laboral en la empresa PROQUINAL S.A. el 26 de septiembre de 1988 en el cargo de operario de maquina estampadora; que al momento de ingresar a trabajar a la referida empresa no presentaba patología alguna de origen óseo muscular o tendinosa; que como operario de maquina estampadora debería verificar el estado, controlar y operar la maquina, maniobras que requerían movimientos de miembros superiores y le exigían fuerza y repetición al levantar objetos pesados a la altura del hombro y por debajo de ellos, que en el año 2011 el demandante empezó a experimentar dolor en el hombro derecho al final de la jornada laboral relacionado con exceso de trabajo y que disminuía con el reposo y la ingesta de analgésicos y anti inflamatorios, que consulto a médicos generales y ortopedistas de FAMISANAR E.P.S. quienes le prescribieron fisioterapia y analgésicos experimentando mejoría parcial, que el 24 de enero de 2012 le fue tomada una resonancia magnética de hombro derecho que demostró la lesión por ruptura del lambrum glenoideo superior y posterior con manguito rotador normal, que el 1 de septiembre 2012 se sometió al procedimiento quirúrgico artroscopia y capsulorafia para luxación de hombro derecho, cirugía realizada por el doctor JORGE ALBERTO SANDOVAL FEO, que el 5 de febrero de 2013 se le realizó resonancia magnética de hombro derecho que mostro lesión del tendón supraespinoso y leve del subescapular distal, bursitis subacromio subdeltoidea y cambios posquirúrgicos en el labrum glenoideo, que el 31 de agosto del 2013 el doctor SANDOVAL FEO realizo artroscopia para practicar bursectomia, encontrando lesión tipo ruptura tenodesis del tendón bicipital, que el 26 de febrero de 2013 asistió a valoración pos - operatoria con el doctor SANDOVAL FEO, quien considero que la artrosis secundaria glenohumeral es una secuela producida por la cronicidad, no reversible y que el dolor y la limitación funcional del hombro es intratable, el 16 de julio de 2014 FAMISANAR emitió un concepto de rehabilitación de hombro derecho como no favorable, el 8 de agosto de 2012 FAMISANAR E.P.S. emitió el dictamen caso 25045 para determinación de origen de las patologías:

SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR DERECHO M751,
BURSITIS SUBACROMIO SUBDEL TOIDEA M755,
EPICONDILITIS MEDIAL IZQUIERDA M770,
EPICONDILITIS LATERAL IZQUIERDA M771,

Determinando que las patologías descritas no estaban presentes en el examen resonancia magnética nuclear o no estaba demostrada su presencia que FAMISANAR realizo el dictamen determinando que la patología ruptura de labrum glenoideo derecho presenta en el examen radiológico era de origen común, que el 12 de febrero del 2014 COLPENSIONES emitió el dictamen N. 2014 4270500 en el que determino que la patología síndrome del manguito rotador tiene origen común y asigno una pérdida de capacidad laboral del 28.71%; que el señor Gustavo Tolosa presento objeción contra el dictamen de COLPENSIONES siendo remitido su caso a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ de Bogotá y Cundinamarca, el cual el 20 de agosto del 2014 emitió el dictamen N. 80435745 en el que dictamino que la

patología del síndrome del manguito rotador es una enfermedad laboral y le asigno un 30.68% de pérdida de capacidad laboral: que COLPENSIONES presento recurso de reposición en subsidio apelación contra el dictamen 80435745 y que la junta regional de calificación de invalidez no repuso su dictamen, que el 20 de mayo del 2015 la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ emitió el dictamen N. 80435745 en el que determino que las patologías lesión del labrum glenoideo hombro derecho artrosis glenoidea hombro derecho son enfermedades comunes les asigno un 30.68% de pérdida de capacidad laboral y estableció como fecha de estructuración 8 de enero de 2014.

Respecto del trâmite procesal surtido por la demanda que hoy nos ocupa fue radicada el 26 de septiembre de 2017 con acta individual de reparto que obra a folios 75 de expediente; se admitió la demanda el 6 de octubre de 2017 folio 76 se notificó el 16 de noviembre de 2017 a la junta nacional de calificación de invalidez el 21 de noviembre del 2017 a la agencia nacional de defensa jurídica del estado y en esta misma fecha apositiva compañía de seguros S.A. en lo que respecta a la junta nacional de calificación de invalidez contesto la demanda en memorial que obra folios 87 a 110 del expediente o poniéndose a las pretensiones de la demanda aceptando como cierto los hechos primero sexto y décimo tercero sobre los demás manifestó no ser cierto o no costarle y formulo como excepción las que denomino inexistencia de la patología síndrome de manguito rotador legalidad de la calificación emitida por la junta nacional de calificación de invalidez inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen carga de la prueba a cargo de contradictor improcedencia de las pretensiones respecto a la junta nacional de calificación de invalidez competencia de un juez laboral buena fe y la genérica por su parte positiva compañía de seguros S.A. en memorial que obra folios 120 a 128 se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda acepto como cierto los hechos 3, 4, 5, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, sobre los demás manifestó no ser cierto o no constarle y formulo como excepciones de mérito las que denomino pago compensación inexistencia del derecho y de la obligación enriquecimiento sin justa causa y prescripción de acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde entonces al despacho determinar en el presente caso si hay lugar a variar el origen de la enfermedad que padece el demandante respecto de su patología lesión del hombro no especificadas y en caso de que se determine esta patología es de origen profesional si debe dejarse sin efectos el dictamen emitido por la junta nacional de calificación de invalidez y si se debe condenar a positiva compañía de seguros a sumir las prestaciones económicas que se deriven del presente caso.

Para resolver lo anterior debemos señalar en primer lugar que conforme el artículo 4 de la ley 1562 del 2012 por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional se determina que enfermedad laboral es la contraída como resultado de la exposición a factor de riesgo inherentes a la actividad laboral o en el medio que el trabajador se ha visto obligado a trabajar el gobierno nacional de determinar en forma periódica las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral conforme a lo establecido a las normas legales vigentes a su vez el decreto 1477 de 2014 establece en su artículo 1 tablas de enfermedades laborales el

presente decreto tiene por objeto expedir la tabla de enfermedades laborales que tendrá doble entrada 1. agente de riesgo para facilitar prevención de enfermedades en las actividades laborales y 2 grupo de enfermedades para determinar el diagnostico medico en los trabajadores afectados, en su artículo 2 se hace referencia a la relación de causalidad en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional será reconocida como enfermedad laboral para efectos de terminación de la causalidad se deberá identificar la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo en el cual estuvo expuesto el trabajador de acuerdo con las condiciones de tiempo modo y lugar teniendo en cuenta criterios de medición concentración o intensidad en el caso de no existir dichas mediciones el empleador deberá realizar la reconstrucción de la historia ocupacional y de la exposición del trabajador en todo caso el trabajador podrá aportar las pruebas que considere pertinentes y en segundo lugar la presencia de una enfermedad diagnosticada medicamente relacionada casualmente con ese factor de riesgo.

De acuerdo con la documental allegada al proceso y ya para resolver el caso que hoy nos ocupa a folios 23 a 33 del expediente obra el informe de análisis del puesto de trabajo del demandante ejercido en la empresa donde laboraba el actor esto es PROQUINAL S.A. estudio que fue elaborado por positiva compañía de seguros en su calidad administradora de riesgos profesionales y que se llevó a cabo el 20 de marzo del 2012 a folio 32 del expediente obran las conclusiones de este análisis de puesto de trabajo donde se señala, de acuerdo con los resultados obtenidos con la evaluación con referencia al diagnóstico en estudio se puede establecer que se evalúa puesto de trabajo de obrero de operario de maquina estampadora, cargo que el trabajador desempeña desde hace 282 meses, observando que las diferentes tareas ejecutadas las realiza de forma continua bimanual con movimientos de flexión de hombro flexo extensión de codo prono supinación de antebrazo asociados al momento de verificar, operar y controlar la máquina estampadora cambiando cada vez que requiera las baterías donde va la tinta. Se observa movimientos de flexión y aducción de hombro sobre los 90 grados en las actividades como mojar los rodillos y cambiar baterías. El cargo desempeñado por el trabajador requiere que adopte y mantenga la postura bípeda durante el 80% de la jornada laboral, las actividades exigen manipulación de peso por encima de los 10 kilogramos los elementos manipulados son las canecas de laca solventes y rollos durante la jornada laboral cuenta con un periodo de descanso de 10 minutos para un refrigerio.

Adicionalmente tenemos a folios 34 a 47 de expediente la historia clínica del demandante de fecha 13 de febrero 2016 en la que se señala por consulta realizada el 23 de febrero del 2016, hace 6 años dolor en hombro derecho con posterior corrección quirúrgica de labrum y tenotomia del biceps en septiembre de 2012 por persistencia del dolor, vuelve a revisarlo en agosto de 2013, actualmente persistencia de dolor ahora irradiado a región cervical y a miembro brazo derecho con limitación de la movilidad refieren corrientosos parestesias y adormecimiento a realizado en terapia física y ha tomado acetaminofén con codeína y Tramadol sin mejoría remitido por fisiatría, adicionalmente a folio 41 resumen de atención en el que se señala paciente de 47 años con secuelas post quirúrgicas en hombro derecho con dolor crónico de difícil manejo actualmente en proceso de calificación de origen enfermedad

por parte de Medicina laboral y EPS por diagnóstico artroscópico de artrosis glenohumeral moderada e Irreversible detectada en ultima artroscopia a pesar de contar con exámenes diagnósticos apropiados examen físico con hallazgos descritos y dolor generalizado irradiado escápula y tórax imágenes diagnósticas con evidencia de cambios artrosicos y cambios postquirurgicos estos hallazgos no se correlacionan y generan una impresión diagnóstica clara, se consideran el momento no es candidato a manejo quirúrgico ya que sus síntomas puede empeorar teniendo en cuenta que uno de los diagnósticos diferenciales es síndrome doloroso regional complejo teniendo en cuenta los antecedentes quirúrgicos y laborales se consideran por ahora debe continuar seguimiento en medicina laboral y clínica del dolor se recomienda fisioterapia una vez el dolor esté mejor controlado; adicionalmente tenemos que conforme los refirió el demandante los hechos de la demanda una vez se profirió el concepto de rehabilitación negativo por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliado el demandante se procedió a efectuar la calificación de la pérdida de capacidad laboral inicialmente por parte de COLPENSIONES y ante la inconformidad del demandante el caso fue conocido por la junta Regional de calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca y posteriormente por la Junta Nacional de Calificación de invalidez a folio 55 a 64 del expediente obra el dictamen emitido por la junta de calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el que se determinó que el demandante tenían o se le diagnóstico síndrome de manguito rotador enfermedad laboral e hipertensión esencial enfermedad común por una pérdida de capacidad laboral del 30.68%, a folio 65 a 68 del expediente el dictamen emitido por COLPENSIONES en el cual se determinó una pérdida de capacidad laboral del 28.71% de origen enfermedad y riesgo común con fecha de estructuración 23 de enero de 2014, a folio 69 a 73 del expediente el dictamen emitido por FAMISANAR EPS en la que determinó las patologías del demandante como de origen común y finalmente el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a folios 48 a 54 del expediente donde se determinó que el origen de la enfermedad del demandante es común, que tenía una pérdida de capacidad laboral del 30.68% y una fecha de estructuración 8 de enero de 2014, adicional a lo anterior a folio 112 del expediente obra el expediente de calificación del señor GUSTAVO TOLOZA remitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ estos documentos que se tuvieron en cuenta para efectos de la calificación del demandante por parte de la Junta Nacional, así mismo a folio 129 de expediente obra documento allegado por parte de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, en el que se establece igualmente el análisis de puesto de trabajo del demandante en resumen de la historia clínica los dictámenes emitidos y las incapacidades que se le han generado al demandante. Finalmente en audiencia anterior se ordenó practicar un dictamen pericial designando hace como auxiliar de la justicia la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO conforme lo había solicitado la parte demandante y para efectos de que determinara el origen de la patología del demandante dictamen que se encuentra incorporado al proceso a folios 193 a 203 del expediente, en el que se determinó que las patologías del demandante era de origen común habiéndose practicado el día de hoy habiéndose escuchado el día de hoy a las doctoras Patricia Castillo Valencia y Norella Parra Quienes participaron en la emisión de este dictamen y en calidad de grupo calificador Grupo médico interdisciplinario de las pruebas allegadas al proceso la única entidad que determinó que las patologías del demandante eran de origen profesional fue la junta Regional de calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca

advirtiéndose que dicha junta tomó como diagnóstico síndrome de manguito rotador que conforme lo señaló la junta Nacional de calificación de invalidez y al igual que la sociedad colombiana de medicina del trabajo el demandante no sufre de esa patología y que cómo se expuso el día de hoy por las referidas doctoras miembros de la sociedad colombiana de Medicina del trabajo del examen de la historia clínica del demandante se determina que él no sufre el síndrome de manguito rotador y que inclusive se le había realizado un examen en el cual se determinó que el manguito rotador no tenía lesión alguna haciendo referencia a una resonancia magnética que se le hizo al demandante cuando ya presentaba síntomas de la enfermedad que lo aqueja en segundo lugar de las pruebas allegadas al proceso se determina Entonces qué las lesiones que padece demandante son una lesión del labrum glenoideo hombro derecho artrosis glenoidea hombro derecho que para los efectos correspondientes se describen como una lesión de SLAP tipo 2, respecto de la cual señaló la sociedad colombiana de Medicina del trabajo lo siguiente ninguna de las dos posibles causas de lesión del labrum glenoideo no hay evidencia que el trauma acumulativo puede hacer el qué de origen a dicha alteración si bien es cierto al revisar el análisis de puesto de trabajo se describen movimientos y posturas que alcanzan los 90 grados en las actividades de mojar lo dicho si cambian baterías y se manipulan cargas por encima de los 10 kilogramos como canecas de laca solventes y rollos en todo caso en ninguna de las actividades se evidenció rotación externa repetida lo que nos permite concluir no existe factor de riesgo ergonómico para el segmento del labrum glenoideo para causar enfermedad lo que nos permite concluir el origen común de la enfermedad además la no existencia de lesión de manguito rotador derecho, lo cual inclusive guarda correspondencia con lo que señaló en su momento la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a folio 54 del expediente donde se señala una vez revisada la historia clínica y documentación aportada se trata de trabajador operario de estampadora desde hace cerca de 25 años en la empresa quién presenta cuadro de dolor en hombro derecho de aproximadamente 4 años de evolución por estudios imagenológicos, se evidenció lesión del labrum glenoideo tipo slap con manguito rotador normal que requirió reparación quirúrgica la última resonancia nuclear magnética evidencia la reparación quirúrgica y el manguito rotador normal razón por la cual le asiste razón a la ARL cuando indica que el diagnostico correcto era la lesión del labrum glenoideo hombro derecho reparado y no síndrome de manguito rotador derecho que no se ha evidenciado referencia la determinación del origen y habiendo descartado lesión del manguito rotador se analiza la lesión que está ocasionando la sintomatología de un principio y que corresponde a la lesión del labrum glenoideo, que dicha lesión está escrita en la literatura médica con dos teorías diferentes una traumática que es la más común en la que posterior a un trauma severo generalmente en hiperextensión o luxación de hombro se produce la lesión y un segundo de tipo degenerativo crónico en cualquiera de los dos casos no hay evidencia en Qué es trauma acumulativo puede hacer el que originó dicha alteración el análisis del puesto de trabajo describe el cargo de operario de máquina estampadora en las tareas de verificar controlar y operar máquina estampadora y realizar aseo y mantenimiento al puesto de trabajo para el segmento hombro brazo se escribe de movimientos y posturas que alcanzan los 90 grados en las actividades de mojar los rodillos y cambiar batería se manipulan cargas por encima de los 10 kg como canecas de la casona en peces rollos En todo caso como ya se mencionó la etiología de la lesión del labrum estomática o degenerativa pero no asociada a trauma

acumulativo se ratifica que no hay lesión del manguito rotador por lo anterior se considera que no hay factor de riesgo laboral que explique la lesión del labrum glenoideo del hombro derecho en este trabajador lo cual adicionalmente fue explicado el día de hoy por la doctoras Patricio castillo y Norella Parra especialmente la doctora Patricia Castillo respecto de que si vienes evidenciaba algunas actividades por parte del hoy demandante relacionadas con la flexoextensión de sus miembros superiores y el manejo o el traslado de cargas lo cierto es que dijo la referida actora no se evidenciaba que Estas actividades fueran de carácter repetitivo y adicionalmente que en la forma en que se evidenciaba en el análisis de puesto de trabajo y en las fotografías a las que ella tuvo acceso para efectos de rendir su dictamen no se evidenciaba que el demandante realizara labores o posiciones que generarán un riesgo laboral respecto a la patología que padece el señor Gustavo Tolosa Por lo cual al interior del presente proceso no hay pruebas que permitan variar la calificación del origen de la enfermedad laboral que padece el demandante el apoderado del demandante prefiere que tengan cuenta lo expuesto el día de hoy por las doctoras que participaron del dictamen emitido por la sociedad colombiana de Medicina del trabajo donde se refiere que se hicieron análisis de manera separada y que en esa medida pues no es lo más aconsejable también debe señalarse que la parte demandante como lo refirió la apoderada depositan sus alegaciones le correspondía acreditar en debida forma que la enfermedad que padece el demandante es de origen profesional y para el efecto no allegó una prueba en tal sentido Por lo cual y si no tuviéramos en cuenta el dictamen emitido por la sociedad colombiana de Medicina del trabajo en todo caso no habría una prueba que desvirtuara las conclusiones a las que llego la junta nacional de calificación de invalidez, Lo único que hay en el proceso son una serie de manifestaciones o elucubraciones sin sustento científico Que permita determinar que esas Actividades que desarrollaba el demandante le causaron la enfermedad que padece antes por el contrario y de lo referido por la junta Nacional de calificación de invalidez y por la sociedad colombiana de Medicina del trabajo lo que se determina de acuerdo a la literatura médica como lo exponen en los dictámenes y usó el día de hoy la doctora Patricia no se podría correlacionar las patologías del demandante con la actividad laboral que el desempeñaban y que permitan determinar una causalidad.

Así las cosas el Despacho debe declarar probadas las excepciones de legalidad de la calificación emitida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ formulada por dicha entidad y la de inexistencia del derecho de inexistencia de la obligación fórmula POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS absolviéndolas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra".

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso el problema jurídico se contrae a establecer si procede el cambio de origen de la enfermedad del actor, ya que la Junta Nacional estableció que las patologías padecidas por el actor, lo son de origen común y la parte actora considera que deben ser dictaminadas como de origen profesional.

Así las cosas, se encuentra esta Sala que no existió discusión respecto que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 30.68%, ni la fecha en que se estructuró la misma, esto es, el 8 de enero de 2014, conforme al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, visible a folio 48 – 49 del plenario.

Revisados los hechos de la demanda, lo primero que llama la atención, es que en ninguno de ellos se indica cual fue el error en que incurrió la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al momento de emitir su dictamen y que la llevaron a señalar como de origen común las patologías del actor.

Ahora bien, de la revisión de las pruebas allegadas al plenario se encuentra el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, de fecha 20 de mayo de 2015, en el cual, como ya se indicó se dictaminó como de origen *común* las patologías sufridas por el actor (fl.- 48 – 54). Igualmente fue allegado el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez de fecha 20 de agosto de 2014, en la que se dictaminó como de origen *profesional* las patologías del actor (55 – 63). Por su parte COLPENSIONES en dictamen de fecha 12 de febrero de 2014, señaló que las mismas eran de origen *común* (fl.- 66 – 68) y FAMISANAR EPS, también señaló como de origen *común* las patologías del actor, en dictamen del 8 de agosto de 2012 (fl.- 69-73).

De lo anterior se desprende que, tal y como lo señaló el Juez de primer grado, la única entidad que indicó, que los padecimientos del actor eran de origen profesional fue la Junta Regional de Calificación de Invalidez, encontrando que ésta tuvo en cuenta el "síndrome del manguito rotador", el cual, según la Junta Nacional de Invalidez, el actor, no sufre de esta patología.

En este punto es necesario señalar que en el curso del proceso se ordenó realizar un dictamen al actor en la SOCIEDAD DE MEDICINA DEL TRABAJO, el cual se encuentra visible a folios 193 – 203, y en dicho dictamen esta entidad concluyó que el actor no padece del SINDROME DEL MANGUITO ROTADOR, y que el origen de las patologías sufridas por éste, son de origen común.

Así las cosas, resulta para esta Sala acertada la decisión de la Juez de primera instancia toda vez, que no se dan los requisitos para que se pueda acceder a la pretensión de ineficacia o revocatoria del dictamen, encontrando que el mismo cuenta con pleno sustento científico y jurídico.

Vale resaltar e insistir en que no hay ni una sola razón jurídica para concluir que la Junta incurrió en error, luego su dictamen es válidos, sin que sobre recordar que son tales entidades las encargadas, por disposición de la ley, de determinar la pérdida de capacidad laboral su origen y su fecha de estructuración.

En tal sentido salta a la vista que el actor no logra demostrar errores del organismo especializado y que son las juntas las encargadas de determinar la invalidez, que en últimas es lo que solicita el actor en la parte declarativa (numeral 2), atribución especificada en la Ley 776 de 2002 la cual en su artículo 9, expresó:

(...)

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6o. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen.

El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas."

Por ello los dictámenes de las Juntas son documentos con carácter probatorio, que contienen el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad, expertos a quienes la ley les encomendó específicamente esa labor y por tanto en principio son el medio más eficaz para que se pueda acceder con base en ellos a las prestaciones derivadas de los riegos laborales.

Así las cosas, esta Colegiatura encuentra acertadas las razones que esbozó el Juez de primer Grado y que lo llevaron a absolver a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, por lo que se procederá a la confirmación de la misma.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la presente actuación.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2018-51-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: WILLIAM FABIAN ALVAREZ PLATA
DEMANDADO: ECOPETROL SA

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días el mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **WILLIAM FABIAN ALVAREZ PLATA**, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda contra **ECOPETROL SA**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se **condene a reintegrar al actor al mismo cargo que desempeñaba al momento de producirse el despido o a otro de igual o superior categoría, al pago de salarios dejados de percibir desde el despido y hasta el reintegro con aumentos legales y convencionales, al pago de aportes, declarando además que no existió solución de continuidad, extra y ultra petita y costas del proceso.** (fls 83 al 90).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones y, en síntesis, se afirma que el actor laboró mediante contrato a término indefinido desde el 1 de junio de 2005, hasta el 20 de septiembre de 2017, que el último cargo fue el de profesional I, que el último salario devengado fue de $13.500.000., que ***20 de septiembre de 2017, le terminaron el contrato sin justa causa,*** *que la demandada cancelaba un subsidio por arriendo y alimentación de origen convencional, así como un aporte a Cavipetrol, que el demandante es miembro de LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE ECOPETROL SA "ASOPETROL" SA,* ***que el 2 de junio de 2016 dicha organización presentó pliego de peticiones,*** *que la demandada se negó a negociar, por lo que se presentó querella ante el Ministerio de Trabajo, que a la fecha del despido el conflicto continuaba vigente, pues no se había firmado convención colectiva, ni expedido laudo arbitral que lo hubiese finalizado. (fls 83 al 90).*

Tramitada la primera instancia, la Juez 34 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia, calendada el día treinta (30) de abril de 2019, por medio de la cual resolvió **CONDENAR** a la demandada a reintegrar al demandante y al pago de salarios, prestaciones y aportes dejados de percibir desde el despido y hasta el reintegro, todo ello previa declaración de ineficacia del despido, el cual encontró sin justa causa, gozando el actor de la protección denominada fuero circunstancial. (fls 320 a 322).

Afirmó la Juez en síntesis los siguiente: *"…Alega el demandante que al momento de su despido se encontraba pendiente por resolver la negociación del pliego de peticiones radicado por la asociación sindical Asopetrol, misma a la que se encontraba inscrito el actor, siendo entonces beneficiario de la garantía foral circunstancial, a su turno la convocada a juicio alega que al momento de la terminación del contrato de trabajo del demandante, la compañía no se encontraba en negociación colectiva pues al decir de la pasiva no es procedente entrar a negociar un nuevo pliego de peticiones estando en vigencia una convención colectiva negociada previamente.*

Para el caso que nos ocupa se tiene que la asociación sindical Asopetrol presentó el 2 de junio de 2016 ante la demandada pliego de peticiones, la convocada manifestó su negativa a sentarse a negociar dicho pliego al considerar inviable la negociación estando vigente ya una convención colectiva para el interregno de 2014, 2018 y soportando su decisión en lo previsto en el decreto 089 del 2014. Por su parte y ante la negativa de la convocada a negociar el pliego de peticiones, la asociación sindical presentó querella ante el Ministerio de Trabajo el día 29 de junio de 2016 oportunidad en la que rogó la iniciación de las conversaciones y negociaciones del pliego ya antes referido. Agotado el trámite ante el respectivo inspector del trabajo la cartera ministerial, ***mediante la resolución 5290 del 12 de octubre del 2018 resolvió entre otros aspectos no iniciar proceso sancionatorio en contra de la demandada de Ecopetrol S.A al considerar lo siguiente " cuando en una empresa o entidad se encuentra vigente una convención colectiva de trabajo únicamente será posible adelantar la negociación de un nuevo pliego de peticiones con el mismo sindicato o sindicatos que la suscribieron o con otra organización sindical cuando la convención se haya denunciado dentro de los términos que contempla el Art 468 del código sustantivo del trabajo es decir dentro de los 60 días anteriores a la expiración de la vigencia de la convención colectiva de trabajo".***

De esta manera para este despacho resulta claro que nada impide que en una empresa o compañía coexistan varias asociaciones o agremiaciones sindicales y con ello tampoco se impide la coexistencia de una o varias convenciones colectivas pues en acatamiento a las garantías constitucionales otorgadas a las asociaciones sindicales es un deber y un derecho la posibilidad de formular pliegos de peticiones y que los mismos sean negociados en un campo de conversación en procura del mejoramiento de las condiciones laborales y contractuales. De manera que para este sede judicial el pliego de peticiones presentado por la asociación sindical Asopetrol es válido y el mismo no se encuentra resuelto, pues recuérdese que las formas de terminar la negociación colectiva son o por arreglo directo o por laudo arbitral; situaciones estas que no acontecen en el caso bajo estudio pues si bien en primera instancia el Ministerio de trabajo se negó a dar apertura a las pretensiones del sindicato Asopetrol y con ello no se acogió la viabilidad de iniciar un proceso de negociación colectiva del pliego de peticiones; lo cierto es que dicha decisión aún no se encuentra en firme al encontrarse en trámite los recursos de reposición y apelación interpuestos por la organización sindical por lo que se entiende que dicha negociación se encuentra vigente. En consecuencia es necesario advertir que el fuero circunstancial le corresponde al demandante al encontrarse demostrado el supuesto de hecho que le genera la protección foral advertido con la presentación del pliego de

peticiones, igualmente es necesario dejar en claro que a la fecha del despido no se había dado finalización al conflicto iniciado por su organización sindical por tanto era a la demandada a quien le correspondía asumir la carga de probar el hecho contrario para que se extinga la garantía foral a favor del demandante.

Por lo anterior y teniendo en cuenta la normatividad citada ampliamente por el despacho y las enseñanzas jurisprudenciales trascritas para el despacho es procedente concluir que el actor William Fabián Álvarez Plata para la fecha de su despido gozaba de la garantía del fuero circunstancial regulada en el decreto 2351 de 1965 pues a la fecha de su despido ocurrido el 20 de septiembre del 2017 se encontraba afiliado al sindicato que presentó pliego de peticiones el día de 2 de junio del 2016, al respecto valga precisar que según esa disposición dicha protección no es absoluta, pues esta solo opera en aquellos casos en que el despido se produce sin invocación de una justa causa evento en el que procedería ineludiblemente la declaratoria de ineficacia del despido con el consecuente orden o decreto del reintegro situación que se encuentra plenamente satisfecha en el plenario, pues la demandada admitió haber terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo que la atara con el demandante además así quedo consignado en la carta de despido que se advierte a folio 35 y que data del 20 de septiembre del 2017 que fuera dirigida al demandante y en la cual se informa la decisión de la empleadora de dar por terminado el contrato de trabajo en los siguientes términos: ".. conforme en lo establecido en el Art 64 del código sustantivo del trabajo modificado por el artículo de la ley 789 del 2002 la empresa haciendo uso de las facultades legales que tal disposición le otorga ha resuelto dar por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo individual suscrito con usted….", anótese además que la demandada conocía de la existencia de la garantía de fuero circunstancial que amparaba al demandante tal y como lo fue comunicado por la organización sindical no obstante procedió a efectuar el despido del actor. De esta manera y como quiera que el contrato de trabajo que existió entre las partes fue finalizado sin justa causa comprobada encontrándose el trabajador amparado por el fuero circunstancial que surgió con la radicación de pliego de peticiones que fuera presentado por el sindicato Asopetrol ante la empleadora al que se encontraba afiliado el demandante y sin que hubiera finalizado el proceso de negociación colectiva para el despacho es absolutamente claro declarar la ineficacia del despido y en consecuencia disponer el reintegro del actor al cargo de profesional 1 que venía desempeñando con el consecuente reconocimiento y pago de los salarios, las prestaciones sociales, los incrementos legales y convencionales dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación ocurrida el 20 de septiembre del 2017 y hasta que se materialice la orden de reintegro, adicionalmente este juzgado en virtud de las facultades consagradas en el Art 50 dispondrá que se efectué el pago y reconocimiento de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por ese mismo lapso…." Declaró además probada la excepción de compensación".

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación manifestando: "…*Presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en su integridad teniendo en cuenta lo siguiente: a criterio de este defensor genera gran sorpresa el resuelve de este despacho ya que si bien trae a colación una línea jurisprudencial de una sentencias T es importante indicar que las sentencias a las cuales hacen alusión son anteriores a la expedición del decreto 089 del 2014, como es la sentencia T43081 del 2013 y la T50975 del 2012 pues en ellas se hace referencia a situaciones jurídicas que estaban con anterioridad a la vigencia del decreto 89 del 2014 que fue expedida el 20 de enero de dicha anualidad. Es importante indicar al honorable tribunal que tal y como lo indicó Ecopetrol el 10 de junio del 2016 en respuesta al presidente sindical conforme al pliego de peticiones que había presentado a Asopetrol que Ecopetrol no existía la posibilidad de iniciar un arreglo directo en razón al pliego de peticiones, teniendo en cuenta la vigencia de la convención colectiva que se había suscrito de conformidad con lo dispuesto en el decreto 089 del 2014 que tenía vigencia 2014 – 2018. Vale la pena indicar también lo relacionado por la corte suprema de justicia sala laboral en sentencia SL9390 del 28 de junio de 2017 en la cual hace un estudio frente a lo dispuesto frente a lo expuesto en el decreto 089 del 2014 y en la que concluye efectivamente que si bien todos y*

cada uno de los sindicatos pueden hacer parte efectiva y parte activa de un proceso de negociación, esto no implica per se de igual forma la posibilidad que siempre se de vigencia a un conflicto colectivo con la simple presentación del pliego de peticiones, me permito indicar al honorable tribunal que lo que busca esta sentencia si bien es evitar la atomización del derecho de asociación sindical, no por ello se puede entender que una empresa se tenga que ver obligada a estar un proceso de negociación constantemente durante la vigencia de todo un año, es importante indicar y como se manifestó en los alegatos de conclusión y a modo de ejemplo y que si bien a criterio de este defensor lo dispuesto en la querella administrativa presentada por el sindicato ante el ministerio de trabajo no implica la vigencia o no frente a la existencia e inhibir las controversias frente a la existencia de un conflicto colectivo, queda en evidencia también que posterior a la terminación del vínculo contractual del demandante para el año 2018 el presidente del sindicato nuevamente presenta el 24 de julio del 2018 el pliego de peticiones a Ecopetrol conforme al proceso de negociación que se iba abrir para la suscripción de la convención que hoy está vigente la 2018, 2022, lo cual demuestra que para el sindicato no existía ningún conflicto colectivo para el año 2016 pues de lo contrario no habría necesidad de haber presentado nuevamente el pliego de peticiones que presentó para el año 2018 es claro y evidente que Ecopetrol no se negó a sentarse a negociar por un simple capricho pues como lo indicó el mismo despacho las jurisprudencias que trajo a colación, la simple presentación de un pliego de peticiones no genera per se el fuero circunstancial establecido en el decreto de 1965, así como el estudio realizado frente al distinto acervo jurisprudencial referente a las actuaciones que debe iniciar y las posibilidades que un proceso o una reclamación termine de manera anormal como es la no iniciación de este conflicto colectivo, solicito muy respetuosamente al honorable tribunal se absuelva a mi representada de Ecopetrol S.A de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a las cuales fue condenada teniendo en cuenta que como se indicó Ecopetrol S.A no inició proceso de negociación colectiva teniendo en cuenta que para el año 2016 se encontraba vigente la convención 2014 – 2018, la cual fue suscrita en vigencia a lo dispuesto en el decreto 089 de 2014, así mismo queda demostrado con la conformación con lo dispuesto en la resolución expedida por el ministerio la 5290 del 2018 del mes de octubre que no se inició investigación administrativa ni formulación de cargos en contra de mi representada que a criterio del ministerio Ecopetrol actuó de conformidad con lo dispuesto en el decreto 089 del 2014. Llama la atención de este defensor que la existencia o no de un conflicto colectivo o la presencia de un fuero circunstancial como fue declarado el día de hoy mediante este despacho no puede estar sometido a la vigencia y resuelve por parte de una autoridad administrativa como el ministerio de trabajo frente al recurso de apelación presentado por el sindicato en contra de la resolución que ordenó el archivo de la investigación pues en ello estaría incurriendo en la misma línea jurisprudencial que citó este despacho en el referente. que el fuero circunstancial no puede permanecer en el tiempo generado a manera indefinida pues es que estamos hablando que, ***acá se está declarando la existencia de un fuero circunstancial por la simple presentación de un pliego de peticiones y que por la simple respuesta de mi representada a no sentarse a negociar porque a criterio de este despacho si se tenía que hacerlo,*** *no se puede tomar en cuenta como para indicar que efectivamente actualmente existe un conflicto colectivo entre Asopetrol y Ecopetrol S.A es importante indicar que genera mucho asombro para este defensor la decisión proferida por este despacho porque como lo reitero y se indicó al inicio este recurso,* ***la decisión se fundamenta en dos sentencias de tutela que fueron proferidas con antelación a la expedición del decreto 089 del 2014,*** *con lo cual se vulneró por completo y no se hizo un estudio adecuado de las implicaciones y adopción de la norma expedida por el ministerio de trabajo, pues es claro honorables magistrados que en razón a la existencia de un pliego de peticiones que fue presentado para el año 2016 no podía existir un conflicto colectivo pues existía una convención colectiva 2014 - 2018 la cual el mismo demandante dentro del interrogatorio aceptó que él era beneficiario así como todos los trabajadores que pertenecen a Ecopetrol S.A son beneficiarios actuales tanto de la convención que finalizó 2014-2018 como la actual 2018- 2022 por lo que no es sustento para este defensor los argumentos expuestos por el despacho pues como se indicó así mismo como la sentencia que trajo a colación la simple presentación de un pliego de*

peticiones no genera per se la existencia de un colectivo por todo lo anterior reitero y solicito al honorable tribunal se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas que fue condenada muchas gracias."

Mediante oficio visible a folio 327 y SS del expediente, la parte actora solicita se tenga como prueba la resolución 4571 de octubre de 2019, proferida por el Ministerio de Trabajo, la cual aporta.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante, la que solicitó se confirmara la sentencia y las de la sociedad demandada.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver la Sala no accede a tener como prueba la documental aportada por la parte actora, pues no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 83 del C P del T y de la S S, recuérdese que no pueden solicitarse al tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia; razón suficiente para negar la solicitud.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá el recurso analizando su argumento central, esto es la inexistencia de un conflicto colectivo y por tanto la inexistencia de la garantía que la Juez declaró, como apoyo del reintegro ordenado, siendo entonces este el primer punto a definir.

i) De la existencia del Fuero Circunstancial

Indudablemente el sustento de la pretensión de reintegro era la existencia del fuero circunstancial, figura derivada del art 25 del Decreto 2351 de 1965 art 25 y del cual se ha ocupado ampliamente la jurisprudencia entre muchas otras y desde la sentencia de fecha 28 de febrero de 2007 radicación 29081. M.P Dr Luis Javier Osorio Lopez, providencia que por su importancia y relación es necesario citar en su parte pertinente. Dijo la Corte allí:

" (…)

El artículo 25 del Decreto 2351, prohíbe los despidos sin justa causa comprobada de los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones, protección que está comprendida desde la presentación de dicho pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para la solución del conflicto.

Los artículos10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, señalaron que la protección antes dicha cobijaba a los trabajadores afiliados a

un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de la presentación de tal pliego al empleador, hasta cuando el conflicto se solucionara mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quedara ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.

La anterior reseña normativa es clara, en principio, en distinguir cuales son los trabajadores amparados por el denominado fuero circunstancial, que no son otros que los afiliados al sindicato que hayan presentado un pliego de peticiones, o a los trabajadores no sindicalizados que igualmente hubieran presentado un pliego de esa naturaleza.

Así lo ha dejado entrever la Corte, tal como puede observarse en la sentencia de casación del 11 de agosto de 2004, radicación 22616, al expresar que ***el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, "contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa*** *a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados".*

Sin embargo, tal entendimiento no se queda en la literalidad de las disposiciones como parece concebirlo el Tribunal, por lo siguiente:

Es indudable que la teleología de las normas apunta a mantener el equilibrio de fuerzas entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto --sean o no sindicalizados-- y el empleador con el fin de evitar que éste, prevalido de su poder subordinante, utilice el despido de sus servidores para mermarles su capacidad de negociación y de contratación. Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz.

Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical. La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis.

En efecto, un despido masivo de trabajadores o de un número importante de ellos durante el trámite de un conflicto colectivo que no hayan presentado el pliego de peticiones y que no alcance la calificación de despido colectivo, puede afectar a la comunidad obrera por las connotaciones de todo orden que ello encierra. Y ese impacto negativo puede traer consigo el debilitamiento de dicha comunidad con incidencia en la solución del conflicto y desde luego, no es ese el resultado que quiere y que ha querido el legislador.

En cambio, cuando los trabajadores comprometidos en el conflicto ven incrementado su número, con el apoyo que reciben de otros compañeros suyos que en un principio no estuvieron dentro de aquellos que presentaron el pliego de peticiones al empleador, el equilibrio de fuerzas atrás mencionado también adquiere mayor entidad y peso y la solución del conflicto puede darse rápidamente, bien por el mecanismo de la autocomposición o ya acelerando la convocatoria del Tribunal.

Ahora, el razonamiento del Tribunal según el cual el legislador no quiso que la protección en conflicto colectivo "fuera un refugio para los trabajadores de la empresa que se vincularan al sindicato en ese período de negociación, simplemente con la finalidad de evitar un despido", no es equivocado, ***pues si la intención del asalariado es la de evitar su desvinculación pese a existir justas causas, la protección no lo cobija en ningún momento, pues así estuviera dentro de los***

que presentaron el pliego de peticiones, el empleador puede despedirlo, obviamente si esas justas causas existen y son comprobadas."

Es claro entonces, que no puede el empleador en ese lapso incurrir en despidos masivos, despedir sin justa causa, y por el contrario está facultado para terminar los contratos con justa causa si existiesen.

Pero desde luego y eso también ha sido definido por la jurisprudencia, para que opere la garantía debe existir el conflicto colectivo **y este debe ser válido, pues no toda presentación de pliego de peticiones puede originar uno de esta naturaleza,** siendo claro que esta garantía depende inmediatamente de **la existencia de un conflicto colectivo y éste, a su vez, tan sólo puede darse en el marco de una facultad legítima para la negociación colectiva.** Dicho de otra forma, sólo en el marco del derecho de negociación colectiva, se da pie a la iniciación de conflictos colectivos válidos y así se abre paso la garantía temporal de fuero circunstancial. En últimas, para que se pueda hablar válidamente de la garantía foral se requiere tener como presupuestos **una posibilidad a la negociación colectiva y una inauguración valida del conflicto colectivo.**

En los términos planteados, -se itera dada su relevancia en este caso-el fuero circunstancial es una garantía que depende de la existencia de un conflicto colectivo, y éste a su vez tan sólo puede darse en el marco de una facultad legítima para la negociación colectiva, o lo que es lo mismo en el desarrollo de un conflicto colectivo valido. Es entonces una garantía temporal que se extiende solo hasta la terminación definitiva del conflicto.

En ese orden resulta cierto que, de la sola presentación de un pliego de peticiones, no pueda inferirse la existencia valida de ese conflicto, por lo que en cada caso se debe analizar si en verdad eso sucedió, es decir si el pliego válidamente presentado dio lugar o no a un conflicto igualmente valido, que finalizara en una nueva convención o laudo. Veamos entonces que sucedió en este caso.

No hay duda sobre la presentación en 2016, de un pliego de peticiones por parte de la ASOCIACIÓN DE EMPLEADOS DE ECOPETROL S.A., "ASOPETROL", el cual aparece a folios 41 al 56, pretendiendo una vigencia de dos años a partir de la firma del acuerdo, hecho que tuvo lugar el 2 de junio de ese año, dada la respuesta que la demandada da al respecto, visible a folios 58 al 68.

En esa respuesta, la demandada, informa al presidente y secretario general de ASOPETROL, que no se sentará a negociar, pues al interior de ECOPETROL, existe una convención colectiva vigente para el periodo 2014-2018, a la cual se llegó bajó

los parámetros del Decreto 089 de 2014, y según la negociación adelantada con las organizaciones sindicales que en ese momento existían, esto es USO, ADECO, SINDISPETROL Y ASPEC; toda vez que ASOPETROL, no existía en 2014.

Evidentemente entonces, en esa negociación iniciada en 2016 y desde luego, se itera, no podía participar ASOPETROL, pues solo se constituyó en diciembre 15 de 2015, lo cual, **no implica necesariamente, que la posterior organización, pudiera antes del vencimiento de la convención negociada con anterioridad a su existencia, iniciar otra,** pues ha sido suficiente y claramente definido en la jurisprudencia también, que si bien es cierto, existe la posibilidad de coexistencia de varios acuerdos colectivos en una misma empresa, también lo es que los trabajadores solo pueden beneficiarse de uno solo.

Existiendo entonces un acuerdo colectivo con vigencia 2014-2018, **de la cual sin duda se beneficiaba el actor, recuérdese que fue confesado en interrogatorio de parte, no le era posible a ninguna organización sindical, - en su nombre o en de los trabajadores que se beneficiaban del acuerdo, que eran todos los de la demandada, - pretender otro acuerdo, en esos cuatro años de vigencia pactados esto es hasta 2018.**

Ahora de acuerdo con la Ley es justamente es la denuncia de la convención prevista en el artículo 479 del CST, la que da inició al a un nuevo proceso de negociación, pues esta diligencia administrativa es la que posibilita la presentación de un nuevo pliego que dé lugar a un nuevo acuerdo, solo que en este caso específico y sui generis el sindicato posteriormente creado, es decir ASOPETROL, al no haber participado en la negociación, lo que no impedía que sus afiliados se beneficiaran del acuerdo como ya se dijo, no era tampoco el legitimado para denunciarla; sin embargo una nueva negociación daría lugar a negociaciones múltiples de alguna manera inanes ya que se itera solo pueden los trabajadores beneficiarse de un acuerdo de los tantos que pueden celebrarse en una misma empresa, además en contravía a lo que pretendió el Decreto 084 de 2014, cuyo objeto no era otro que lograr una negociación concentrada en estos casos de coexistencia de varios sindicatos.

Vale en este momento aclarar, que lo acá decido de manera alguna, depende de lo que el Ministerio de Trabajo resuelva en el trámite de la querella administrativa, pues esa investigación, se dirige a la imposición de sanciones pecuniarias por violaciones a la Ley, sin que pueda el inspector definir derechos y en este proceso se analiza la existencia del denominado fuero circunstancial, que solo se puede derivar de un conflicto, se itera, válidamente instalado.

Es en este momento que conviene recordar; que no todo pliego de peticiones presentado, da lugar a un conflicto colectivo valido y válidamente instalado, así como reiterar que para estos casos de coexistencia de múltiples asociaciones, fue que se expidió el Decreto 080 de 2014, tema también tratado por la Corte Suprema, en la sentencia a la que acude el recurrente, esto es la SL 9390, Rad 76688 de junio 28 de 2017 MP Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se expresó: "… *con el ánimo de mitigar "(…) las serias complicaciones y dificultades a empleadores y organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos de negociación colectiva (…)",* dadas con ocasión de la expedición de las sentencias de la Corte Constitucional C-567 de 2000, C797de 2000 y C063 de 2008, **que busca la implementación de mecanismos que permitan la "(..)** ***unidad de negociación o de negociación concentrada o acumulada,*** ***de racionalidad y economía en el procedimiento, para que los diferentes sindicatos y pliegos de peticiones estén expresados y representados respectivamente, en la mesa de negociación y en la comisión negociadora".***

Y es que resulta contrario a la unidad admitir múltiples negociaciones, cada que se cree una nueva organización sindical en una misma empresa, pues no solo generaría complicaciones a la empresa sino a las organizaciones sindicales en su interior.

Lo cierto es luego de hacer estas precisiones, que, ante la posibilidad de creación de múltiples organizaciones, fue que se emitió el Decreto todo dirigido a garantizar una adecuada negociación, ese el objetivo, luego no es dable admitir que la creación de sindicatos y presentación de pliegos de peticiones se encamine a lograr una estabilidad laboral, derivada de la protección contemplada en el Decreto 2351 de 1965; desarrollado por la jurisprudencia incluso en cuanto a sus efectos, es decir el reintegro y otros como tiempo en el que opera y cuando pierde también su sentido.

En el caso que hoy nos ocupa entonces y a pesar de haber sido presentado válidamente el pliego de peticiones, **en junio de 2016,** considera la Sala que no existía la garantía denominada fuero circunstancial en el momento del despido que fue sin justa causa, - hecho no discutido-, **el 20 de septiembre de 2017,** pues a pesar de la presentación del pliego el conflicto nunca se instaló, nunca se desarrolló, incluso con aceptación y anuencia del sindicato creado que tácitamente desistió de la negociación. Veamos las razones para hacer esta afirmación.

Cierto es que el sindicato ante la negativa a negociar de la empresa acudió al Ministerio de Trabajo, e interpuso una querella administrativa, el 28 de junio de 2016, sin embargo no hay prueba que además de ello hubiese insistido en de dar inicio a la negociación, desarrollarla y menos aún concluirla, lo que no puede inferirse del solo hecho de haber interpuesto la querella y haber recurrido la resolución que la archivó,

que fue emitida el **12 de octubre de 2018,** (más de dos años) y aunque este tiempo de no definición de las autoridades administrativas, no puede atribuirse a la organización sindical; tampoco existen pruebas se itera, de la insistencia de la organización sindical, para que las autoridades administrativas se pronunciaran, logrando la instalación del conflicto, **en ese lapso, pues solo hasta el 2018,** fecha en que incluso ASOPETROL, vuelve a presentar pliego de peticiones, (en julio de 2018), es que acude a otras acciones judiciales, esto es tutela contra el Ministerio de Trabajo y ECOPETROL, y cuya decisión no fue aportada al expediente, existiendo solo la manifestación de la demandada de no haber sido concedida.

Lo expuesto, permite concluir que el sindicato no actúo en ese lapso de dos años desde la presentación del pliego en 2016 y hasta 2018, debiendo hacerlo, con la voluntad y animo que permita inferir que en verdad pretendía se instalara la negociación y se abriera paso la protección denominada fuero circunstancia, ello ha sido aclarado y reiterado por la Corte Suprema de Justicia, manifestando **que el conflicto colectivo no se puede extender en el tiempo,** así indicó esa Alta Corporación en sentencia radicado No. 51542 del 23 de mayo de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

> *No sobra agregar, que la posición jurisprudencial contenida en el fallo antes trascrito, se encuentra en consonancia con lo dicho en sentencia CSJ SL15862-2017, en la que se expresó: « (…) sobre el periodo en el que dicha garantía opera, la Sala ha determinado que se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y culmina cuando el conflicto se soluciona a través de la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral»; como también, con lo que se dijo en la providencia CSJ SL16788-2017: «(…) ha sentado la jurisprudencia de esta Sala que la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos,* ***la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral,*** *pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo;* ***o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo».*** *(negrilla fuera del texto original).*

También en sentencia de Rad SL5447-2019 Radicación Nº 69890, de diez (10) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), la Corte aclaró:

> *"(…)*

Lo anterior se soportó además en las sentencias de esta corporación CSJ SL 32364, 22 abr. 2008 y SL 23843, 16 mar. 2005, ***concernientes al desistimiento tácito del conflicto y a la anomalía en su trámite;*** *y esa finalmente fue la razón por la cual se despacharon en forma desfavorable las pretensiones del libelo introductorio.*

Igualmente acusó el recurrente la interpretación errónea del art. 433 del CST, pues en su sentir su alcance es claro, en cuanto a la obligación a cargo del empleador, de recibir a los delegados de los trabajadores para negociar el pliego de peticiones dentro de las 24 horas siguientes a su presentación, de la cual no es dable sustraerse; y que, en todo caso, la negativa de la empresa a iniciar conversaciones, no debe generar consecuencias adversas al sindicato, sino a la empresa.

Sobre este tópico, esta corporación en la sentencia CSJ SL16788-2017, expresó:

[…] ***la conducta asumida por las partes en el inicio de las conversaciones es un aspecto de suma trascendencia que debe valorarse a efectos de establecer la voluntad inequívoca de los interesados en continuar con el curso normal del trámite del diferendo, pues la posición asumida por cada uno de los actores es la que marca la subsistencia del conflicto colectivo, con todas las consecuencias que de ello deriva.***

De suerte que, en los eventos en que las empresas se nieguen a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal (art. 433 CST), y frente a tal actuar la asociación sindical ***guarde silencio o no utilice los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para forzarlo a las conversaciones, resulta razonable entender, a partir de ese hecho, la declinación del pliego de peticiones y, naturalmente, el decaimiento del conflicto colectivo ante la falta de interés para desarrollarlo y culminarlo por parte de quienes lo promovieron.***

[…]

También ha sentado la jurisprudencia de esta Sala que la interpretación del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, no conlleva necesariamente a concluir que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el incumplimiento de las etapas propias de la solución del mismo; o cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo (CSJ SL14066-2016; SL67322015; SL 29822, 2 oct. 2007; SL 23843, 16 mar. 2005; y SL 19170, 11 dic. 2002).

Bajo esa perspectiva, si el inicio de las conversaciones se trunca sin que la parte interesada –grupo de trabajadores u organización sindical- despliegue las actuaciones tendientes a compeler al empleador para la negociación del pliego de peticiones, ***el fuero circunstancial pierde razón de ser, por cuanto el conflicto colectivo llega a un punto muerto del cual es dable predicar su terminación de manera anormal.***

De las anteriores reflexiones, aflora claro que la existencia del fuero circunstancial está supeditada a la iniciación y desarrollo efectivo de un proceso de negociación colectiva, de suerte que el fracaso por la inactividad del sindicato, trunca la protección reclamada y, en ese orden, no se atienden los razonamientos de la censura.

En lo que respecta a que la negativa a negociar no debe generar consecuencias adversas a los trabajadores, sino al empleador, debe decirse que se trata de una situación con solución prevista en el ordenamiento laboral, consistente en que ante la repulsa o elusión del patrono a iniciar las conversaciones, hay lugar a la imposición de sanciones por las autoridades del trabajo; esta corporación tiene establecido, que cuando los empleadores son renuentes a iniciar las negociaciones dentro de los términos legales, esto es, entre las 24 horas siguientes a la presentación del pliego de peticiones, sin que pueda diferirse por más de cinco días, conforme lo preceptúa el artículo 433 del CST, ***tanto los trabajadores como la organización sindical están en el deber de adelantar las gestiones administrativas y judiciales necesarias para procurar que sus solicitudes sean***

atendidas, escuchadas, discutidas y resueltas favorablemente por parte del empleador, lo que conlleva un rol activo y no de simples espectadores.

En esa medida, el derecho colectivo ha dotado a las organizaciones sindicales de herramientas que permiten obligar a los empleadores a negociar, tales como la queja ante la autoridad administrativa del trabajo (art. 21 de la Ley 11 de 1984); ***por tanto, si los sindicatos o los trabajadores no utilizan los mecanismos previstos en el ordenamiento para forzar al empleador a iniciar la etapa de arreglo directo, resulta razonable entender que declinan del pliego de peticiones y, por ende, se produce el decaimiento del conflicto colectivo.***

Tampoco avizora la sala una interpretación errónea del art. 444 del CST, pues contrario a lo señalado por el censor, el colegiado concluyó, que dentro del trámite de negociación colectiva, primero debe culminarse la etapa de arreglo directo, para que los trabajadores decidan si optan por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a las de un tribunal de arbitramento, y no como lo afirma aquel, que pueda continuarse con el adelantamiento de la segunda, sin haberse agotado la primera; así se colige cuando al respecto expresó:

[…] ***no acepta la Sala la posición de la parte demandante al afirmar que aún continúa vigente el conflicto colectivo, pues el mismo nunca se adelantó; y si la causa de ello fue la negativa de la empresa a negociar, tampoco el Sindicato dio por terminada la etapa de arreglo directo, para disponer a continuación, como lo ordena el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 61 de la Ley 50 de 1990, la declaratoria de huelga o someter las diferencias a la decisión del Tribunal de arbitramento, lo cual debe decidirse en asamblea general de afiliados al sindicato, o la mayoría absoluta de los trabajadores, en un período de 10 días a la terminación de los diálogos con el empleado, actos que según los términos legales está (sic) en cabeza de los trabajadores y no del empleador.***

En el segundo cargo, luego de la elaboración del extenso listado de supuestos errores de hecho en que pudo incurrir el tribunal, el recurrente procura demostrar que el fallador de segundo grado se equivocó, al dar por demostrado, sin estarlo, que fue inexistente el conflicto colectivo de trabajo que se inició con la presentación del pliego de peticiones de Sinaltradihitexco a la sociedad Textiles Fabricato Tejicondor SA, el 11 de febrero de 2008. Frente a ello debe decirse que no se incurrió en error por parte del colegiado, pues como se advirtió en forma precedente, pese a que en una parte de la sentencia recurrida en forma equívoca se dio a entender que esa premisa fue dada por sentada, finalmente se concluyó, que el conflicto colectivo se inició, simplemente que no se adelantaron las etapas legales pertinentes, como las de arreglo directo, o la declaratoria de huelga o la convocatoria a un tribunal de arbitramento, produciéndose un decaimiento del mismo.

Igualmente pretende el recurrente, que se dé por acreditado que el conflicto colectivo de trabajo suscitado entre Sinaltradihitexco y la demandada, desde la presentación del pliego de peticiones el 11 de febrero de 2008, permaneció en el tiempo, independientemente del procedimiento de negociación colectiva o de la etapa de arreglo directo por la negativa del empleador a recibir a los trabajadores; advierte la sala al respecto, que la alegada permanencia en el tiempo del conflicto colectivo, y por lo menos hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo al demandante - 6 de julio de 2010, no quedó acreditada dentro del proceso, pues solo se demostró la presentación del pliego de peticiones, y no, el adelantamiento de las demás etapas del conflicto colectivo, precisamente por ello el tribunal acuñó como argumento jurídico, el de la ocurrencia de un desistimiento tácito del conflicto colectivo.

Finalmente debe precisarse, ***que la finalidad de la prohibición estatuida por la legislación del trabajo, que torna ineficaces los despidos en la etapa de arreglo directo, es la protección a la estabilidad laboral ante eventuales retaliaciones de la empresa, como salvaguarda contra medidas que pudieran menguar las posibilidades de los trabajadores en el marco de la negociación***

colectiva; es claro que el transcurso de un largo período entre el momento en que finaliza el conflicto colectivo y la fecha en que se produce el despido, desdibuja la teleología del precepto legal, en los casos en que el sindicato no activa los mecanismos administrativos y judiciales, en aras de lograr el amparo que merece aquel derecho.

El tema ha sido tratado por esta corporación, en las sentencias CSJ SL 2578-2019, 2940-2019, SL4584-2019 y SL4632-2019."

La Sala reitera dada su importancia, que no toda presentación de pliego de peticiones da paso a una negociación colectiva, **ni a la inauguración valida del conflicto mediante el desarrollo de todas sus etapas, esto es arreglo directo, tribunal huelga etc; resultando claro que en este caso jamás se inició o inauguró válidamente el conflicto y contrario a encontrar actos que le indiquen a la Sala la voluntad del sindicato de concluirlo, como las que se señalan en la sentencia, atribuidas a estos, como dar por finalizado el arreglo directo, etc; lo que encuentra es que existió una actitud pasiva por más de dos años, dando lugar al decaimiento del conflicto** que en palabras de la Corte Suprema, es lo que se da ante esta inactividad. Insiste la Sala, que contrario a lo señalado por la parte demandante en sus alegaciones, el sindicato no acudió a los mecanismos por más de dos años y que solo se intentó revivir en 2018, acudiendo a tutela y presentación de otro pliego lo que corrobora el decaimiento o lo que es lo mismo desistimiento tácito del conflicto y en consecuencia también la inexistencia de la garantía, que como aclara la Corte busca es impedir retaliaciones en el marco del conflicto, desdibujándose cuando el sindicato no activa mecanismos para que se desarrolle, como acá sucedió, pues se limitó a instaurar una querella, pero solo dos años después recuerda intentar otros mecanismos, sin que tampoco hubiese adelantado actos propios atribuibles a la organización como los de dar por terminadas etapas acudir a tribunales etc.

Así las cosas, y ante la inexistencia de la garantía temporal de fuero circunstancial, que daría lugar al reintegro, como lo señala la demandada en sus alegaciones, habrá de **REVOCARSE** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia se revocan las de primera y se condena a la parte actora al pago de las mismas en favor de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E SU E L V E

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia y en consecuencia **ABSOLVER a las demandada ECOPETROL SA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.**

SEGUNDO. COSTAS. No se causan en la alzada, las de primera a cargo de la parte actora y en favor de la demandada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 35 2016 691 -01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ROGLIO SALAS GOMEZ

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – ARL BOLIVAR

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 18 de noviembre de 2019, por la apelación, presentada por las partes.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora y demandada ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR.

ANTECEDENTES

El señor ROGELIO SALAS GOMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se MODIFIQUE el Dictamen No. 88190473 del 21 de agosto de 2014, el cual determinó como fecha de estructuración el 3 de diciembre de 2013, y como consecuencia de ello se dictamine la pérdida de la capacidad laboral a partir del 26 de junio de 2004. Que se condene a la demandada ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SEGUROS BOLIVAR, al pago del retroactivo pensional a que tiene derecho, junto con el pago de los intereses moratorios, la indexación de las condenas y al pago de todos los servicios médicos asistenciales que requiera y las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita se dictamine su pérdida a partir del 17 de junio de 2005. (fl.2)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que en el mes de enero de 2003 se desempeñaba como operario de máquina en la empresa TINTORERIAS SPORT MODA LTDA.
- Que el día 26 de junio de 2004, desarrollando sus funciones sufrió un accidente de trabajo y sufre una amputación del tercio distal del tercio derecho y trauma cráneo encefálico, por lo que a partir de dicha fecha perdió su capacidad laboral y no volvió a realizar trabajo dependiente o independiente alguno.
- Que la ARL demandada realizó un proceso de pérdida de la capacidad laboral, en la cual indicó como fecha de estructuración el 26 de junio de 2004.
- Que la Junta Nacional de Calificación de invalidez mediante dictamen de fecha 26 de febrero de 2007, determinó como fecha de estructuración el 17 de junio de 2005 y una pérdida de la capacidad laboral del 47.06%.
- Que desde el día 10 de diciembre de 2012, se presentó a la ARL Bolivar, petición de revisión de la pérdida de su capacidad laboral.
- Que con fecha 12 de marzo de 2014, se emite un nuevo dictamen en el que indican que la pérdida de la capacidad laboral es del 47.95% y cuya fecha de estructuración es del 3 de diciembre de 2013.

- Que se interpusieron los recursos de ley, por lo que al desatarlos se indicó como fecha de estructuración el 3 de diciembre de 2013 y con un porcentaje del 53.05%
- Que sus patologías son desde el 26 de junio de 2004, fecha en la que ocurrió el accidente de trabajo, por lo que es a partir de esta data que procede el reconocimiento de su pensión de invalidez. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 4, 5, 7, 10, 12, 15, 17 y 19, para los demás manifestó que no le constan; propuso como excepciones las que denominó el dictamen emitido se encuentra ajustado a derecho, firmeza del dictamen, buena fe y prescripción. (fl.-116 - 124)

La demanda JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 3 a 5, 9, 10, 12, 15, 17, 19 y 20, para los demás manifestó que no le constan; propuso como excepciones las que denominó legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, inexistencia de la obligación a cargo de la Junta y buena fe. (fl.-199 – 215)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió el dictamen No. 88190473 del 21 de agosto de 2014, exclusivamente en lo que tiene que ver con la fecha de estructuración estableciéndose que la misma es del 25 de julio de 2013. En consecuencia condenó a la ARL BOLIVAR al pago de la pensión de invalidez del actor desde dicha data. (fl.-316)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

> *"En cuanto a la fecha de estructuración de la invalidez conforme a la solicitud de la accionante estudiaremos si procede modificar la fecha de estructuración de la invalidez contenida en el dictamen 8814, 14 de agosto de 2014, al*

respecto debemos señalar que el decreto 1507 del año 2014, vigente para la época, define la fecha de estructuración como el momento en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional de cualquier origen como consecuencia de una enfermedad o accidente y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos, la corte constitucional estableció Los criterios que componen la fecha de estructuración de invalidez conforme a la norma citada en los siguientes términos "la fecha de estructuración según el artículo 3° del decreto 1507 del año 2014 responde a los siguientes criterios 1. se determina teniendo en cuenta el momento a partir del cual una persona alcanza el 50% de pérdida de capacidad laboral u ocupacional ya sea por una enfermedad o accidente de acuerdo con la evolución de las secuelas, 2. debe fundamentarse en la historia clínica, los exámenes médicos y de ayuda diagnóstica o en su defecto en historia natural en la historia natural de la enfermedad 3. puede ser anterior o corresponder a la fecha en que se declara la pérdida de capacidad laboral 4. debe estar argumentada por el calificador de lo cual se debe dejar constancia en la correspondiente determinación y 5 no depende de que el solicitante se encuentre laborando y cotizando al sistema general de seguridad social lo dijo en la sentencia T 591 del año 2017 del 28 de septiembre. A su vez el decreto 917 del año 99 Norma que fue utilizada por la junta la nacional de calificación al momento de proferir su dictamen establecía que la fecha de estructuración es aquella en que se genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, para cualquier contingencia esta fecha debe documentarse con la historia clínica los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. Frente a esta norma la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente "recuérdese que el artículo 3 del Decreto 917 del año 1999 prevé que la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de capacidad laboral es aquella en que se genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, agrega la norma que esta fecha puede ser anterior o corresponder a la fecha de la calificación ello significa que la invalidez estructura cuando la persona ha perdido en forma definitiva su capacidad para trabajar, en la sentencia 48073 del 11 de febrero 2015. De acuerdo a lo requerido por el actor la fecha de estructuración de la invalidez debe ser aquella en que ocurrió el accidente de trabajo es decir el 26 de julio de 2004, fecha en que se encuentra demostrada conforme a la documental obrante a folio 9 a efectos de lo anterior tenemos que la junta Nacional de calificación de invalidez en el dictamen 13433 del 23 de febrero de 2007, que aparece en el folio 24 señaló que el actor contaba con una pérdida de capacidad laboral del 47.06% por la amputación de un

miembro superior, por un accidente de trabajo del miembro superior derecho con fecha de estructuración del 15 de junio del 2005, conforme al dictamen allegado por la parte actora y lo manifestado por el perito en esta audiencia se estableció como fecha de estructuración de invalidez el 26 de junio 2004 fecha de la ocurrencia del accidente de trabajo independientemente de las secuelas generadas ya que sin esta condición primaria esto es, el accidente no se hubieran generado las condiciones secundarias. La Corte Suprema de Justicia en sala de casación laboral en referencia a la fecha de estructuración de invalidez y su coincidencia con el momento en que se sufre el accidente de trabajo ha señalado lo siguiente "en efecto esta sala de la corte en sentencia del 26 de junio 2012 radicado 38614 en la que reiteró lo dicho la del 4 de septiembre 2007 radicado 31017 explico: cabe aclarar para despejar equívocos que la fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de la ocurrencia del accidente pues puede suceder que sus secuelas se manifiesten con posterioridad y en lo concerniente a la calificación se tiene en cuenta la norma vigente en la fecha en que está en que ésta se hace o se consolida la discapacidad y no las vigentes al momento en que se produjo el siniestro laboral conforme lo determinó la sala en la sentencia del 4 de septiembre 2007 radicado 31017" Esta es la transcripción de la sentencia 48073 del 11 de febrero de 2015. su vez la corte constitucional ha expresado lo siguiente la fecha de estructuración debe entenderse Como aquella en que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impide que la persona desarrolle cualquier actividad aboral y continúe cotizando y no lo no la señalada retroactivamente en la calificación pues ello sólo indica cuando se presentaron los primeros síntomas" sentencia T 591 2019 del 2017 del 27 de septiembre. Así mismo en La Providencia citada por el perito Como fundamento para establecer la fecha de estructuración de la invalidez el máximo órgano constitucional determinó lo siguiente "cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata la fecha de estructuración de la invalidez con coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho, sin embargo existen casos en que la fecha en que se efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar es diferente a la fecha en que se indica en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, lo anterior se presenta generalmente cuando se padecen enfermedades crónicas degenerativas o congénitas en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina, frente a este tipo de situaciones la corte ha vivenciado que las juntas de calificación de invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que señala la historia clínica como el momento en que se diagnostica la enfermedad, a pesar de que en ese momento no se haya

presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva según el decreto 917 del 99 Sólo dijo la sentencia T163 del año 2011, conforme a lo señalado en precedencia no es dable entonces establecer como fecha de estructuración de invalidez la fecha en la cual el actor sufrió el accidente de trabajo ya que la afectación padecida en ese momento no alcanzó el grado de pérdida de capacidad que genera la invalidez tal como se estableció en el dictamen de pérdida de capacidad de pérdida de calificación de invalidez realizado por la junta nacional obrante en el folio número 24 el expediente lo que generó que el actor fuera reintegrado a su trabajo, en actividades de baja carga física tal y como aparece en el folio No. 62 del expediente allegado por la Junta Nacional. Posteriormente y ante las patologías y por solicitud de este se realizaron nuevas calificaciones de la pérdida de capacidad laboral por parte de la ARL conforme al dictamen obrante a folio 52 En dónde se establecieron como diagnóstico motivo de calificación, la amputación traumática entre el codo y la muñeca dolor, en miembro fantasma, cefalea post trauma y trastorno depresivo recurrente. Ante la inconformidad presentada ante la junta Regional de calificación de invalidez de Santander en su dictamen visto a folio 72 tomó el diagnóstico motivo de calificación la amputación traumatica a nivel de codo y muñeca, cefalea postraumatica crónica y trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente y en el dictamen de la junta nacional objeto del presente proceso se establecieron los mismos diagnósticos que fueron objeto de análisis del dictamen de la junta regional, esto es, incluyendo como nueva afectación en la salud del actor la cefalea y el trastorno depresivo, en relación con la fecha de estructuración se determinó que la junta se determinó por parte de la Junta Nacional que la misma correspondía al momento en que el psiquiatra tratante definió el diagnóstico, es así que este Despacho no puede acceder a la pretensión relacionada con la modificación de la fecha de la estructuración de la invalidez fechada el 26 de junio de 2004 o subsidiariamente el 15 de junio de 2005 como quiera que las patologías que dieron origen a que la pérdida de capacidad laboral generará el estado de invalidez del actor se concibieron con posterioridad al hecho traumático, tanto así que el actor se reintegro a su lugar de trabajo con una con una carga adecuada a su situación y que si bien las mismas se encuentran relacionadas con el accidente con el accidente de trabajo sufrido, lo cierto es que para la fecha en que se presentó dicho evento el actor no presentaba ningún síntoma ni siquiera de manera incipiente de trastorno depresivo conforme a los medios probatorios allegados al expediente y específicamente la valoración realizada por la psiquiatra Lucy Manosalva el 26 de diciembre 2005 obrante en el folio 63 del expediente ha llegado por la junta nacional donde la misma determinó que el actor es un paciente sin

síntomas depresivos ni psicóticos con buenos recursos hídricos y buena adaptación personal y laboral después de su accidente generándose así una nueva valoración al momento en que el actor empezó a experimentar tales patologías como en efecto se hizo, en relación con la calificación que contemple las secuelas de un accidente de trabajo ha señalado la corte constitucional "así mismo puede ocurrir que en un primer momento la afectación padecida ya sea producida por un accidente o enfermedad específico no genera incapacidad alguna sin embargo con el transcurso del tiempo se pueden presentar secuelas que tornan más grave es la situación de salud de la persona lo que podría dar lugar a una valoración de su pérdida de capacidad laboral con el fin de establecer precisamente Las verdaderas causas que originaron la disminución de su capacidad de trabajo y eventual estado de invalidez" lo dijo en la sentencia t341 un del año 2013. Pronunciamiento que está en consonancia con lo dispuesto en el decreto 1507 del año 2014 que establece que la fecha de estructuración corresponde al momento en que el afiliado alcanza el 50% de la pérdida de su capacidad laboral en consecuencia no se accederá a la modificación de la fecha de estructuración de la invalidez del actor en los términos solicitados por la parte actora, esto es, determinando como tal el 26 de junio 2004 o el 17 de junio 2005 como quiera que para esas fechas el actor no contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% establecido entonces que la fecha de estructuración de invalidez en el presente caso no coincide con la fecha del accidente de trabajo, cómo ha quedado señalado, por la parte fáctica y en armonía con lo establecido con los precedentes citados, procedemos a verificar si conforme a los medios que se han arrimado al expediente y en consonancia con lo establecido en los decretos citados, la fecha determinada en el dictamen objeto de escrutinio corresponde al momento en que el psiquiatra tratante definió el diagnóstico, para lo cual tenemos que conforme a la documental que se llegó en el folio número 40 al actor se le diagnóstico el trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente desde el 25 de julio de 2013, fecha en la cual inicia su tratamiento con sertralina sin que sea de recibo para este despacho lo señalado por la junta, en relación a qué es hasta el 3 de diciembre de dicho año en que el psiquiatra tratante definido el diagnóstico ya que tal como se mencionó o se señaló en presencia, desde el 25 de julio del actor contaba con tal diagnóstico, en consecuencia en virtud de las facultades Ultra y extra petita se modificará el dictamen número 88190473 del 1 de agosto 2014, exclusivamente en lo referente a la fecha de estructuración de la invalidez determinándose la misma el 25 de julio del año 2013.

En cuanto al retroactivo pensional solicita el demandante que se condene a la administradora de riesgos laborales al retroactivo pensional conforme a la

modificación de la fecha de estructuración, la calidad de pensionado del demandante al igual que el monto de la mesada pensional están probados en el folio 86 en donde se reconoció la pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente Y un retroactivo a diciembre 2013 a octubre 2014 el cual lo cual no ha sido objeto de debate en este en este proceso, en atención a que la fecha de estructuración corresponde al 25 de julio de 2013 conforme a lo señalado en precedencia se condenará la compañía de seguros Bolívar al pago del mesadas pensionales desde dicha fecha hasta el 2 de diciembre de 2013 en cuantía total de $2.515.200. En relación con la excepción de prescripción planteada en por la demandada compañía de seguros, la misma no próspera teniendo en cuenta que la fecha de exigibilidad de dichos retroactivo se genera con la modificación del dictamen establecido en la presente sentencia, en cuanto a los intereses moratorios y la indexación solicita al demandante que se condene a la compañía de seguros al pagar los intereses moratorios y la indexación de las obligaciones adeudadas en cuanto a los intereses moratorios tenemos que se fundamentan en el artículo 141 de la ley 100 del año 93 y que los mismos proceden para pensiones de invalidez de origen profesional no obstante lo anterior este despacho observa o mejor absorberá a la demandada de ésta de esta petición como quiera que el retroactivo aquí concedido surgió exclusivamente de la modificación del dictamen en lo relativo a la fecha de estructuración situación que no pudo ser prevista por la administradora de riesgos laborales ya que dicha entidad reconoció la pensión conforme a lo dispuesto en el dictamen que se le ponía y que gozo de legalidad hasta que sobre el mismo peso la decisión en contra proferida en el ordenamiento judicial, ahora bien en cuanto a la indexación que reclama la parte actora tenemos que la misma busca atenuar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y que debe ser asumido por el deudor de una suma de dinero para esta manera de evitarla y perjuicios al acreedor es por ello un procedimiento resarcitorio de la inflación y como quiera que el pensionado no debe sufrir las consecuencias de esa pérdida del poder adquisitivo se condenará la compañía de seguros Bolívar indexar el valor de las mesadas pensionales ayudas correspondientes al 25 de Julio 2013 al 2 de diciembre del mismo año. .."

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora manifestó:

"Respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho con relación al artículo primero, solicitó al tribunal que modifique perdón, que revoque el artículo 1 preferido por esta sentencia y en consecuencia se modifiquen los demás artículos 2, 3 y 4

proferidos por la sentencia del señor juez con razón a los siguientes argumentos: indica la sentencia que la fecha estructuraciones el 25 de julio del 2013, fecha en la cual el señor Rogelio según el psiquiatra empezó a recibir medicamentos por las patologías diagnosticadas, esta decisión es contraria a todas las sentencias que el señor juez ha indicado con relación a la corte constitucional y la Corte Suprema de Justicia que determinan qué es la fecha de estructuración. Se indicó en la sentencia que a folio 62 del expediente la Junta Nacional indica que el señor Rogelio Salas puede reingresar a su lugar de trabajo y realizar las actividades, no se pudo verificar este folio porque corresponde al dictamen presentado por el perito en este expediente con la demanda para verificar que el perito realizó un dictamen indicando cual es la fecha de estructuración no pudiendo verificar entonces este folio, debo decirle al tribunal que es mentira la existencia de un folio en el cual el señor Rogelio Salas se haya reintegrado al trabajo por dos razones: 1. porque él nunca regresó al trabajo y 2. porque la empresa fue liquidada la empresa desapareció en el momento de la ocurrencia del accidente, razón por la cual no se pudo realizar el proceso de culpa patronal 216, además indica que el señor Rogelio Salas, su fundamento es el regreso a, el trabajo, pero las sentencias indicadas por la corte constitucional determina que cuando no se puede seguir trabajando no se puede seguir cotizando, a la seguridad social, se ha perdido toda posibilidad de trabajar y eso fue lo que le sucedió al Señor Rogelio Salas desde el 26 de junio del 2004, No es cierto que los dictámenes de la junta regional y de la junta nacional están fundamentados en la historia clínica porque esa historia clínica no es completa, es del año 2012 al año 2014, del año 2004 al año 2012 no existió ninguna historia clínica por negligencia de la ARL, este es un proceso de seguridad social y no de teoría del aseguramiento de tal suerte que el señor Rogelio Salas señores miembros del tribunal, perdió su capacidad laboral desde el mismo día del accidente, no existe en la historia clínica en el análisis de los médicos un fundamento sobre el dolor de miembro fantasma, sobre la amputación del tercio distal, sobre la cefalea, que científicamente está establecido que su origen es desde el momento del accidente, coincidiendo así entonces que las enfermedades diagnosticadas después del accidente tienen un origen como lo dijo la junta nacional en los hechos 24, 25, 26ny 27 del ía del accidente, la verdadera fecha de estructuración es el 26 de junio de 2004, razón por la cual solicito respetuosamente al Tribunal revocar el Numeral 1 de la sentencia, indicar como fecha e estructuración el 26 de junio de 2004 en caso sería el 17 de junio del 2005 fecha en el cual se hizo la última calificación de pérdida capacidad laboral al Señor Rogelio Salas y en consecuencia modificar lo ordenado en los demás artículos con esta fecha de estructuración agradezco mucho el tiempo."

Por su parte el apoderado de la ARL Bolivar, indicó:

> *"Me permito presentar recurso de apelación para que la decisión se modifique parcialmente en lo que tiene que ver con la condena a mi representada al pago del retroactivo al Señor Rogelio Salas desde 25 de Julio 2013 al 3 de diciembre de 2013 y éste pues tiene que ver con la fijación o con la determinación del juez de fijar la fecha de estructuración de la invalidez del actor del 25 de Julio 2013 y ese es el reparo concreto que se presenta, toda vez que, en criterio del presente apoderado fijar la fecha de estructuración en dicha fecha no fue acertado como quiera que tanto la junta Regional de calificación la junta Nacional de calificación fueron coincidentes en el terminar que la fecha de estructuración del señor Rogelio Salas era el 3 de diciembre 2013 y eso lo hizo con base con un estudio en la historia clínica del actor, el juez finca su decisión en la parte de la historia clínica del 25 de Julio 2013, que fue la primera vez que el señor Rogelio Salas consulta a un médico relacionado con la enfermedad psiquiátrica que en su momento el sostenía que tenía, si uno analiza con detalle dicha historia clínica en dicha hoja al Señor Salas se le ordenan varios exámenes médicos para llevar a cabo digamos la confirmación de la enfermedad, de modo que aunque en dicha fecha se realiza la consulta, en dicha fecha no se diagnostica la enfermedad teniendo en cuenta esta circunstancia es que la junta Nacional de calificación y las regional es que fijan la fecha de estructuración con posterioridad cuando se confirma el diagnóstico trastorno depresivo recurrente y por eso es que se fija la fecha de estructuración como el 3 de diciembre 2013 y en esa medida o más bien confirmar la fecha de estructuración de la junta Nacional de calificación y en esa medida pues negar o revocar señores magistrados la sentencia condenando a mi representada a pagar dicho retroactivo."*

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso el problema jurídico se contrae a establecer si le asiste el derecho al actor el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 26 de junio de 2004, o en su defecto, a partir del 17 de junio de 2005.

Así las cosas se encuentra esta Sala que no existió discusión respecto que el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 53.05%, así como el origen *laboral* de dicha pérdida, conforme prueba idónea que se ordenara

practicar dentro del proceso, expedida por la Junta Regional de Calificación de invalidez, contentiva de dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, visible a folio 78 – 79 del plenario.

Ahora en cuanto a la fecha de estructuración y pese a que la parte actora señala que la misma corresponde al 26 de junio de 2004, fecha en la que le ocurrió el accidente de trabajo, esta Sala encuentra que en el dictamen emitido por las JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ de fecha 21 de agosto 2014, visible 78 - 79, se indicó como fecha de estructuración el 3 de diciembre de 2013 y esta fecha coincide con la señala por la Junta Regional de calificación de invalidez, en el dictamen emitido el 30 de abril de 2014, visible a folio 72 - 74, por lo que al estar en firme dicho dictamen será éste el que se tendrá en cuenta.

Ahora bien, en el presente caso la parte actora señala que la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral debe coincidir con la fecha en la que ocurrió el accidente de trabajo, no obstante anterior, esta Sala encuentra acertados los razonamientos esbozados por el Juez de Primer Grado cuando concluyó que no siempre coinciden las mismas.

Al respecto en sentencia SL 366 de 2019, la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"Al respecto, la Sala ha adoctrinado que el derecho pensional por invalidez surge precisamente con la calificación de tal condición por parte de la autoridad competente, en este caso, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, a partir de la fecha de estructuración que ella determine y que la normativa aplicable es la vigente en ese momento. Precisamente, en la sentencia CSJ SL 38614, 26 jun. 2012, expresó:*
>
> > *Estima la Sala que del citado experticio no se infiere que la Junta Nacional demandada hubiera cometido un grave error al considerar que la invalidez del demandante no se había estructurado el mismo día en que sufrió el accidente, sino aquel en que le fue amputado su miembro inferior izquierdo, pues esta Corporación es del criterio de que no siempre la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la de ocurrencia del accidente. En efecto, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 26 jun 2012, Rad. 38614, en la que reiteró lo dicho en la CSJ SL, 4 sep 2007, Rad. 31017, explicó: ...cabe aclarar, para despejar equívocos, que la*

fecha de estructuración de la invalidez no siempre coincide con la de ocurrencia del accidente, pues puede suceder que sus secuelas se manifiesten con posterioridad, y en lo concerniente a la calificación se tienen en cuenta las normas vigentes en la fecha en que esta se hace o se consolida la discapacidad y no las vigentes en el momento en que se produjo el siniestro laboral, conforme lo determinó la Sala en sentencia de 4 de septiembre de 2007, radicado 31.017, donde dijo: "... la fecha de estructuración del estado de invalidez es la que determina la normatividad aplicable cuando se trata de discernir el derecho a las prestaciones económicas por ese riesgo (...). "El estado de invalidez no se produce indefectiblemente en la misma fecha de ocurrencia del percance del trabajo; es posible que la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de este, se presente paulatinamente, y no necesariamente de forma irreversible, que es cuando procede la declaratoria de invalidez; así su determinación bien puede ser con posterioridad al momento en que sucedió el accidente. "Por lo tanto, es la fecha de estructuración de la invalidez la que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez y la normatividad que lo regula"

Como se observa, no necesariamente la fecha del accidente coincide con la de la estructuración del estado de invalidez y, en ese orden, no resultan suficientes los reproches que en este sentido el actor le hace al dictamen controvertido. Y es que, según se analizó en precedencia, puede suceder que luego de ocurrido un accidente que genere algún tipo de pérdida de la capacidad laboral se intente recuperar dicha capacidad a través de diferentes tratamientos médicos y terapéuticos, que en no pocas ocasiones pueden resultar exitosos.
Pero solo cuando tales tratamientos no repercuten en una mejoría del estado de salud del afiliado, o por cualquier motivo se renuncia a ellos, es que se estructura la invalidez.

Es decir, la invalidez se estructura, no necesariamente en la fecha del siniestro, sino en la fecha en que se determine que no existen posibilidades de mejoría o curación del paciente, como en este caso, donde ante la falta de eficacia del tratamiento terapéutico y farmacológico suministrado al actor (Folios 37 a 47), se toma una medida como la amputación del miembro afectado.

En el anterior contexto y descendiendo al caso que nos ocupa, considera la Sala que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no incurrió en un error grave al determinar como fecha de estructuración de la invalidez del actor, aquella en

que le fue amputada su pierna izquierda, pues fue en dicha data cuando se perdió cualquier posibilidad de tratar las secuelas que le había dejado el accidente de tránsito que había sufrido algunos años atrás.

De lo anterior se colige que la fecha del accidente de trabajo no tiene que coincidir necesariamente con la de la estructuración de la invalidez, así mismo, que esta última circunstancia es la que determina la norma reguladora del asunto, que no es otra que la que se encuentre vigente en ese momento, lo cual está relacionado con el carácter retrospectivo de las normas de seguridad social y por ello es que la jurisprudencia de la Sala en diferentes tópicos ha precisado que la ley aplicable es la que está vigente al momento en que se consolida el derecho."

Así las cosas de la revisión el dictamen de pérdida de la capacidad laboral esta Colegiatura encuentra, que para efectuar el estudio, que arrojó como porcentaje de perdida, no solo se tuvo en cuenta la amputación sufrida por el actor, sino también, las consecuenciales de ésta, como fueron la cefalea y el trastorno depresivo sufrido por el actor, por lo que no se encuentra que la accionada junta hubiese cometido algún error.

Igualmente, esta Sala considera necesario resaltar que contrario a lo señalado por la apoderada de la parte actora en su recurso, el juez no *mintió* en el presente caso, ya que, de la revisión del expediente o historia allegada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en medio magnético, se evidencia que el actor si continuó laborando después de sufrido el accidente de trabajo, así se del folio 62, en el cual se lee:

*"**27 de mayo de 2005 Fisiatría Control**: Trae prótesis cumpliendo las funciones básicas de codo y mano, lleva una semana, está en adaptación aceptable, niega dolor, se concreta reintegro laboral, no se ha adaptado a ella, sin embargo, no refiere problema físico específico.*
***17 de junio de 2005 Fisiatría Control**: se siente mal por la pobre labor que realiza en la empresa está en valoración por Neuropsicología y Psiquiatría, la prótesis únicamente la lleva a la actividad laboral, no se ha adaptado a ella, sin embargo, no refiere problema físico específico.*
***18 de junio de 2005 Psiquiatría Control:** No se adapta al Trabajo y tiene miedo de hacer algunas actividades se recomienda psicoterapia y medicación.(...)*

> ***26 de Diciembre de 2005 Psiquiatría:*** *Última valoración Psiquiatría. Paciente sin síntomas depresivos, ni psicóticos, con buenos recursos yoicos, y buena adaptación personal y laboral después de su accidente..."*

De lo anterior, se colige contrario a lo señalado por la parte actora en su recurso, que el actor continuó laborando, por lo que claramente no es viable pensar que desde el mismo momento del accidente, tuvo una pérdida de la capacidad, que le impidiera desarrollarse laboralmente, por lo que se deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez de Primer grado en esta aspecto.

Ahora bien, en cuanto al recurso presentado por la ARL BOLIVAR, se encuentra que éste va dirigido a lograr, la revocatoria de la modificación realizada por el Juez de primer grado, el cual haciendo uso de las facultades extra y ultra petitia, si bien, no modificó la fecha en los términos solicitados por la parte actora, consideró que la perdida lo era, a partir del 25 de julio de 2013, fecha en la que le fue diagnóstico el trastorno depresivo recurrente.

Al respecto es necesario señalar que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de invalidez son **documentos con carácter probatorio, que contienen el concepto experto** que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad, expertos a quienes la ley les encomendó específicamente esa labor y por tanto en principio son el medio más eficaz para que se pueda acceder con base en ellos a las prestaciones derivadas de los riegos laborales.

En el presente caso y si bien se evidencia que desde el mes de junio de 2013, el actor estaba siendo tratado por Psiquiatría y en la consulta realizada ese día se diagnosticó que el actor tenía "TRANSTORNO DEPRESIVO RECURRENTE" como se indicó anteriormente, solo hasta el 3 de diciembre de ese mismo año, fue que la Junta Regional de Calificación de invalidez, consideró que el mismo era de tal magnitud que aumentó el porcentaje de la pérdida del 47,06% al 53,05%, lo cual le permitió acceder a la pensión de invalidez que hoy disfruta.

No sobra agregar, que los dictámenes emitidos por las Juntas, son interdisciplinarios, proferidos por **Salas conformadas por dos médicos y un terapeuta ocupacional, cuya idoneidad no fue errada o lo que es lo mismo no se demostró el error,** por lo que le asiste razón al apoderado de

la ARL BOLIVAR cuando señala que el dictamen goza de plena validez, razón suficiente para revocar la decisión objeto de estudio, y n consecuencia absolver a las demandadas de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte actora y en favor de las demandadas

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en consecuencia ABSOLVER a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte actora y en favor de las demandadas.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDWIN MENDOZA MENDOZA VS LATAI ANDINA SAS RAD Nº 36-2018-070-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **EDWIN MENDOZA MENDOZA**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **LATAI ANDINA SAS** para que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido**,** entre el 1 de agosto de 2015 hasta el 31 de mayo de 2017, que el ingreso base de liquidación era de $2.123.958 para el 2015, $2.267.750 para el 2016 y $ 2.398.146 para el 2017, que el horario era de 8 am a 5 pm, que la terminación del contrato fue sin justa causa. En consecuencia, solicita el pago de indemnización por despido, prestaciones, sanciones moratorias, indexación extra y ultra petita. (fls 2 al 7).

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que laboró desde el 1 de agosto de 2015, mediante contrato a término indefinido, en el cargo de OFFICE AUTOMATION ANALIST, con un salario de $ 2.123.958, para el 2015, que el 31 de mayo de 2017 se le terminó el contrato, que a la fecha de presentación de la demanda no había hecho pago alguno y que la demandada no asistió a audiencia de conciliación en el Ministerio de Trabajo.

La demandada contestó la demanda a través de apoderado quien se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no ha actuado de mala fe y que atraviesa pro dificultades económicas y financieras. En cuanto a los hechos aceptó el primero, cuarto, quinto, octavo, noveno, décimo, décimo primero y décimo segundo, negó los demás. Propuso la excepción de improcedencia a cada una de las pretensiones, cobro de lo no debido y pago. (fls 56 al 65)

Tramitada la primera instancia, la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá profirió

-

sentencia, calendada catorce (14) de mayo de 2019, por medio de la cual DECLARÓ la existencia del contrato y CONDENÓ a la demandada a pagar prestaciones, vacaciones indemnización por despido, indemnización por no consignar cesantías, así como indemnización moratoria del art 65 del CST y costas. (fls 82 y 83).

Para llegar a esa conclusión señaló la Juez lo siguiente: *" … El problema jurídico a resolver queda definido a la existencia de ese contrato de trabajo que unió a las partes a término indefinido desde el 1 de agosto del 2015 al 31 mayo del 2017, hechos que adicionalmente se corroboran con el contrato de trabajo cuya copia aportó la encartada a folios 66 a 71, la carta de terminación de ese vínculo que obra a folio 72 y la liquidación de prestaciones sociales que aportaron ambas partes, la empresa a folios 73 y el demandante a folio 8*

.

Hasta este punto el despacho analizará lo relativo a los salarios que el demandante reclama para el año 2015 una suma de $2'123.958 para el 2016 $2'267.750 y para el 2017 $2'398.146 al efecto coincide el despacho parcialmente con lo dispuesto por el apoderado de la demandada, en sus alegatos de conclusión, ***en cuanto no existe una prueba que acredite esos devengos o salarios por parte del demandante en las cuantías que refiere para cada uno de esos años,*** *encontramos únicamente en efecto la copia del contrato de trabajo en la cual las partes pactaron como salario la suma inicial para ese año según se lee en la cláusula séptima a folio 67 de $ 2'000.000 pesos y en ese orden por no haberse cumplido con esa carga probatoria que correspondía al actor en los términos del artículo 167 del código general del proceso no se puede tener por acreditados esos hechos con la simple confesión ficta que recayó el día de hoy debido a la inasistencia del representante legal de la encartada a la audiencia obligatoria de conciliación.*

Existe un documento que demuestra que el salario que acordaron las partes para el año 2015 al inicio del contrato de trabajo fue de $ 2'000.000 pesos sin embargo conforme esa liquidación de prestaciones sociales que arrimaron ambas partes y a las que ya se refirió el despacho, tenemos que fue la misma empresa la que dispuso en la liquidación de cesantías del año 2017 un salario base de $ 2'123.958 y el mismo valor para liquidar la prima de servicios de esta fracción del año 201. de enero a Mayo para las vacaciones si se mantuvo el salario del contrato de $2'000.000 pesos y para la indemnización por despido estableció un salario base de liquidación de$ 2'332.407 y ese documento proveniente del empleador por el despacho constituye plena prueba y por ende para esos periodos allí referidos se tendrán en cuenta esos valores, para las demás acreencias se tendrá en cuenta únicamente el salario base de $ 2'000.000 y adicionalmente se debe decir que en autos no existe prueba del pago por ejemplo de las cesantías correspondientes al año 2016, ni mucho menos de su consignación al fondo correspondiente. De hecho, la parte actora allegó a folio 10, un extracto de la cuenta individual de cesantías del fondo nacional del ahorro donde no evidenciamos pagos efectuados para el año 2017 o consignaciones por valores de cesantías, que fue el año en el cual debieron hacerse los abonos correspondientes a el año 2016.

Tenemos por cesantías del año 2016 una suma deuda da de $ 2'000.000 por la fracción del 2017 $890.882, para un total a pagar de $ 2'890.882 por intereses de cesantía, la empresa dice que pagó las del 2016, pero no hay prueba de ello en el expediente, liquidamos con un salario de $ 2'000.000 ese tiempo y nos da un valor a pagar de $240.000 para el 2017 $ 44.841 el mismo valor que refirió la empresa para un total de adeudado de $ 284.841 pesos. Las vacaciones que la empresa compensó en medio de la terminación del contrato de trabajo se ordenara pagarlas, en suma, de $ 1'836.111, la prima de servicios reclamada que es la del año 2017 se liquidan $ 890.882 conforme lo efectuó la empresa, la indemnización por despidos sin justa causa con ese salario base de $ 2'334.407 arroja un valor a pagar de $ 3'485.653.

Adicionalmente la parte actora pide se condene a la indemnización por la no consignación de las cesantías en un fondo ya se verificó que no se certifican pagos

para el periodo del 2016, esas cesantías debieron consignarse a más tardar el 14 de febrero del 2017 y por ende entre el 15 de febrero de ese año y el 31 de mayo del 2017, cuando terminó el contrato a razón de $66.666 pesos por día por esos 106 días nos arroja un valor a pagar de $ 7'066.666 con 67 centavos para el año 2017 es claro para el despacho que no procede esa indemnización ya que las de ese año debieron cancelarse directamente al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, a partir de allí se puede solicitar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y que también es una de las pretensiones de la demanda que en consecuencia el despacho entrará a analizar. Con relación a este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido a lo largo de toda su existencia que la indemnización moratoria por falta de pago por prestaciones y salarios a la terminación del contrato no procede de forma automática y que por ende en cada caso en cuestión el despacho debe analizar previamente la conducta de la parte deudora básicamente se ha entendido que se debe verificar la existencia o no de una buena fe, en el actuar del empleador y establecer si existen algunas causas suficientes o se puede llegar a concluir que su actuar no fue de mala fe o con un ánimo defraudatorio respecto del trabajador o ex trabajador. En el presente asunto la demandada refiere como justificación para no haber cancelado las acreencias una situación económica precaria que además acredita mediante unos documentos de orden bancario con los que se aportaron a folio 74 y siguientes que refieren entre otras, la condición de embargados de esas cuentas de naturaleza bancaria de la demandada, no obstante respecto a estas circunstancias de iliquidez de la compañía, también ha sido analizadas por la referida corporación la sala de casación laboral y solamente para traer a colación una de ellas me remito a la sentencia del 24 de enero del 2012 preferida dentro del proceso con radicación número 37288 .

En ese orden la corporación anteriormente citada ha avalado circunstancias demostrativas por ejemplo de buena fe, cuando las empresas entran en lo que se conocía como proceso reestructuración hoy de reorganización o por ejemplo en procesos de liquidación forzosa ya que por esas medidas de salvamento o en ultimas de la finalización de su existencia jurídica pues no pueden a partir de allí tomarse decisiones que afecten otras deudas o acreedores o que conlleven justamente a reconocer derechos por encima de los de otros acreedores, sin atención a la apelación de dichos créditos, que ***sin embargo no son las circunstancias verificadas en el presente asunto en el cual únicamente acaba de referir el despacho se tiene noticia del embargo de unas cuentas de la compañía, pero no de otra circunstancia que pudiera entender o dar luces de por qué? no se realizó ningún abono a las acreencias laborales del demandante,*** *por esa razón el despacho condenará también al pago de la indemnización moratoria a razón de un día de salario que equivale a $ 66.666 por cada día de mora desde el 1 de junio del 2017 y por los primeros 24 meses como quiera el actual artículo 65 del código sustantivo del trabajo limita esa indemnización moratoria por ese periodo cuando el trabajador devenga un salario superior al mínimo legal mensual vigente y presenta la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación como ocurrió en el presente asunto en el cual vemos que la demanda se radico en el año 2018 esto es uno después de la terminación del contrato según vemos a folio 12 del expediente.*

A partir del inicio del mes 25 deberá la empresa cancelar los intereses moratorios sobre las sumas debidas por prestaciones sociales a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera.

Por último reclama la parte autora igualmente la indexación de las sumas debidas, sabemos que no se puede de manera simultánea disponer la condena a la indemnización moratoria por falta de pago de salario y prestaciones sociales y respecto de estas mismas disponer la indexación o actualización de las sumas teniendo en cuenta para ello el IPC o la devaluación del peso Colombiano, por ende únicamente se ordenara la indexación de aquellas sumas de objeto de condena por acreencias que no con llevan la indemnización moratoria *que corresponden entonces a las derivadas por intereses de cesantías, compensación de vacaciones e indemnización por despido sin justa*

causa.

El despacho considera que con las argumentaciones anteriormente expuestas se dan por resueltas las excepciones que formuló en su momento la empresa, las cuales adicionalmente no fueron sustentadas de ninguna forma ya que de acuerdo con el folio 64 únicamente se mencionaron literales A, B, C, D y E sin que se sustenten o se desarrollen en manera alguna, dado también lo resuelto deberá la demandada correr con las costas de esta instancia y en su liquidación el despacho ordena a la secretaria incluir la suma de $ 4'000.000 de pesos por concepto de agencia en derecho".

.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación así: "…*En contra de la sentencia que se acaba de preferir,* ***en especial lo relacionado con la sanción por no consignación de cesantías y por la indemnización de falta de pago del artículo 65,*** *resumo los argumentos en que la imposición de la indemnización de la sanción por no consignaciones,* ***está sujeto a la verificación de la buena o mala fe como lo indicamos desde el inicio del proceso no ha sido la intención injustificada de Latai sustraerse del pago de estas obligaciones ni mucho defraudar al trabajador, nunca se ha desconocido la deuda y la única razón por la cual no se ha podido realizar el pago de la misma es debido a la grave situación económica y financiera por la que atraviesa la misma,*** *una prueba más de que no ha sido de mala fe es que se ha cumplido con todas las obligaciones de la relación laboral y durante el tiempo que existió la misma, salvo lo relacionado con las cesantías del año 2016 y el pago de la liquidación de resto todas las obligaciones fueron cumplidas a lo largo de la relación laboral.*

Considero que el despacho no analizó de forma cuidadosa el tema de la difícil situación económica, si bien el despacho considera que las pruebas allegadas no son suficientes debo decir que tampoco fueron desconocidas ni se le restó a lo probatorio por parte de la parte demandada ni mucho menos fueron tachadas de falsas, por lo cual tienen plenos efectos probatorios y así se debió reconocer y dar la aplicación por el juzgado. Finalmente, también con lo señalado por la corte suprema, si bien los argumentos que se escribieron en esta instancia pueden no resultar viables o jurídicamente acertados por parte del juzgado si debieron tomarse en consideración como atendibles o en algún momento justificables al momento de emitir la sentencia. De otro lado tampoco considero la indexación de las sumas que se ordenaron de interés de cesantías e indemnización puesto que, si ya se aplicó la indemnización por falta de pago, esto de alguna manera compensa los prejuicios o el daño que se le pudo haber causado al demandante al aplicarse la indemnización. ***Considero que se está aplicando una doble sanción por la misma conducta lo cual va en contra del principio non bis in ídem,*** *por los anteriores argumentos nuevamente insisto en el recurso de apelación en lo que tiene que ver con la sanción por no consignación de cesantías del año 2016, indemnización por falta de pago y la indexación que se acaba de emitir por este despacho."*

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la sociedad demandada.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá los puntos de apelación esto es las condenas por sanción moratoria y por indexación.

-

Asegura el recurrente, también en sus alegaciones, que no actuó de mala fe que nunca ha desconocido la deuda y que la única razón para no pagar es la grave crisis financiera por la que atraviesa la empresa.

Bien, de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que : i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer; ii) en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago; iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto efectivamente y como señaló la Juez existe una mora en el pago de las prestaciones sociales e indemnización causadas antes y a la terminación del contrato de trabajo y ni una sola prueba de la razón, -además de su simple afirmación y embargo de unas cuentas-. Que justifique su omisión como para exonerarse de la sanción.

En ese orden, en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, comparte la Sala la conclusión y decisión adoptada por el a – quo, pues **la demandada simplemente tenía que dar cumplimiento a la Ley esto es pagando lo adeudado o en todo caso demostrar que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe.**

En cuanto a la crisis económica, de vieja data la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

> *"La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los*

-

trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, ***si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis.*** *Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor" (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)*

Claro resulta entonces que además de afirmar que está en crisis, **la demandada debe probar que esa iliquidez es resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador,** y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma. Por el contrario, reitera la Corte, **se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para solucionarla,** excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador, sin que en este caso haya una sola prueba de que así haya sido, más que se itera, las afirmaciones de la demandada y un embrago que antes que probar estas circunstancias solo dan fe de la situación no de la justificación.

Por manera que, contrario a lo manifestado por la parte demandada en sus alegaciones, no puede admitirse como argumento o justificación de no pago, la crisis financiera, porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art

-

28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas.**

En cuanto al argumento de estar siendo sancionado dos veces, por el mismo hecho, basta con afirmar que el recurrente ignoró lo afirmado en la sentencia por la Juez, que bien aclaró que solo condenaría a indexación, por aquellas acreencias que no conllevan indemnización moratoria, tales como vacaciones, indemnización por despido e intereses a las cesantías, precisando en todo caso que el no pago de los intereses a las cesantías estando vigente el contrato tiene una sanción diferente, pero que no es este el caso ya que la condena es por la suma causada a la finalización del mismo, luego acertada resulta la condena.

En consecuencia, se CONFIRMA la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E SU E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la audiencia.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO,** de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

-

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37 2018 762 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MAGALY ORJUELA OVALLE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 30 de agosto de 2019, por la apelación presentada por las partes y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de las partes.

ANTECEDENTES

La señora MAGALY ORJUELA OVALLE por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la demandada PORVENIR a registrar en su sistema de información que la demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora por la indebida información suministrada por esta AFP. Que se condene a COLPENSIONES a registrar y reactivar su afiliación y a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos. Así mismo solicita se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2018, fecha en la que efectuó su última cotización, al pago de los intereses moratorios y los demás derechos que se encuentren probados en uso de las facultades extra y ultra petita (fls. 2-3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 15 de julio de 1960, efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el 9 de septiembre de 1983.
- Que el día 12 de julio de 2005 se vinculó al Régimen de Ahorro Individual, exactamente en la APF PORVENIR.
- Que la AFP PORVENIR, no le informó las implicaciones del cambio de régimen pensional, ni la naturaleza de dicho fondo, las desventajas del traslado.
- Que la AFP no le realizó comparativos en ambos regímenes pensionales.
- Que durante la permanencia en la AFP nunca recibió asesoría personalizada.
- Que tiene 57 años de edad y 1.452 semanas de cotización, por lo que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez. (fl.- 2 - 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son

ciertos los enlistados en los numerales 1, 10, 28 y 30, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe y prescripción de las acciones e tracto sucesivo. (fl. 89 - 96)

Por su parte la demandada COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 7, 25 y 29, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó error no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y no procedencia al pago de las costas. (fl.- 104 - 111).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor, condenó a PORVENIR S.A. A. a trasferir la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores correspondientes a rendimientos, ordenó a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los dineros entregados y a pagar la pensión de vejez de la actora a partir del 1 de enero de 20019, condenó en costas a las demandadas y absolvió por las demás pretensiones de la demanda. (fl.- 164).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en el asunto las administradoras de pensiones tienen la obligación de informar a los posibles afiliados todos los pormenores de dicho cambio de régimen,

Señaló también que según la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba está en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones y que no se pueden hacer distinciones a este deber de información, esto es, se debe realizar con todos los posibles afiliados, sin importar si tienen derechos adquiridos o característica especial.

Señaló que las administradoras no se pueden relevarse de dar la información en el momento que se debió dar, esto es, de manera oportuna, en tal sentido y luego de analizadas la totalidad de las pruebas allegadas al proceso concluyó que PORVENIR S.A. no brindó la información necesaria, en los términos debidos o por lo menos no allegó prueba alguna que evidencia dicha situación, y por tanto procede la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Indicó que el deber de información debe estar presente no solamente para un grupo de personas, porque sería un actuar discriminatorio por lo que no es necesario contar con una suerte expectativa pensional o derecho causado para que sean aplicables las reglas de la jurisprudencia en este tema.

Teniendo en cuenta que despachó favorablemente la petición de ineficacia del traslado, procedió al estudio de pretensión encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, indicando que para este caso la ley aplicable es el art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 9 de la ley 797 del año 2003, se encuentra acreditado que la actora cumple con los requisitos allí señalados, ya que cuenta con más de 57 años de edad (julio de 2017) y acredita un total de 1553 semanas cotizadas a la fecha en que reportó el respectivo del sistema general de pensiones, esto es, en septiembre de 2018.

Así las cosas, le asiste derecho a la pensión que reclama, no obstante se demostró el retiro del sistema en el mes de septiembre de 2018, se debe hacer valer que solo será ante esta decisión judicial, se podrá determinar como válidamente afiliada al régimen de prima media, por lo que en un principio hasta tanto no quede ejecutoriada esta decisión, no le asiste obligación a la entidad, sin embargo consideró que si bien, en un caso de condiciones similares decidió fijar la fecha de disfrute a partir de la ejecutoria de la respectiva decisión, pues en este caso particular reconsidera dicho punto y para tal efecto lo determinará al momento de la presentación de esta demanda judicial, por lo que para tal efecto estableció el

reconocimiento solo a partir del 1 de enero de 2019 y sobre 13 mesadas anuales.

En cuanto a la cuantía de la prestación, no es dable concretar el valor de la misma, y teniendo en cuenta que no se ha hecho efectivo el traslado de los dineros a COLPENSIONES, se concretará señalando que la misma debe ser en cumplimiento de los parámetros establecidos en el art. 21 de la ley 100 de 1993 y en tal sentido aplicar al valor allí obtenido, con el monto que se calcule también teniendo en cuenta el art. 34 de la misma norma.

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandante, indicó:

> *"Señor Juez con todo respeto, interpongo el recurso de apelación, solamente a efectos de que se modifique la fecha de causación de la pensión por vejez otorgada a mi representada Magaly Orjuela teniendo en cuenta en primer lugar ya la corte suprema de justicia ha afirmado lo que se entiende por desafiliación tácita en este aspecto hay que tener perfecto hay que tener en cuenta los siguientes: se exigen tres condiciones para que operé la desafiliación de sistema general de pensiones: el primero es el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la pensión por vejez, sobre el particular debe tenerse en cuenta la fecha de nacimiento de la Señora Magaly Orjuela Ovalle, la cual es el 15 de julio de 1960, es decir que cumplió los 57 años de edad el 15 de julio de 2017, respecto al número de semanas pues no hay discusión tal y como lo ha manifestado el fallador de primera< instancia, se cuenta con más de 1300 semanas y de esa manera se cumple con las exigencias descritas en la ley 797 del 2003; el segundo aspecto es la el hecho de que no se continúa cotizando, es decir efectuando apretando cotizaciones para el sistema general de pensiones tal y como se desprende de la historia laboral detalla de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR y el tercer aspecto de la solicitud del reconocimiento de la pensión por vejez ante la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES de esta manera queda claro que existía una voluntad por parte de mi representada de acceder al reconocimiento de la pensión por vejez y que adicionalmente pese a que ella se encontraba en la en la administradora de fondos de pensiones PORVENIR*

pues su vocación era el otorgamiento de la pensión por vejez conforme a las exigencias de las de la ley 797 del 2003 de esa manera aquí también es aplicable lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 100 de 1993 que establece claramente que cuando cesa la obligación de cotizar al sistema general de pensiones, articulado que además fue objeto de un análisis de constitucionalidad y se expidió la sentencia C529 del 2003 y reitero que lleva la corte del sentencia 38776 del primero de febrero del 2011, ha hablado claramente del aspecto que se relaciona con la desafiliación tanta razón por la cual solicitó a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se modifique la fecha de causación de la pensión es decir que no sea el 1 de enero del 2019, sino el día siguiente de la desafiliación que además se encuentra aportada dentro de la planilla aportada por mí, la cual debe ser el día 1 de septiembre del 2018 en lo demás pues aclaro que obviamente estoy conforme con la sentencia en estos términos dejo sentado mi recurso de apelación Muchas gracias."

Por su parte la apoderada de PORVENIR, indicó:

"Gracias señoría la oportunidad me permito presentar el recurso de apelación contra la anterior providencia por las siguientes consideraciones: en primer lugar la Señora Magaly conocía con las cualidades propias de la naturaleza del régimen de ahorro individual, también tenía conocimiento básico de las características del régimen de prima media y aún así optó por el RAIS como su mejor opción, Así mismo se debe tener en cuenta que el régimen de prima media se basa en la solidaridad y conceder el traslado sólo contribuye a la desfinanciación del sistema pensional máxime cuando el traslado desembocaría en el reconocimiento de una prestación en él en un régimen en el cual la demandante no ha cotizado, De igual forma solicitó que no se tenga en cuenta cómo indicio grave en contra de mi representada la falta documentación de la asesoría prestada al momento del traslado, no obstante el deber de información sólo surgió con la ley 1748 del 2014 y no cuenta con efectos retroactivos, por lo tanto no se pueden endilgar a las administradoras obligaciones que tenían al momento del traslado y por último es importante los gastos de administración, es importante mencionar que las AFP generan unos rendimientos por su labor y ello está autorizado por la ley, la superintendencia financiera toda vez que es una entidad financiera y puede cobrar unos gastos de administración que se deben a la administración de los

recursos de sus afiliados de manera que está representada considera que no es justo que se vuelvan esos dineros que con su labor se han ganado de esta manera Solicito al honorable tribunal revoque la decisión proferida por este Despacho Gracias"

Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES, señaló:

"Señoría estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo aquí proferido, es dos partes, la primera quisiera solicitar al H. Tribunal que se desestime la pretensión y pues su posterior, condena respecto del reconocimiento de la pensión, pues como es sabido la demandante en su solicitud ante COLPENSIONES pues no solicitó valga la redundancia que se le reconociera la pensión de vejez por cuando pues ni siquiera hacía parte del régimen de prima media para la data en la que acudió ante COLPENSIONES en reclamación administrativa. Por otra parte y de manera pues principal también solicitó respetuosamente al tribunal que se absuelva me representa a todas y cada una de las pretensiones toda vez que no obra en el expediente administrativo y tampoco pues en este caso en el expediente procesal que se haya causado vicios de consentimiento en el momento en que la demandante suscribió el traslado, esto es que no existió falta el deber de información por cuanto cómo se evidenció en esa diligencia a la demandante efectivamente le informaron aspectos importantes y que trajo aquí a colación tales como que la pensión se podía heredar, el asesor pues también le informó la rentabilidad que tendrían los aportes que ella realizaría, ella periódicamente recibe extractos los cuales pues los fondos las AFPS trimestralmente y pues ante la duda que ella o la falta de entendimiento de estos, pues ella en ningún momento acudió ante la entidad para que le aclararan las dudas, tampoco se evidencia error fuerza o dolo, tampoco existe anotación alguna que permite inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que de las documentales se encuentran sujetas a derecho y que su vinculación su traslado se hizo de manera libre y voluntaria tan así es que pues cuando le pregunté a la testigo a la señora Blanca ella informó que en ningún momento pues había vivenciado que a la demandante se le hubiese hecho algún tipo de acto de coacción entonces pues esto en cuanto a los vicios y también quisiera reiterar el argumento que traje a colación en los alegatos de conclusión y esto es la sostenibilidad del sistema en cuanto Pues si bien es cierto se van a

regresar los aportes que la demandante realizó en el en el RAIS al régimen de prima media pues también es cierto que el sistema no funciona pues de la manera en la que se pretende hacer ver por la parte actora en vista que pues él el sistema se constituye con los aportes que van realizando los afiliados para pagar las pensiones de los pensionados entonces pues teniendo en cuenta esto y los argumentos que ya se han precisado a lo largo de la defensa en primera instancia pues solicitó reitero mi solicitud respetuosa al tribunal que se absuelva a mi representada de las condenas aquí impuestas. Gracias su señoría."

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, procede la Sala al estudio de los recursos interpuestos por las partes, al igual que dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora FLORALBA FRANCO ARIAS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A., en el 12 de julio de 2005, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se

había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que el fallador de primer grado, si efectuó un completo estudio del expediente y es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la actora como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual y probar en el presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, ya que así ha sido dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Pensión de vejez

Determinada lo anterior, siendo que el actor peticiona reconocimiento pensional previsto en la Ley 100 de 1993, procede estudiar dicha pretensión a la luz de lo previsto en el artículo 33 de dicha normatividad:

> *"ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.*
>
> *Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."*

Sobre el particular, se encuentra acreditado que la señora MAGALY ORJUELA OVALLE cumple la exigencia legal relacionada con la edad requerida, en tanto alcanzó los 57 años de edad 15 de julio de 2017, como se verifica de documental contentiva de la copia del documento de identificación obrante a folio 35 del expediente; ocurre lo propio con la exigencia de semanas de cotización, dado que conforme historia laboral expedida por el ISS (fl. 36) y la expedida por la demandada Porvenir S.A. (fl. 39), la demandante acredita haber cotizado un total de **1.437** semanas efectuadas hasta el mes de agosto de 2017, asistiéndole así el derecho a que le sea reconocida la prestación pensional que solicita, en los términos señalados por el Juzgado de instancia, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por el Juez de conocimiento.

Finalmente y en lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión, esta Colegiatura encuentra que le asiste razón a la demandante en su recurso, ya que la misma procede, en el presente caso, a partir de sui retiro del sistema, el cual según planilla obrante a folio 75 el plenario, se reportó para el mes de agosto de 2018, por lo que el reconocimiento de su prestación por vejez, deberá ser pagada desde el 1 de septiembre de 2018 y en adelante, por lo que se habrá de modificar el numeral 5 de la parte resolutiva en este aspecto.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto denla parte resolutiva de la sentencia, ordenando el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora a partir del 1 de septiembre de 2018, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

(Salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38 2017 689 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ELDA ROCIO GAMEZ MARTINEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 12 de agosto de 2019, por la apelación, presentada por el apoderado de la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes para que presentaron sus alegatos de conclusión, la totalidad de las mismas, los allegaron oportunamente vía correo electrónico.

ANTECEDENTES

Proceso Ordinario Laboral No. 38 2017 689 01 Dte: ELDA ROCIO GAMEZ MARTINEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La señora ELDA GAMEZ MARTINEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A. y se le ordene la devolución de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta individual y se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante. Finalmente solicita se condene en costas a las demandadas y a los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fls.5-6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 3 de marzo de 1960.
- Que se afilió a CAJANAL desde el 14 de febrero de 1985 y al ISS el 1 de febrero de 1994.
- Que efectuó el cambio de régimen el día 22 de marzo de 2001 a la AFP PORVENIR y en la actualidad sus aportes continúan en dicha AFP.
- Que para la fecha del mentado traslado la actora ya había cotizado al Régimen de Prima Media 820.29 semanas.
- Que a efectos de realizar el traslado los asesores de la demandada PORVENIR, le indicaron que se podía pensionar a cualquier edad y decidir el monto de la pensión que deseara, sin embargo, no le fue explicado bajo qué condiciones podía lograr lo prometido por ese fondo.
- Que la demandada PORVENIR omitió informarle de manera clara y completa los efectos y las consecuencias de si traslado de régimen pensional, así como también de las características de ambos regímenes pensionales.
- Que tampoco le fue informaron que tenía la posibilidad de retornar al régimen de prima media, así como tampoco las características y consecuencias de su traslado ni las características de ambos regímenes.
- Que posteriormente se afilió a la AFO PROTECCIÓN, quien tampoco le informó las características de su afiliación.

- Que solicitó la nulidad del traslado efectuado, pero dicha petición fue negada. (fl.- 2-3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 4, 6, 23, 24, 29, 32, 34 35 y 36, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 82 – 87)).

Por su parte la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 5 y 8, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación, buna fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad e inexistencia de vicios del consentimiento. (fl. 106 - 114).

Finalmente la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 5, 31 y 33, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buna fe, prescripción e inexistencia de vicios del consentimiento al haber tramitado el formulario de afiliación. (fl. 132 a 139).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia el 12 de agosto de 2019, ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.186).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que

"La demandante solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad verificado mediante la suscripción de un formulario a la AFP PORVENIR el 23 de marzo del año 2001, destacando que tal determinación fue producto de omisiones en el suministro de la información por parte del asesor que acompañó su proceso de afiliación, en relación con este aspecto considera despacho qué es pertinente indicar de plano que de conformidad con el artículo 112 de La Ley 100 de 1993 es obligación que regula lo atinente a la obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten, lo anterior para destacar que en esta norma se indica que las personas que cumplan los requisitos para ser afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazados por las entidades administradoras del mismo, lo que indica que si una persona independientemente de su condición suscribe el formulario manifestando su interés de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad no les dable a la administradora desincentivar el procedimiento de afiliación como se ha hecho en algunos pronunciamientos de la sala de casación laboral de la honorable Corte Suprema de Justicia o inclusive negar la afiliación sólo en casos puntuales y es cuando no se cumplen con los requisitos por parte de la persona para ser afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es técnicamente cuando la persona está pensionada prácticamente o cuando se encontraba dentro de las limitaciones de afiliación que trae la ley 100 de 1993 y particularmente el artículo 114 por ejemplo, cuando señala que algunos servidores públicos que tienen que cumplir con ciertos presupuestos para efectos de su traslado y las previsiones que también en cuanto a temas de temporalidad de su afiliación establece el artículo 15 de la ley 100 de 1993 así que, de entrada pues, parte del Despacho de la premisa qué el fondo de pensiones o la administradora de fondos de pensiones privadas no puede rechazar o desincentivar una afiliación de una persona que como la demandante cumplía los requisitos para pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad pues por la obligación de carácter legal no puede hacer una cosa que se llama selección inversa, qué pues, sería el efecto de pues, incentivar afiliaciones a personas que tienen el interés de vincularse a la entidad correspondiente.

Ahora bien, esclarecido este aspecto y atendiendo lo señalado en el sustento fáctico de la demanda en punto a los términos en que se dio la afiliación de la

demandante para destacar que se había incurrido por unas omisiones en el proceso de afiliación que habrían conducido a la demandante a tomar una decisión equivocada de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, considera el despacho que es pertinente destacar las pruebas relevantes que militan en el informativo y que obra de folio 16 del expediente, copia de la cédula en la que se registra que nació el 3 de marzo de 1960, por lo que al 1 de abril del 94 contaba con 34 años de edad, arribando a los 57 años de edad en marzo del año 2017, obra de copia del formulario de solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias y o cesantías de Porvenir en la que se registra a la demandante como profesional especializado con un salario mensual de 2.041.856 pesos aproximadamente, en el que se indica en la parte en el acápite relacionado nota del afiliado que se hace constar que se realiza de forma libre y espontánea la toma de la decisión sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y se hace constar que fue asesorada sobre todos los aspectos de este particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión de haber seleccionado a esta entidad, ahora bien, con fundamento en esta manifestación pues la sala de casación laboral del honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado que no basta sólo con la manifestación allí preimpresa de voluntad relación para convalidar consentimiento libre de vicios del afiliado, sin embargo ello ha sido en casos en donde esta manifestación es absolutamente descuenta y simplemente se refiere a que se afilia libre y voluntariamente, este aparte ya es un poco más detallado y hace alusión precisamente a que se le hicieron indicaciones al afiliado al potencial afiliado relacionado con las características del sistema e inclusive con implicaciones de la toma de la decisión que se ha adoptado circunstancias que se ve corroborada con fundamento en lo señalado por la demandante en diligencia interrogatorio de parte en donde admite que sí hubo un proceso de asesoramiento y que en el marco de ese proceso de asesoramiento en frente a indagaciones hechas por ese mismo respecto del régimen de transición se le indicó que efectivamente ya no era beneficiaria como efectivamente acontece, y se le indicó sobre las características del régimen de prima media con prestación definida pues se le hizo alusión respecto el número de semanas cotizadas respecto de la edad se le indicó sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad en punto a que podía efectivamente pensionarse a una edad más temprana y a pesar de que en la demanda se indica que no se dijo en qué condiciones ello podría acontecer de los sostenidos

interrogatorio de parte depende el despacho que el accionante si conocía esas condiciones pues reconoce o admite saber que el monto de la prestación o las condiciones de reconocimiento pensional dependen o dependían del valor de los aportes que tuviera en su cuenta de ahorro individual en ese sistema y dentro de este escenario pues evidentemente considera el despacho que la demandante contaba con los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión respecto del cambio de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad siendo pertinente señalar dentro de este contexto, que enfrente el hecho mismo de la afiliación pues no considera el despacho que haya mediado o se haya acreditado o si quiera evidenciado en el plenario la presencia de algún vicio de consentimiento como error fuerza o dolo, del sustento fáctico y los fundamentos de derecho de la demanda podría el despacho deducir que lo que el vicio de consentimiento hay que se aluden que porque habría afectado la decisión de la demandante correspondería a un error sin embargo considera el despacho que dado el momento histórico en el que se toma la decisión no puede calificarse como una equivocación el que la demandante se haya trasladado de régimen pensional pues efectivamente la actora reconoce que uno de las motivaciones fue precisamente su percepción respecto de lo que acontece con el instituto de los seguros sociales que señalando que en el caso de su padre pues evidentemente hubo algunos inconvenientes en relación con algunos con la determinación de semanas de cotización más la demora en los trámites y lo dificultoso que resultó el proceso de reconocimiento pensional aunado a que luego de haber recibido la información por parte del asesor igualmente consultó con él si era prudente o no tomar una decisión de naturaleza obteniendo como respuesta de éste, que la medida en que el seguro social si se encontraba en crisis que era prudente una decisión de esta naturaleza, la asesoría brindada en este escenario por uno de sus parientes entiende el despacho que aconteció de esta manera y en consecuencia pues evidentemente dentro de este contexto dentro del marco de la prudencia que puede tener una persona en la administración de sus propios negocios y que la demandante recientemente había adoptado una niña pues evidentemente era su interés y tratar de salvaguardar ante esa, digamos esa situación de incertidumbre en la administración del régimen de prima media con prestación definida de la semanas de cotización con las que ya contaba, circunstancia que pues evidentemente no merecen reproche por parte del despacho y por el contrario pues, considera este operador judicial que era una decisión válida

en ese momento histórico para salvaguardar digamos en los tiempos de cotización teniendo en cuenta esa volatilidad legislativa e inclusive, sí la situación de crisis que venía presentando el instituto de seguros sociales que es prácticamente un hecho notorio al punto que en algunos escenarios puedes y como consecuencia el represamiento de las solicitudes y el manejo administrativo se llegó a la conclusión por la corte constitucional de la presencia de un estado de cosas inconstitucional que le permitió en su momento a COLPENSIONES que fue la entidad que asumió la administrador de la administración de régimen de prima media con prestación definida resolver las solicitudes por fuera de los términos legalmente establecidos dada la situación crítica que se venía presentando luego no podría deducirse en este escenario que la decisión adoptada por la demandante se pueda calificar dentro del concepto del error como vicio de consentimiento y por el contrario lo que se advierte es que fue en ese momento histórico una decisión por demás prudente dada la situación legislativa y administrativa que presentaba el régimen de prima media con prestación definida en esa época circunstancia que fue corroborada por la demandante y el escuchar las noticias y Al escuchar los comentarios que al respecto hacia su padre que era uno de los pensionados del instituto de seguros sociales y por esta vía evidentemente se garantizaba adecuadamente digamos una situación estable en relación con el aspecto personal sumado a que teniendo en cuenta que la demandante conocía las características del régimen de prima media con prestación definida le era llamativo pensionarse a una edad más temprana de la que pudiera haber accedido en el régimen de prima media con prestación definida prestación que particularmente le resultaba particularmente distante o lejana en el momento en el que tomó la decisión es de afiliarse en el año 2001 en donde le hacía falta más de 13 años para en el régimen de prima media con prestación acceder a un reconocimiento pensional, siendo pertinente señalar que si hay un error, el error habría sido el haber dejado a la deriva la situación pensional y no haber hecho los altos en el camino pertinentes para determinar si era o no conveniente para la demandante permanecer o no el régimen de ahorro individual con solidaridad dentro de los plazos establecidos para el efecto por la ley que no pertinente señalar que dentro de este contexto hay un principio general del derecho hablado por las disposiciones de carácter civil que señala que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa por vía de esto el hecho de que las disposiciones legales están publicadas en el diario oficial hacen que toda la población tenga conocimiento de las mismas y que con el

fin de sustraerse de su cumplimiento no se puede aducir que efectivamente se desconoce su contenido y Dentro de este escenario pues la ley 797 del 2003 fijó unos plazos para efectos de la viabilidad de los traslados particularmente Indicó que no era viable esta posibilidad cuando la persona le decía falta menos de 10 años para tener la edad legal para acceder a una pensión de vejez y pues evidentemente cuando la demandante intentó retornar al régimen pues ya se encontraba dentro de las limitaciones legalmente establecidas para este efecto sin que por esta vía pueda el despacho avalar que en el trámite de solicitudes de nulidad de traslado por vía de trámites de solicitud de judiciales de nulidad de traslado se predeterminan los términos establecidos por el legislador para efectos de garantizar los principios de fidelidad y sostenibilidad financiera del sistema queda consignado por ejemplo en la ley 100 de 1993 y pues en este contexto pues considera el despacho en primer lugar que pues no hay una no hay un error susceptible de viciar la y consentimiento a la demandante que amerite la prosperidad de las súplicas de la demanda imponiéndose la absolución para la convocada juicio, ahora bien con fundamento en lo sostenido por la demandante en diligencia interrogatorio de parte y particularmente en las condiciones en las que tomar decisiones advierte el despacho que la accionante en los aspectos que le resultan particularmente importantes en su vida pues efectivamente no se queda solo con la información que le dé suministrada por el destinatario de esa decisión sino que se asesora por parte de terceros indaga, Investiga y de acuerdo con ese convencimiento adopta la determinación correspondiente nótese que la demandante ha señalado particularmente en relación con los términos en que tomó la decisión de afiliación régimen de ahorro individual con solidaridad que no fue una decisión inmediata o espontánea sino que previamente a suscribir el formulario no sólo se quedó con la información que le había suministrado del asesor sino que consultó ello con una tercera persona o con terceras personas que en ese en ese escenario pues le indicaron la conveniencia en el momento histórico respectivo de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y pues evidentemente no podemos calificar el error en estricto sentido por los efectos que a 10, 12 o 20 años pueda tomarse no puede hacer o pueda calificarse como una particular consecuencia nótese por ejemplo que en el caso de las mujeres que quedan en estado de embarazo pues tener el bebé puede ser una dirección que alguien podría calificar de un error sí ese niño crece a los 20 años no es muy adicto a las disposiciones legales y en ese caso podría ser un error pero sí crees es un

excelente médico que encuentra una cura para una enfermedad letal pues entonces sí sería algo benéfico pero realmente el hecho mismo de haber tomado la decisión no comporta percep un error como acontece en este caso, en este caso el hecho mismo de tomar la decisión no comporta un error el error sería haber dejado de esa situación así a la deriva, sin mayor importancia y no haber hecho los altos en el camino como ya se ha señalado para estos efectos. Admitir en este contexto que de manera irrestricta en todos los casos de accederse a la solicitud de nulidad de traslado pues eso sí traería unas consecuencias negativas pues en primer lugar se estarían aplicando criterios jurisprudenciales a casos en los que los hechos y la situación es el aspecto probatorio se erigen como abiertamente disímiles y sumado a ello también se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones Pues si bien es cierto los aportes pensionales podrían ser redirigidos al régimen de prima media con prestación definida los mismos no serían suficientes para financiar una prestación durante un largo tiempo quedando a cargo de los afiliados al régimen por ejemplo de prima media con prestación definida el tema de esos de mantener la prestación de la demandante en una cuantía que no se podía prever en el momento en el que se verificó la afiliación correspondiente a un hada que pues evidentemente el legislador para dicha Data tampoco exigía o el suministro de una información puntual para efectos de que el afiliado se vincular al régimen de ahorro individual con solidaridad, sumado a que pues no le era dable al fondo privado abstenerse o rechazar la afiliación de la demandante dadas sus condiciones particulares en el momento de la filiación nótese que no se podría en ese contexto exigirle al asesor que teniendo en cuenta que la demandante tuviera 800 semanas decirles no sabe que no la recibo porque en ese contexto pues estaría atentando contra el derecho a la libre elección y contra una disposición legal que efectivamente obligaba a la entidad a vincular a la persona de los términos del artículo 112 de La Ley 100 del 93.

Considera el despacho que estos razonamientos son suficientes para no acceder a las súplicas de la demanda e imponiéndoles la solución para las convocadas a juicio, teniendo en cuenta lo anterior en relación con las excepciones propuestas el despacho se consideran elevado el estudio de las planteadas, costas lo serán a cargo de la demandante en firme la presente Providencia por secretaría practicarse la liquidación de costas incluyendo en

ella comunicación derecho la suma de $500000 a favor de cada una de las accionadas."

DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interponer recurso de apelación, señalando:

"De manera respetuosa interpongo el recurso de apelación a fin de que sea el Tribunal superior de Bogotá en su sala laboral el que se pronuncie sobre los argumentos que a continuación expondré, de acuerdo con los argumentos que fueron esgrimidos por el juez de instancia a fin de negar las pretensiones que estaban establecidas en el escrito demanda es el primer indicar y además recalcar que el deber de información del cual en este caso se está solicitando o se está alegando la omisión por parte de los fondos de pensiones Porvenir y Santander hoy Protección recaen en el hecho de no haber recibido información adecuada suficientemente y clara como para que la demandante pudiese comprender la totalidad de la complejidad de la decisión que estaba tomado, si bien es cierto y así como lo indica su infancia en este caso al asesor de Porvenir no podía desanimar a la señora demandante o que no realizará el traslado cómo podría pasar con la transformación de la ley que ha tenido que incluso puede llegar al deber del buen consejo y desanimar de esta manera a sus potenciales afiliados si ven que no le resultará conveniente, lo cierto también es que, el estatuto financiero establece que el deber asesoría de esta regido por los principios de la buena fe y al servicio de intereses sociales mismos que obligaban en este caso al asesor a dar una información completamente clara y transparente no solamente respecto de los beneficios que como aquí lo indicó la misma demanda en el interrogatorio de parte fueron conocidos por ella en esa asesoría respecto de la posibilidad de pensionarse una a una anticipada obtener incluso decir incluso el monto de la pensión que podría obtener, si no indicar bajo qué condiciones podría hacer en la construcción no podría acceder a la construcción de sus beneficios la demandante basado en el interrogatorio de parte que ella consideró que tendría mayores ingresos, podría tener una mención, bueno esa situación se refleja igual en el régimen de prima media pensión en el valor de los salarios o ingresos base de su cotización lo que ella desconoce, pues es que hay factores adicionales que impactan el monto de su pensión, está que no existe en el régimen de prima media con prestación definida, que podrían ser tenidos

en cuenta, situación de la que viene en el año 2016, fecha para la cual recibe de acuerdo con las pruebas documentales allegadas al proceso la proyección pensional que incluso, menciona como reasesoría en la parte final de la proyección que se enviaba por él sobreprotección en donde ni siquiera en ese momento se le informa cuáles serían las condiciones de la atención que hubiese podido tener en el régimen de prima media aún habiendo transcurrido tantos años no se le informa cuáles son las condiciones de un régimen y otro dejando de esta manera un vacío enorme respecto de la obligación qué es en este caso la que se ve como omisiva por parte del fondo de pensiones sobre lo que tiene que ver con los plazos que la ley y que efectivamente no desconocer la pues no puede servir también llama la atención que en este caso Santander protección teniendo una directiva como una norma clara en la que él expresaba las personas que conozcas y una elección de la ley 797 del 2003 y el decreto 3800 tenía que haberle remitido a los domicilios la publicación, en medios de circulación debieron haber remitido al domicilio y correspondencia de cada una de sus afiliados que se encontrarán a menos de 10 años de edad mínima de pensión la información respecto de la cual ellos de manera personal que no podían hacer retorno al régimen de prima media prueba de ello no hay ninguna en el expediente con lo que nuevamente se prueba la omisión por parte del fondo de pensiones quien no cumple con el deber y la carga que le impone la ley, ni los principios que rigen el estado social de derecho sobre todo pues atendiendo al hecho de que lo que se discute pues no es cualquier tipo de aporte ni es cualquier tipo de pensiones la construcción de la pensión que por supuesto es un servicio de carácter social y no hace parte simplemente de un negocio entre privados que pueda ser administrado puede hacer manejado de cualquier manera y el hecho de que los fondos de pensiones actúen como fiduciarias no los exime de hecho de manejar con transparencia y con lealtad respecto de sus afiliados la información que suministra no se le estaba pidiendo al fondo de pensiones llevamos que con el trasegar de la jurisprudencia que sobre este tema se ha dado pues claro ya que para la fecha en que se hace el traslado de la señora ELDA no era posible no es exigible que el fondo de pensiones presentará una proyección pensional pero el fondo de pensiones contaba en ese momento y lo ha hecho siempre con personal adecuado como actuarios capaces de terminado de poderle decir en palabras simples a la señora en esa fecha cuánto necesitaba de capital para obtener una pensión en las condiciones en que ella iba poderla obtener en el régimen de prima media, no es un imposible lo que se le estaba solicitando, lo que

podría haber hecho el fondo de pensiones; como defensa argumenta además de sus asesores pues están capacitados para brindar una información que debe contener la misma que en este caso nosotros echamos de menos pero tampoco hay prueba alguna tipo de capacitación que se le da o sea al menos el asesor que además es un tercero por el responsable del fondo de pensiones incluso de manera patrimonial estudios en efecto sus asesores con una directiva de brindar una asesoría cumplirá con algún tipo de parámetros ni siquiera existen dentro del expediente con todas estas falencias su señoría no me queda más sino apartarme de la valoración que en este caso pues es eminentemente probatorio y también tiene que ver con la concepción que el juez de instancia tiene respecto de la construcción que ha tenido la jurisprudencia en estos casos y solicitarle de manera respetuosa superior de Bogotá que revoque la decisión es así que en su lugar declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la señora Elda Rocío Gámez al régimen de ahorro individual con solidaridad permitiéndole regresar con sus aportes al régimen de prima media."

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora, en los términos del recurso interpuesto.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ELDA ROCIO GAMEZ MARTINEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A. el 22 de marzo de 2001y en consecuencia el posterior, traslado de fondo realizado a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de

carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos*

de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".

Es así como para estos casos como, tal y como lo señaló el apoderado de la parte actora, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por la demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, y en dicho documentos se encuentre pre- impresa la anotación de la suscripción del mismo de manera libre y voluntaria y que éste tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la actora como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que **NO** coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual, sin que sea relevante en el presente caso, que la actora, le haya consultado a su señor padre, quien de lo único que se sabe es que es pensionado de COLPENSIONES, ya que la obligación estaba en cabeza de la demandada y no en terceras personas a las que los afiliados pudieron acudir; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Así las cosas, el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del*

sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con PORVENIR S.A. 22 de marzo de 2001 y se ordena a la demandada PROTECCIÓN S.A., entidad en la que en la actualidad se encuentran sus cotizaciones, el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMAS DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia, quedarán a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante efectuó la demandante, señora ELDA GAMEZ MARTINEZ, al régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 22 de marzo de 2001, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante ELDA GAMEZ MARTINEZ, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora ELDA GAMEZ MARTINEZ al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y en favor de la demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

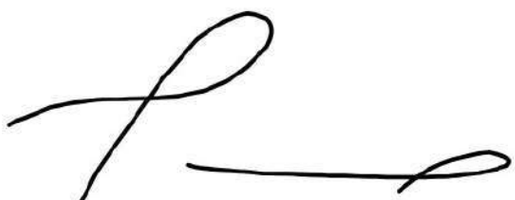
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.



MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39 2017 755 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ROMAN AYALA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 24 de julio de 2019, por la apelación, presentada por las demandadas.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora.

ANTECEDENTES

Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 755 01 Dte: LUIS ROMAN AYALA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

El señor LUIS ROMAN AYALA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que fue inducido a grave error, por parte de COLFONDOS S.A. al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionadas con la decisión de su traslado al Régimen de Ahorro individual. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada COLFONDOS a comunicar a COLPENSIONES, la ineficacia de la afiliación a ese fondo; que se condene a la demandada COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados desde febrero de 1995 y se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 17 de febrero de 1960.
- Que realizó cotizaciones al ISS desde el 1 de septiembre de 1.982 al 31 de enero de 1995.
- Que el 13 de enero de 1995 efectuó traslado a COLFONDOS, en donde actualmente se encuentra afiliado.
- Que el fondo privado no la asesoró ni le dio información al momento del traslado inicial del sistema pensional en que se encontraba, cuales eran los requisitos para pensionarse en ese sistema de acuerdo a su historia laboral.
- Que se le informaron que el ISS iba a desaparecer y que no podría reclamar el derecho que le pudiere corresponder.
- Que solamente por solicitud del actor, el día 7 de febrero de 2017 la demandada le presentó algunas proyecciones sobre valores aproximados de lo podría ser su mesada pensional.
- Que la demandada COLFONDOS omitió indicarle que antes del cumplimiento de la edad de 52 años, podía tomar la determinación de trasladarse al Régimen de Prima media, sin ningún impedimento legal.

- Que se solicitó la ineficacia de la afiliación realizada, pero COLFONDOS guardó silencio. (Fl.- 4-5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3, 17, 18 y 21, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación, pago y ausencia de vicios del consentimiento. (fl.- 54 - 71).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 3, 22 a 24 y 26, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 103 - 109).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor, condenó a COLFONDOS a trasferir la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez y sobrevivencia y ordenó a COLPENSIONES recibir la totalidad de los dineros que le serán entregados. (fl.- 143 - 144).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que tal como quedó planteado al momento de fijar litigio consiste en determinar si la afiliación que hizo el demandante, o mejor dicho, el traslado que hizo el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a COLFONDOS, se encuentra viciado de nulidad. De conformidad con el artículo 13 literal B de la ley 100 del 93, la selección de cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte

del afiliado quién para tal efecto manifestará por escrito su selección al momento de la vinculación

Entonces el desarrollo de esta sentencia va a ser así Primero se va a dilucidar en qué consiste una decisión libre y voluntaria, segundo en quién recae la carga de la prueba de establecer si esa decisión que tomó el demandante fue libre y voluntaria y por último las dos reglas aplicadas al caso concreto.

Entonces para empezar con el primer ítem es decir en qué consiste tomar una decisión libre y voluntaria las voces del artículo 13 literal E, el despacho debe remitirse o traer a colación el decreto 663 de 1993, el cual es el estatuto orgánico del sistema financiero. La misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 78852 SL 1452 del 3 de abril del 2019, haciendo un condensando de este tema y trayendo a colación diferentes pronunciamientos que ha hecho la misma Corte Suprema de Justicia establece en qué consiste ese principio de transparencia que establece o que exige el estatuto orgánico financiero que la transparencia es una norma de diálogo que le impone las administradoras a través del promotor de servicios, asesor comercial dar a conocer al usuario en un lenguaje claro simple comprensible los elementos definitorios y condiciones de régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes del servicio, en otros términos la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sólo sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo o parcializar los neutros.

En ese orden de ideas para que se entienda que un afiliado ha tomado la decisión de manera libre y voluntaria debe haberse cumplido con la obligación de dar una información detallada comprensible comparada y objetiva de los dos sistemas es decir no basta con que al momento de abordar al demandante en este caso al afiliado para obtener su traslado no basta con explicar algunas características del régimen o algunas bondades

sino que se tiene que explicar de manera detallada las bondades los pro y los contra como se dice y efectivamente eso comparado con el régimen de prima media de tal forma que sí efectivamente se le hablo o se le explicó algunas características, estas características deben ser desarrolladas y no solamente de manera general sino efectiva, en el caso concreto es decir establecer cuáles de las características que rodeaba el demandante para que el momento y explicarle cómo sería esas beneficios que le estaba ofreciendo

Así las cosas, en este caso en particular era a COLFONDOS a la que le correspondida demostrar que efectivamente cumplió al momento de la afiliación del demandante que se dio el 3 enero del 95, a partir del primero de febrero del mismo año que se le dio toda esa explicación de tal manera que él pudiera comprender lo que dejaba y qué es lo que estaba adquiriendo, entonces está esta obligación o carga probatoria encuentra dos sustentos normativos una sustancial y uno procesal. El sustancial lo encontramos en el código civil en artículo 1604 en el que establece que en estas ejecuciones de contratos quién debe probar la responsabilidad contractual es quién ha debido actuar con diligencia y cuidado y así lo señaló la Corte Suprema justicia quien tiene por sentado, que no esa otra diferente que la administradora la que debe tomar con diligencia y cuidado en la medida que es la conocedora del servicio que ofrece, la conocedora del servicio de los demás oferentes y por ende al conocer de manera detallada el sistema de seguridad social y enfrentarse ante un afiliado que como la misma jurisprudencia lo ha denominado Lego que no conoce la materia y aquí efectivamente se evidenció que hay unos conocimientos vagos sobre eso entonces es cuando la carga de la prueba o efectivamente cuando se exige que quién debe acudir o actuar con esa debida diligencia y cuidado es la persona que conoce el sistema de fondo.

En el presente caso la administradora de pensiones es decir COLFONDOS no acreditó que en el momento de la filiación le explicaron en debida forma el demandante en qué consistía el régimen de ahorro individual y no solamente ello, sino en qué consistía el régimen de prima media que estaba dejando, explicando cómo se adquiría la pensión en uno y otro régimen.

Así las cosas, encontró que la demandada COLFONDOS no cumplió con la carga de la prueba en el presente proceso, y amparada en las sentencias proferidas por la H. Corte Suprema de justicia, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor y condenó en costas a la demandada.

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada COLFONDOS interpone recurso de apelación, señalando:

"Gracias su señoría siendo está la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho a efectos de que el honorable tribunal superior de Distrito judicial revoque de manera integral la sentencia proferida para lo cual solicitó sea tenido en cuenta lo siguiente sea lo primero indicar que la artículo 48 de la Constitución Política de Colombia es Claro en establecer que la seguridad Social es un servicio público el cual será prestado por particulares o por privados con sujeción a la ley es así que la ley 100 de 1993 en su Artículo 12 estableció la creación del régimen de ahorro individual con solidaridad estableciendo que el régimen de ahorro individual con solidaridad es un régimen excluyente pero coexistente con el régimen de prima media con prestación definida con lo anterior se tiene que la ley, el artículo 13 de dicha normatividad es clara en establecer que la lección perdón que la selección de cualquiera los regímenes previstos en el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado y en para tal efecto manifestará por escrito selecciona al momento de la vinculación o traslado, de otro lado el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 es claro en establecer que la selección implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes conforme a lo anterior y revisada la ley primigenia, la ley 100 de 1993 se tiene que no estableció las reglas y las condiciones en que las administradoras de fondos de pensiones debían documentar la asesoría que debía recibir los

potenciales afiliados, en ningún momento mi representada manifestó o negó a brindarle una adecuada, clara y oportuna información al demandante, aquí lo que se está echando de menos y por lo cual fue condenada mi representada es que no obra documental de la asesoría brindada, efectivamente debe tenerse en cuenta que las reglas y las condiciones en que se estableció el deber de asesoría se vino establecer bajo criterio auxiliar como la jurisprudencia a partir del año 2008, luego entonces no se puede imponer una carga mi representada de la cual no había obligación al momento de la vinculación o traslado del aquí demandante, de otro lado uno de los elementos que son tenidos en cuenta al momento de fallar para declarar la nulidad de la afiliación es que mi representada no le realizaron proyecciones pensionales al demandante, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo expresado por la corte constitucional en sentencia C- 789 del año 2002 estableció "para la corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio, cuota prestación si no la debida atención de contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de seguridad social en pensiones no es un régimen con actual como el de los Seguros privados, sino todo lo contrario se trata de un régimen legal del cual de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que empleadores y el mismo estado participan junto con los trabajadores con los aportes que resultan determinantes en la cuantía de la pensión de ahí que los afiliados a la seguridad social un derecho subjetivo una cuantía determinada de la de pensiones futuras esto es las prestaciones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causas, puede verse la finalidad entre uno u otro régimen no es mantener la cuota prestacional en lo atinente al valor del monto pensional la finalidad de uno u otro regímenes cubrir las contingencias como lo son vejez, invalidez y muerte bajo las reglas y principios bajo las cuales fueron creadas esto es, la ley 100 de 1993" es así que ningún momento mi representada ha dejado, mucho menos desconocido el derecho pensional que le asiste al aquí demandante por el contrario como bien se indicó en las consideraciones como en el interrogatorio del

demandante, a éste se le informó sobre la posibilidad de la pensión al que posiblemente podía obtener dicho digo posiblemente teniendo en cuenta que dicha proyección pensional puede variar de conformidad con el régimen de capitalización qué es el régimen de ahorro individual teniendo en cuenta la negociación del bono pensional la fecha que el mismo demandante escoge para pensionarse, la composición de su núcleo familiar y los rendimientos que se hayan realizado por lo tanto no puede hablarse de una equivalencia o de menoscabo al no brindar se le una información que reiteró para la época no tenía el deber mi representada de documentar. De otro lado se está condenando a mi representada a el traslado de los gastos de administración debe tenerse en cuenta que desde el artículo desde el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del año 2013 estableció que las administradoras de fondos de pensiones pueden cobrar una cuota de administración debe tenerse entonces que mi representada efectuó de manera diligente y cuidadosa los aportes que realizó durante su vinculación el aquí demandante y prueba de ello es que la cuenta de ahorro individual del demandante produjo unos rendimientos con los cuales se ordenan trasladar y que sí muy seguramente el demandante estuviera en el régimen de prima media no tendría de rendimientos dada su naturaleza por lo que no se puede pretender que mi representada devuelva esos dineros cuando no existe una norma que faculte al operador y que lo obligue en menoscabo de los derechos a devolver el dinero antes relacionados, pues a la luz del artículo 1746 del Código de Comercio es claro en establecer que las restituciones a que hayan de hacerse las contratantes en virtud del pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de las especies o el deterioro de los intereses y frutos y de la hora de las mejoras necesarias útiles tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo" Por lo tanto, como reiteró las cotizaciones efectuadas por el demandante no sufrieron ningún deterioro y por el contrario las mismas se incrementaron en virtud de los rendimientos generados de buena fe por mi representada

por lo tanto no hay lugar a reconocimiento alguno diferente a cuenta de ahorro individual, de igual manera las sumas de las aseguradoras, como quiera que las sumas fueron trasladadas en su momento a las aseguradoras con las cuales se tenía contratada una póliza a efectos que el demandante durante su vinculación si llegara el caso a presentar alguna contingencia de invalidez o muerte estás entrarán a responder de manera solidaria con mi representada por lo tanto si se condena a dicha devolución pues debieron incluir o llamar al proceso para que estás ejerzan su derecho de defensa y de contradicción conforme el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, debieron ser llamadas al presente proceso por lo anteriormente expuesto señores magistrados reitero la absolución de mi representada de la condena impuesta por la juzgadora de primera instancia dejando así debidamente sustentado me recurso.

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

"interpongo recurso de apelación, ante los H. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, lo sustentaré de la siguiente forma, y es de tener en cuenta que como ya se dijo en los alegatos de conclusión, mi representada a efectuado todas y cada una de las actuaciones que ha realizado, las ha realizado conforme a la ley y de esta forma es por eso que no es procedente realizar la filiación, toda vez que como reza en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 el cual fue modificado por el artículo 13 de la ley 100 del 93, el cual señala que después de un año de la entrada en vigencia de la presente ley los afiliados no podrán trasladarse al régimen cuando le falta de 10 años o más para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. De igual forma y tal como quedó probado en el interrogatorio de partes no se puede olvidar lo manifestado por el a quo con toda vez que si bien es cierto y como quedó demostrado el demandante en su en su interrogatorio de parte manifiesta y es claro que él mismo se da la tarea de buscar un actuario, que el actuario le da la proyección tanto de un régimen como de otro régimen, el mismo hace asevera y da argumentos de conocimiento de

cómo podría hacer su pensión en uno y en otro régimen De igual forma se debe tener en cuenta que la inconformidad Generalmente el demandante versa sobre el monto pensional y que a su vez se debe tener en cuenta y tal como que demostrado el demandante no fue solidario con el sistema toda vez que pretende que las personas que sí fueron solidarias y que toda su vida han estado ahí cotizando al régimen de prima media hoy sean las que sustenten su pensión conforme al reconocimiento qué se hace en el régimen de prima media de otra forma señores Magistrados ruego que mi representada no sea condenada en costas en esta instancia toda vez que como si es cierto la razón de ser de la apelación de es prever un desequilibrio en el sistema toda vez que si bien es cierto se puede generar Al momento de realizar el reconocimiento de la prestación económica pueden haber diferencias Al momento de reconocer lo es tanto así que por eso ruego y Solicito a usted señor que si se llegara a confirmar la declaratoria de ineficacia sea el fondo quién ASUME los gastos y los perjuicios que se llegaron a ocasionar a mi representada por este reconocimiento de esta forma dejo sustentado a mí recurso.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, los recursos interpuestos por las demandas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor LUIS ROMAN AYALA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP COLFONDOS S.A., en el 1 DE FBRERO DE 1995, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido

respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor*

comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el

ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

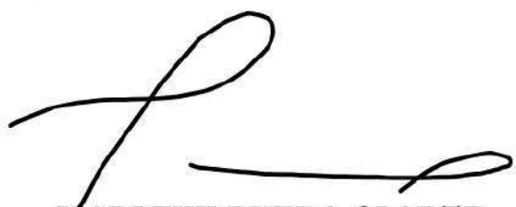
ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

Proceso Ordinario Laboral No. 39 2017 755 01 Dte: LUIS ROMAN AYALA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal



MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39-2018-045-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: PATRICIA CALDERÓN MUHLBACH

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de abril de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, no fueron remitidas por ninguna de ellas.

ANTECEDENTES

La señora PATRICIA CALDERÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE nula la afiliación efectuada por ella al RAIS y promovida por Protección S.A., como la efectuada por intermedio de Old Mutual Pensiones y Cesantías y todas las afiliaciones posteriores dentro de dicho régimen; como consecuencia de tal declaratoria, peticiona se condene a Old Mutual Pensiones y Cesantías a devolver a Colpensiones la totalidad de capital acumulado en su cuenta de

ahorro individual junto con rendimientos; peticiona se declare que tiene derecho a que se le reconozca pensión de vejez bajo los apremios de los artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993, que tiene derecho a la indexación de su primera mesada pensional, por lo que peticiona se condene a la demandada Colpensiones a reconocerle derecho pensional desde la fecha en que se causó este a su favor junto con intereses moratorios. (fls. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de abril de 1958, por lo que a 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años, estando afiliada al ISS, que se afilió al RAIS a través de Colmena S.A., en febrero de 1997, que tuvo afiliaciones dentro de ese régimen con Santander Pensiones y Cesantías y Protección APF y para dicha data contaba con 39 años de edad y había cotizado 362.14 semanas, por lo que para la fecha de su traslado al RAIS, su expectativa era pensionarse bajo los parámetros del régimen de transición, que las administradoras del RAIS a las que se afilió, nunca le señalaron que su traslado le representaba una disminución de su mesada pensional en más de un 80% respecto de la concedida por el ISS, no se le informó el capital requerido para pensionarse con una mesada similar a la otorgada en el RPM, que la administradora del RAIS, nunca le señaló ventajas ni consecuencias del cambio de régimen pensional, que actualmente cuenta con 58 años de edad y 1300 semanas cotizadas, encontrándose afiliada a Old Mutual Pensiones y Cesantías y las administradoras a las que se afilió, no cumplieron con su deber de información, por lo que dichas afiliaciones, carecen de validez jurídica, al no haber existido un consentimiento informado. (fls. 5 a 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 6.1 a 6.3, 6.5, 6.6, 6.8, 6.14 a 6.16 y 6.21, manifestó no constarle los No. 6.7, 6.9, y 6.20 y negó los demás. Propuso las excepciones

de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 108).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 6.1 a 6.3 y 6.18 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM y reconocimiento de la pensión de vejez, prescripción, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social. (fl. 149).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 6.5, negó los No. 6.17 y 6.19 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por notificación de la nulidad alegada. (fl. 202).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad de la afiliación que hiciere la demandante al RAIS por intermedio de la AFP Colmena, el 1 de noviembre de 1996, así como los diferentes traslados efectuados dentro del RAIS, condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, a Protección S.A., a transferir el valor de las comisiones que recibió por administración a órdenes de Old Mutual, mientras la demandante estuvo afiliada a ese fondo, ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, declaró que esta tenía derecho a que se le reconociera pensión conforme las previsiones de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, condenando a Colpensiones, a reconocer la misma, a partir de la fecha de desafiliación del sistema pensional y condenó en costas a Protección S.A.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

El problema jurídico tal cómo se planteó el presente asunto consiste en establecer si *el traslado que hizo la demandante del RPM al RAIS en febrero de 1997, es nulo por vicios en el consentimiento exactamente el error al no haber sido debidamente informada al momento de suscribir ese contrato, que se suscribió a través de Colmena hoy protección para resolver entonces el problema jurídico el despacho de empezar con manifestar qué es un hecho cierto y no hay discusión en que el contrato de afiliación el contrato de traslado es un contrato bilateral y consensual y por ende debe cumplir con todos los requisitos que establece la norma civil o el código civil para la validez de los mismos entre ellos se encuentra el del consentimiento que a la luz del artículo 1508 se encuentra viciado o puede ser viciado, siendo entonces en el presente caso resaltar que el alegado es el error tal como se ha manifestado en la fijación del litigio en cuanto se alega que se produjo un engaño originado en la falta información respecto a las implicaciones que conlleva el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual dentro de este ítem se debe aclarar que para el despacho no se estructura un error de derecho es decir aquí no estamos hablando de un indebido entendimiento o equivocada aplicación de una norma sino de un error de hecho, sobre la calidad esencial del objeto en tanto resultaría ser diferente al que se cree en el momento que se contrato lo cual de acuerdo el Art 1511 del código civil provoca la nulidad del acto en la medida que tales condiciones pensionales que conforman esa calidad esencial del servicio contratado constituyeron el principal motivo de la demandante para afiliarlo o tomarlo en este caso de colmena hoy Protección, así las cosas continuó con ello y el Art 1604 del código civil establece que la prueba de la diligencia cuidado incumbe al que ha debido emplearla lo que indica que los casos como el que hoy se estudia la prueba la tienen las administradoras de fondos de pensiones, es decir son a ellas a las que les corresponde acreditar que efectivamente ilustraron a la demandante o a la usuaria que abordaron aquel momento de todas las implicaciones características de lo que consistía el régimen de ahorro individual en contraste con el régimen de prima media que dejaban esto básicamente porque así lo dice el Art 1604 porque quién debe explicar es el que sabe del servicio que está ofreciendo y porque así lo ha dicho la Corte Suprema justicia en el sentido de que más aún cuando se está frente a una persona y la palabra que ha utilizado la corte lega Lego en la materia y aquí hago un paréntesis para responder los argumentos del abogado de Porvenir porque Lego no es solamente el campesino o la persona que tiene poca instrucción educativa Lego en materia pensional son todas las personas que desconocen cómo funciona en realidad el sistema pensional y se enfrenta a una entidad que tiene todas las herramientas para poderle explicar e ilustrar y cumplir con la obligación que exige la ley de dar una información detallada concreta y en términos comprensibles como lo ha dicho la Corte Suprema justicia en diferentes providencias siendo una de ellas la 3153176 SL 037 del 2019 entonces aquí efectivamente corresponde la carga de la prueba a la administradora de fondos de pensiones pero sin gracia discusión digamos no esta norma no es la aplicable que para el despacho es la más aplicable porque es la que regula las pruebas en materia de nulidad podríamos ir al código general del proceso a una norma general, al Art 167 y si bien en su primera parte habla sobre la carga dinámica de la prueba no sé debe olvidar que en el inciso final de ese artículo señala que las negaciones indefinidas están exentas de prueba lo que indica que si yo voy a aplicar esa norma y me encuentro con una negación indefinida como es la que está manifestando la demandante es decir a mí no me dieron la información debida en el momento de afiliarme negación indefinida básicamente las reglas probatorias señalan que a ella no es la que le corresponde probar que no le dieron la información sino contrario a la persona que dio la información que debía dar la información suministrar los elementos de juicio que vislumbre qué es lo contrario a lo que manifiesta la demandante.*

Entonces ya señalando estas reglas probatorias señala el despacho reglas que se aplican independientemente si la persona es beneficiaria del régimen de transición o no, aquí estamos viendo normas generales de las cuales o ante las cuales no puede cambiarse las cargas probatorias única exclusivamente porque tienen una situación u otra entonces aquí ya teniendo en cuenta que es a la administradora o a las administradoras a los que les corresponde probar esa debida diligencia con la que debieron actuar al momento de afiliar a la demandante pues encuentra el despacho que aquí no existe ninguna prueba que evidencie cuál fue la información detallada concreta

y en términos comprensibles que le dieron a la demandante al momento de la afiliación, aquí no acreditaron las administradoras que cumplieron con la obligación qué establecía la ley una obligación que no nace en el 2015 con la doble asesoría, una obligación que nace desde la misma ley 100 del 93 la misma ley señala e impone a las administradoras explicar con detalle todo cómo va a funcionar el sistema y cuál es la perspectiva o que es lo que le están ofreciendo o le estaban ofreciendo en este caso a la demandante y las normas y decretos reglamentarios que fueron cambiando y fueron imponiendo aún más esa obligación; de lo contrario la misma ley 100 entonces no acarrearía sanciones para aquellas entidades que no cumplen con la obligación de informar, ya sabemos que la obligación de informar de manera detallada y concreta nació con la ley 100 del 93 y aquí no hay prueba que evidencia que la entidad cumplió con esa obligación y en qué consistía esa obligación ya lo he manifestado muchas veces en dar una información clara completa y comprensible como lo ha dicho la Corte suprema de Justicia que le llegue al usuario que no conoce el sistema; entonces no se trata única y exclusivamente de traer las bondades de un sistema es decir usted se pensiona con mejor mesada o se puede pensionar cuando quiere, la pensión va a ser mejor que el seguro social sino que con hechos con herramientas le indiquen mire si usted se pensiona y sigue con el sueldo que está ahora y usted quiere pensionarse a tal edad usted debe reunir un determinado capital en su cuenta y mientras que usted sigue en el régimen de prima media usted tiene que esperar a pensionarse a esto y esto y tener un salario más o menos, era ilustrarle todos los pro y contras que tenía la demandante frente a uno y otro sistema el hecho de que aquí aparezca el contrato de afiliación, el mismo no llena o no evidencia, no demuestra cuál fue esa información sobre los sistemas que le dieron al momento de la afiliación y frente a eso la corte Suprema de Justicia citó la sentencia SL 4964 del 2018 en la que se establece lo siguiente " así que es la propia ley la que sanciona con severidad el incumplimiento integró de los deberes de información que les atañen e incluso para la controversia aquí suscitada ello era determinante de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones no era suficiente y de otro correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente no sólo porque la propia imposición que trae consigo la referida norma sino porque en los términos del Art 1604 del código civil la prueba de la diligencia y el cuidado incumbe a quién debió emplearlo y en este específico caso ella no se agota sólo con traer a colación los documentos suscritos sino la evidencia que la asesoría brindada era suficiente para la persona y esto no se satisfacía únicamente con llenar espacios vacíos de un documento sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendendiera las pautas para que se adoptará una decisión completamente libre en las voces desde el referido artículo 13 y entonces en tal medida cuando no se da esa información se ha manifestado que no podemos predicar que es una decisión que se ha tomado de manera libre y voluntaria por qué no se puede hablar de libertad y voluntad cuando se desconoce las reglas de juego todo esto ha sido reiterado y fue consolidado en la última sentencia que emitió la Corte Suprema de Justicia el pasado 3 de abril del 2019 sentencia SL 1452 de este año radicado 68852 en el que expuso y estudio detalladamente cada una de los ítem el despacho ha explicado de manera somera el día de hoy y que constituyen todos los alegatos de conclusión de la parte demandada.

Por ende aquí el juzgado encuentra que no se logró acreditar ese deber de información que tenía las administradoras y especialmente Colmena al momento de abordar o de firmar de suscribir el traslado de la demandante y declarará la nulidad de ese traslado que hizo la demandante de febrero de 1997 para continuar dando las órdenes al despacho va hacer conteste con lo manifestado por el abogado de Protección en la medida que señala que no puede dirigir una orden o condenar porque no fue el que actúo al momento del traslado ya que fue Colmena momento para el cual eran personas jurídicas diferentes y al interior luego Colmena luego Santander y ING y todas se pasaron a Protección pero que en ese momento eran personas independientes; ante ello el despacho va remitirse única y exclusivamente al certificado de asofondos folio 210 en el que se señala que el de vinculación manifiesta que se cambia a la demandante de un fondo a otro por una cesión por fusión para ello entonces el despacho tiene que remitirse a lo que consiste cesión, negocio jurídico por medio del cual una persona que se llama cedente traslada a otra que se llama cesionario o toma a otra que se llama cesionario la posición jurídica activa y pasiva es decir como acreedor y deudor que el primero ostenta

en un contrato que celebró previamente con un tercero entonces de tal forma como aquí no allegaron las condiciones de la fusión cómo fue que se absorbieron todas estas entidades el despacho va a tomar lo que existen en los documentos y todo habla de una cesión, entonces los efectos jurídicos de una sesión es que hay una persona que toma la posición del otro y no es única y exclusivamente frente a captar el capital que tenía la entidad frente a todas las obligaciones que también podían surgir lo mismo y lo dice la norma del código civil que frente a todas las acreencias y deudas que tengan o qué emerjan del contrato que se celebra y que se ha cedido a esta nueva persona jurídica. porque revisando el historial, esa afiliación se dio el 23 de agosto del 2007 y como bien lo dijo la abogada de la parte demandante en ese momento la parte demandada la señora Patricia no podía retornar al régimen de prima media es decir no tuvo la oportunidad de poder subsanar ese yerro que venía porque ya si lo hubiese hecho pues ya no podía la demandante devolverse por ese sentido única y exclusivamente pues se va a dar las órdenes así, no las comisiones por administración eso frente a la nulidad de traslado.

Pasamos entonces frente a la solicitud pensional revisado los documentos allegados se observa la pretensión radica en que se ordene a colpensiones una vez reciba los dineros o reactive a reconocer liquidar y pagar la pensión bajo los parámetros del Art 33 de la ley 100 del 93 exige dos requisitos para acceder a la pensión el primero es el cumplimiento de la edad es decir que la persona debe cumplir 57 debe tener o alcanzar la edad de 57 años de edad si es mujer y el segundo es la densidad de semanas cotizadas debe ser de 1300 semanas; revisada la historia laboral que obra a folio156 qué es la de colpensiones para el momento en que se encontraba el régimen de prima media cotizó 362.14 semanas de cotización, en el régimen de ahorro individual cotizó un total de 1009.29 semanas cotizadas al haberse declarado la nulidad del traslado debemos sumar estas semanas y nos da un total de 1372.43 semanas viendo el historial que obra a folio desde el 169 al 181 observa el despacho que la demandante alcanzó la densidad de semanas exigidas en la ley 100 del 93 el día 19 de abril del 2018; por ende esa sería la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho de su causación abril 19 del 2018 no obstante el despacho no entra a liquidar y debe decir que aún no hay efectividad para el pago de la pensión para que empieza a gozar la demandante la pensión porque aún y por eso era la pregunta del despacho en caso que se accediera a las pretensiones aún se encuentra trabajando y de acuerdo al artículo 31 de la ley 100 del 93 que remite a la aplicación del artículo 13 del acuerdo 049 única y exclusivamente se puede empezar a disfrutar la pensión cuando se haya desafiliado una persona al sistema como la demandante en estos momentos se encuentra trabajando y aún está afiliada al sistema no puede el despacho señalar que empiece a disfrutar de manera inmediata la pensión, por ende tampoco puede entrar a liquidar de manera concreta la misma más si tenemos en cuenta que el artículo 34 enseña que para liquidar la pensión de vejez debe tenerse en cuenta el ingreso base de liquidación que se saca con el promedio de los últimos 10 años cotizados o el de toda la vida como aun está trabajando es imposible para el despacho en estos momentos hacer la liquidación entonces la orden que hará el despacho es que una vez se reactive la afiliación por parte de colpensiones proceda a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante con base en los artículos 21 y 34 de la ley 100 del 93 la cual empezará a gozar la demandante una vez se desafilie del sistema.

Frente a la petición de los intereses moratorios el despacho debe manifestar que en este caso no procede los intereses moratorios dado varios aspectos; uno colpensiones no puede o no podía reconocer un derecho pensional que debe el despacho manifestar si se solicitó si se hizo esa reclamación administrativa al igual que en la misma misiva que se pide la nulidad no podía reconocerla porque debía esperar a una decisión judicial que era esta, determinar si era nulo o no ese traslado y dos porque sin Gracia a discusión se aceptara la demandante cuando presentó la demanda no tenía el derecho de pensión consolidado se encuentra se tiene que la demanda se presentó en enero del 2018 y las 1300 semanas alcanzaron hasta abril del 2018 es decir en el curso del proceso fue que adquirió ese estatus lo cual no impide que se reconozca en este momento porque así lo ha manifestado la Corte Suprema justicia, cuando una persona alcanza el estatus en el curso del proceso el juez debe darla por qué prima el derecho sustancial ante el procesal,

por eso es que se reconoce la pensión pero si debe negarse los intereses moratorios porque aquí no se avizora mora más cuando la demandante está afiliada todavía está cotizando y no puede entrar a disfrutar la pensión.

Frente a las excepciones pues atendiendo que las excepciones que se presentaron la mayoría fueron encaminadas a derruir esa declaración de nulidad que se pretendía pues el despacho bajo los mismos argumentos al declarar la nulidad y por ello declarara no probada esas excepciones frente a la prescripción el despacho señala que siempre ha tenido la postura que al estar la solicitud de nulidad de traslado intrínsecamente ligada con el derecho pensional deben cobijarse de las mismas prerrogativas que tiene el derecho pensional y esto es la de imprescriptibilidad y así lo ha dicho la Corte Suprema justicia o lo dijo la Corte Suprema justicia en la sentencia SL 365 del 2019 tampoco podemos hablar de prescripción de mesadas porque como ya se ha mencionado aún no se ha comenzado a disfrutar la pensión por estar afiliada la demandante todavía al sistema.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó:

Muy respetuosamente encontrándome dentro del término me dispongo a interponer el recurso de apelación ante los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá sala laboral teniendo en cuenta el artículo 13 de la ley 100 modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003 ya que la afiliación al fondo privado se efectúa en el legítimo derecho que tenía la demandante en la libre escogencia del régimen pensional Igualmente en el artículo 692 de la ley 100 de la ley 1994 en su artículo 11 que establece que la Selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte Igualmente como la había manifestado fue una mala práctica del fondo quien debe ser condenado y a quién se le da asumir la responsabilidad de reconocer la pensión en los mismos términos en que debió de haberse reconocido si no se hubiese efectuado el traslado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora PATRICIA CALDERÓN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la entonces Colmena S.A., el 1 de septiembre de 1996, como se verifica de reporte expedido por Asofondos visible a folio 210 del plenario, así como los que efectuara con posterioridad dentro del RAIS, cuyos formularios sí fueron allegados y se encuentran a folios 41 y s.s., del plenario.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen como bien lo señala la juez de primer grado, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia

con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Patricia Calderón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colmena hoy Protección S.A., a la que se trasladó en primer momento la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, pues se itera, no se allegó siquiera el formulario de afiliación a esta administradora, ya que el visible a folio 40 del plenario da cuenta de la afiliación de la actora a Colmena Salud, razón por la cual, no es posible establecer las circunstancias que rodearon la afiliación de la actora al RAIS.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c)*

de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues contrario a lo señalado por la entidad recurrente, la sola firma del formulario, no implica la aceptación de las condiciones del RAIS, cuando como lo señala el criterio jurisprudencial en cita, dicha voluntad, debió estar precedida de un consentimiento **informado,** circunstancia que no ocurre en el presente, pues las Administradoras de Pensiones demandadas, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL S.A., a las que se trasladó la demandante, no demostraron cómo le correspondía que manifestaron a esta las desventajas como consecuencia de su traslado, al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone mantener la decisión proferida en lo que al traslado respecta, debiéndose **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida

para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por la actora, siendo esta la figura aplicable al caso bajo estudio como lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

Pensión de vejez

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez, procede estudiar dicha pretensión a la luz de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al no haberse invocado régimen de transición:

> *ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.*
>
> *Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

Sobre el particular, se encuentra acreditado que la señora Patricia Calderón, cumple la exigencia legal relacionada con la edad requerida, en tanto alcanzó los 57 años de edad el 24 de abril de 2015, como se verifica de documental contentiva de copia de documento de identificación obrante a folio 18 del expediente; ocurre lo propio con la exigencia de semanas de

cotización, dado que conforme historia laboral expedida por Old Mutual, que contiene las semanas cotizadas para el ISS (fl. 177), la demandante acredita haber cotizado un total de **1372,43** semanas efectuadas a junio de 2018, asistiéndole así el derecho a que le sea reconocida la prestación pensional que solicita, en los términos señalados por el Juzgado de instancia, esto es, a partir de la fecha en que acredite su retiro del sistema pensional, dado que señaló en sede judicial que continuaba laborando, debiéndose liquidar conforme se señaló en primera instancia; así las cosas, se impone **confirmar** la decisión proferida en su totalidad.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39 2018 331 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MALBA INES ALBAÑIL FAGUA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 21 de agosto de 2019, por la apelación presentada por la demandada COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron por vía correo electrónico, las de la parte actora y demandada PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

La señora MALBA INES ALBAÑIL FAGUA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que fue la nulidad del traslado de régimen pensional efectuada a COLFONDOS S.A. el 1 de junio de 1997, ante la omisión de ese fondo del deber de información. Que Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A., entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones con todos los rendimientos que se hubiesen causado y a esta última entidad a recibir los mismos. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (fls. 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que estuvo afiliada y cotizando al ISS desde el 2 de noviembre de 1989.
- Que estaba laborando para la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, entre el 18 de marzo de 1993 y el 28 de febrero de 2000, realizando durante este tiempo aportes a CAJANAL.
- Que el 1 de junio de 1997, del Régimen de Prime Media con prestación definida al de Ahorro individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A.
- Que al momento del traslado no fue asesorada o informada por este Fondo, respecto de las implicaciones sobre sus derechos pensionales con el traslado de régimen pensional.
- Que no se le informaron los riesgos de cambiarse de al régimen de ahorro individual, así como tampoco las diferencias entre uno y otro régimen, ni las ventajas o desventajas o inconvenientes; que tampoco se analizaron sus condiciones particulares, como su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando.
- Que tampoco se le indicó cual debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, que tampoco le indicaron el monto de su pensión.

- Que se vinculó en el mes de mayo de 2013 a PORVENIR S.A., entidad en la que actualmente se encuentran sus aportes- (fl.- 3-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3, 20 y 21, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada. (fl.- 103 - 114).

La demanda, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, señaló que no son ciertos o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la casusa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fl.- 140 - 156).

Finalmente la demandada COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 y 18, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad e inexistencia de causal de nulidad. (fl. 181 - 190).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor, condenó a COLFONDOS a trasferir la totalidad de los dineros que obren

en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez y sobrevivencia y ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro de la actora y a COLPENSIONES a que reciba los dineros que le serán entregados. (fl.- 233 - 236).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que

> *Procede entonces el despacho a dictar la sentencia dentro del presente proceso manifestando que de conformidad con el artículo 280 inciso final del código general del proceso, cuando la sentencia se dicta en audiencia no es necesario ser un recuento los antecedentes sustanciales y procesales por ende pasó de una vez a las consideraciones del despacho. Dentro de este ítem lo primero que se advertirlo es tal como quedó plasmado la audiencia mediatamente anterior no existe ninguna nulidad que invalide lo actuado se encuentran cumplidos los presupuestos procesales que conducen a dictar sentencia de fondo, el problema jurídico consiste en determinar si el traslado que hizo la demandante la señora Melba Ines Albañil Fagua del régimen de prima media el régimen de ahorro individual a través de colfondos con efectividad a partir del primero de Junio 97, fue libre y voluntario de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la ley 100 del 93 y por ende surtido todos los efectos jurídicos o si por el contrario debe declararse ineficaz ante el imcumplimiento de dicha obligación, entonces pasamos a resolver el problema jurídico el artículo 36 del literal B de la ley 100 del 93 señala la selección de uno cualquiera los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado quien por tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozcas derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de qué trata el inciso primero pero la 271, el artículo 271 además de una sanción de multa establece que o señala como sanción que el afiliado quedará sin efecto, manifestando que se podría realizar una nuevamente desde que se dé el presupuesto de ser libre y espontánea, el artículo 272 señala que el sistema integral de seguridad social establecido en la presente ley no tendrá ningún caso aplicación cuando menoscabe la libertad la dignidad humana los derechos de los trabajadores*

en tal sentido los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la constitución política tendrán plena validez y eficacia, entonces para resolver el problema jurídico el despacho va a abordarlo desde tres puntos de vista, el primero explicar en qué consiste la expresión o los fundamentos o en qué consiste ser libre y voluntario una afiliación, la segunda la carga de la prueba en estos procesos la tercera ya estudiado el caso concreto, entonces cuando el artículo 13 de la ley 100 del 93 establece que la afiliación debe hacerse de manera libre y voluntaria señala que no hace referencia a que se haya hecho sin presiones y fuerzas sino que básicamente esta filosofía ha sido antecedida del cumplimiento del deber de información que tiene las administradoras de fondos de pensiones, ese deber de información implica que las administradoras deben explicar de manera detallada y concreta en qué consiste el régimen de ahorro individual y además de ello hacer una explicación o una asesoría comparada en el sentido de darle a entender a la demandante o al afiliado que está abordando en qué consiste el régimen de prima media que es el que está dejando y cuáles serían las características propias de uno u otro pero especialmente las del régimen de ahorro individual explicándole con detalle desarrollando cada una de esas condiciones y características que rodean el régimen de ahorro individual, esta obligación de deber de información además de estar plasmada el artículo 3 de la ley 100 del 93 pues está plasmada en el decreto 663 del 93 estatuto orgánico del sistema financiero con su numeral primero del artículo 97 señala que se debe de estas entidades algo "suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen de suerte que les permitan a través de los elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, en el resumen, entonces cuando se aborda a un potencial afiliado que la misma jurisprudencia lo ha señalado Lego en la materia debe plasmarse una información objetiva, esa información objetiva consiste efectivamente en explicar las condiciones sin sobredimensionar lo bueno explicando respectivamente los pro y los contras de cada una de ellas comparada como el mismo despacho lo dijo no solamente explicarle las bondades ventajas del régimen de ahorro individual sino encontrarse con el régimen de prima media que era el que estaba dejando en este momento la demandante y transparente que efectivamente es el requisito que establece el decreto 663 y que la jurisprudencia lo ha explicado la siguiente manera radicación 68852 del 3 de abril del 2019, la transparencia es una norma

diálogo que le impone la administradora a través de promotor de servicios asesor comercial dar conocer al usuario en un lenguaje claro simple y comprensible los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y el de prima media con prestación definida de manera que la elección se da después de comprender a plenitud las reglas consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios, entre otros, en otros términos la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva los regímenes evitando sobredimensionar Lo bueno que haya sobre lo malo y realizar lo neutro y además de esto efectivamente hago de énfasis en una explicación clara comprensible por qué porque efectivamente ya como le va mal qué estado se enfrenta con una persona que no conoce el sistema, frente a la segunda es efectivamente a quién le corresponde probar que se cumplió con la obligación que establece el artículo 13 del literal B es decir, garantizar que la el traslado se haya realizado de manera libre y voluntario y el despacho maneja la teoría de que efectivamente indistintamente de si la persona hace parte del régimen de transición o tiene una expectativa legítima de adquirir su derecho pensional la carga de la prueba la tienen las administradoras de fondos de pensiones, son ellas las que les corresponde demostrar con pruebas dentro del proceso que cumplieron con esa obligación, toda vez que efectivamente es la obligación que le impone, la obligación de asesorar y dar esa debido de había información o buen consejo se la impone la ley 100 del 93 a las administradoras, en tal sentido son ellas las que deben actuar al momento de la contratación con esa diligencia y cuidado que es lo que es hables exige el artículo 1504 y cuando se exige una diligencia o cuidado en la contratación pues es a la persona que le corresponde esa es actual a la parte es el que debe demostrar, entonces además de ello también se encuentra el artículo 167 del código general del proceso que establece que las negaciones indefinidas no son susceptibles de prueba y por ende la carga de la prueba se traslada la contraparte con a la que se le está alegando esa negación indefinida norma que no es nueva normas que se viene o se trae de la misma manera como lo establecía el código de procedimientos civiles artículo 177, de tal forma que el despacho al encontrar una norma sustantiva qué es la alquilar el artículo 1504 del código civil y una norma procesal la 167 del código general del proceso pues entiende que son normas generales que se aplican en todo tipo de contratación y en todo tipo de proceso de tal manera que no entiende cómo se puede hacer una discriminación de la Norma y aplicarlas en unos casos y en otros casos no

porque son casos análogos efectivamente, independientemente de la proximidad que tengan para escribir suspensión son casos supuesto fáctico es exacto cuales se afiliaron sin la debida información por ende quién debe demostrar la información es la parte demandada, no podemos hacer distinción el juez no puede hacer distinciones a la norma cuando la misma norma no lo consagra, entonces ya teniendo en cuenta estas dos premisas pasamos a aplicarlas al caso concreto. Efectivamente encuentra el despacho que COLFONDOS que fue la primera administradora de fondos y no cumplió con esa carga de la prueba, no demostró efectivamente cuál fue esa información debida, a pesar de que pues se diga desde el momento de la contestación de la demanda que el promotor o asesor cumplió con esa carga y se le informó sino que no se dejó documentación por escrita pero mire que acá no parece demostrado absolutamente nada, ni siquiera aparece el formulario de afiliación de 1997 entonces la única prueba que nos queda es el interrogatorio de parte de la demandante y el interrogatorio de parte de la demandante el despacho de manifestar que a ella le es increíble, es decir el despacho le cree todos sus argumentos porque los de manera espontánea sin perjuicio de pues esa es interés de beneficio propio y entonces ahí es cuando el despacho le da credibilidad a la demandante cuando dice yo ni me acuerdo si firmé porque me parece que ni siquiera firme un formulario porque vinieron y me tomaron unos datos me dijeron CAJANAL se va acabar, CAJANAL tienen que pasar sea otro fondo y eso exactamente fue verdad CAJANAL se acabó y todos sus afiliados los que no hicieron optaron o los que no fueron para el fondo privado tuvieron su traslado al seguro social al régimen de prima media, entonces más aún más allí cuando efectivamente si CAJANAL no se transformó como lo hizo el instituto de seguros sociales sí había ese deber de informarles mire ustedes están en CAJANAL pero esta era la única opción, no es el fondo, no es el régimen privado, el régimen de ahorro individual con solidaridad, hay otra opción que es con COLPENSIONES y entonces en este caso vemos que ni siquiera se llegó a esa oportunidad porque aquí aparece lo que único que aparece acreditado es lo que dice la demandante en el sentido de que no se le dio esa debida asesoría porque simplemente le tomaron unos datos y luego aparece afiliada al fondo porque aparte fue ayuda del recursos humanos de la de la entidad y pues hecho que es creíble porque como ya lo vimos aquí no está, no reposa en el expediente El formulario afiliación de 1997. Entonces Por ende el despacho aparte de eso debe manifestarse que más que un perjuicio que no poderse pensionar con la expectativa que le

dieron, o cuando se da cuenta ya cuando llega la hora de la pensión usted tiene que trabajar 5 6 7 8 años más porque no le explicaron que el régimen de ahorro individual tiene gran importancia participación el ahorro que el afiliado da, entonces es eso eso es decepcionante y eso es un engaño efectivamente por falta de esa información, ahora para hacerle contestación a la abogada de Porvenir, si bien es cierto existen unos formularios de pensiones voluntarias de que realizó que suscribió la demandante, pero además de esto no demostrar que se dio una debida asesoría en ese momento y que le explicaron nos habla en qué consistía las pensiones voluntarias porque son de fechas diferentes sino que en qué consistía todo el régimen de ahorro individual antes de que existe una situación muy particular en este caso que no es entendible porque si se observan los fórmula los de pensiones voluntarios escritos por Porvenir se evidencia que estos formularios fueron suscritos o fue la solicitud fue hecha en el 2004, 06 de Septiembre del 2004 cuando no estaba afiliada a la demandante al fondo de Porvenir y si se supone que es un ahorro para aumentar su fondo y poderse pensionar cómo es que se acepta una afiliación de pensiones voluntarias al fondo de pensiones al cual no pertenece a la demandante, nótese que no está el formulario tampoco el primer formulario que suscribe la demandante con Porvenir, pero según ASOFONDOS la efectividad de la afiliación con Porvenir el fue el 1 primero de mayo del 2010, estamos hablando de 6 años después entonces no encuentran lógica que se quiere se pretenda escudar en que la demandante suscribió un formato de afiliación de fondos voluntarios cuando se evidencia efectivamente existió un error garrafal porque no puede ser que se encuentra afiliado a voluntarias a un fondo completamente diferente al que se encuentra afiliado para suspensiones ahí ya sé se desestabiliza la finalidad, y entonces por ello aún más en este caso ni siquiera se demuestra que ese acto de fondos voluntarios de pensiones haya sido porque se le haya explicado que efectivamente, entonces dadas estas explicaciones el despacho señala que debe declararse efectivamente la ineficacia del contrato de afiliación de traslado que hizo la demandante con COLFONDOS con efectividad a partir del primero de junio 97, si bien es cierto parece este contrato a con Porvenir el 2004, es de pensiones voluntarias en ASOFONDOS aparece que su traslado entre COLFONDOS a Porvenir es del primero de mayo del 2010, el despacho también tiene la postura de que no sanciona no condena no le da ninguna orden al fondo que al que llega la demandante después de no tener opción de retorno al régimen de prima media como sucede en el presente caso cuando la demandante tenía

su límite de retornar al régimen de prima media el 7 de mayo del 2009 y la filiación con Porvenir fue o por lo menos la afectividad fue el primero de mayo del 2010 es lo que aparece aquí acreditado, por ende como no existía esa posibilidad de que así fuera debidamente asesorada no podía devolverse, Porvenir no podía rechazar su traslado el despacho considera que en este caso Porvenir es un tercero de buena fe, porque cree tiene la plena convicción de que su primer en este caso específico donde no hay opción de retornar pues la convicción de que efectivamente había sido sea ya con dos en su oportunidad haya cumplido con esa obligación de asesorar en debida forma entonces los órdenes que van al despacho son las siguientes y es única exclusivamente para COLFONDOS y COLPENSIONES en la siguiente forma: Ordena a COLFONDOS devolver todos los dineros que obren la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y las comisiones que recibió por administración con origen a COLPENSIONES y a COLPENSIONES que reactive nuevamente la afiliación del demandante, debe aclararse que las comisiones por administración que deberá revolver COLFONDOS son las siguientes, baso todo en el certificado ASOFONDOS visto a folio 121, las que recibió desde el del primero de junio de 1997 hasta el 30 de abril del 2010 y las que recibió desde el Primero de julio del 2011 hasta el 30 de abril del 2013, si bien es cierto este último traslado que hizo la demandante tampoco se podía retornar, lo cierto es que COLFONDOS fue el generador de la ineficacia y por ende debe devolver todas las comisiones que recibió por administración, se le debería tener COLFONDOS que no podrá al momento de trasladar los dineros hacer algún descuento por dineros que haya pagado por concepto de seguros de pensiones de invalidez y sobrevivientes, entonces todos sus dineros deberán trasladarse al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y como ya se dijo ordenará a COLPENSIONES a recibir el dinero. A PORVENIR si se le dará una orden y efectivamente cómo es la última pues que devuelva todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos cargo también del régimen de prima media, frente a las excepciones pues a las consideraciones expuestas en esta sentencia el despacho de negar a las que están destinadas a derruir la ineficacia del traslado y frente La prescripción debe señalar también el juzgado que esta opción es imprescriptible teniendo en cuenta la connotación que tiene y está relacionado con el derecho pensional de los afiliados, así también lo señaló la Corte Suprema de Justicia en la sentencia radicado 8838 SL 1682 del 08 de mayo del 2019 y en la SL 361 del 2019,

DEL RECURSO

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, indicó:

> *"Encontrándome dentro del término procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante los Honorables Magistrados de la Corte (sic) del Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral sustentar esta siguiente forma y se encuentra señores magistrados que si bien es cierto y tal como quedó demostrado la demandante de manera libre y voluntaria y haciendo uso del derecho de la libre escogencia del fondo al que quería efectuar sus aportes razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente válido, de igual forma si se llegase a confirmar la decisión de primera instancia téngase en cuenta señores magistrados que se verían afectados los intereses de mi representada y de igual forma una descapitalización del sistema estos ponen en riesgo la pensión de las personas que toda su vida han cotizado al régimen de prima media y más si se tiene en cuenta que la que la demandante nunca perteneció al instituto de seguros sociales hoy día COLPENSIONES de igual forma enseñar magistrado luego ustedes que si se llegase a confirmar la decisión de primera instancia no sea condenada mi representada costas, toda vez que la razón de interponer recurso de apelación es evitar una descapitalización un desequilibrio en el sistema."*

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, procede la Sala al estudio del recurso interpuesto por la demandada COLPNSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MELBA INES ALBAÑIL FAGUA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP COLFONDOS S.A., en

el 1 de junio de 1997 y su posterior traslado de AFP a PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

> *"Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro".*

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de

transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, nótese como en el presente caso, ni siquiera fue allegado el formulario de afiliación suscrito por la actora el 1 de junio de 1997, solamente ser cuenta con la certificación expedida por ASOFONDOS en la que se indica que el traslado de régimen efectuado por la actora, lo fue con la demandada en dicha fecha, hecho este que fue aceptado por la demandada COLFONOS, por lo que en el presente caso o existe ni la más mínima prueba sobre las circunstancias en las que se rodeó el traslado.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual y probar en el presente juicio dicha asesoría, todo lo anterior, lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Ahora bien, en cuanto a la entidad a la que debe retornar la actora y realizado un nuevo estudio de este temase encuentra que en la actualidad no hacen distinción en relación a la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, de la cual proviene el afiliado, hasta el momento de su traslado, por lo que se recoge cualquier postura de la ponente que en contrario se hubiere proferido con anterioridad, puesto que bajo los actuales precedentes y bajo la figura de la ineficacia del acto jurídico, que es la que se declara en la sentencia en estudio, y es la que últimamente fue decantada por los precedentes de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en relación con el traslado de la demandante desde el Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por lo cual, resulta inane que la afiliada no hubiere estado con anterioridad en COLPENSIONES o en su momento en el I.S.S., puesto que, retornando los hechos al estado anterior al traslado de régimen, es necesario señalar que en la actualidad el régimen de prima media, únicamente se

encuentra a cargo de COLPENSIONES, dada la extinción de la antigua CAJA DE NACIONAL PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) en donde inicialmente estuvo afiliada la demandante, lo cual resulta procedente bajo la figura de la ineficacia decantada en los términos explicados por la jurisprudencia del orden nacional, bajo la preceptiva del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, normatividad generada para la liquidación y terminación de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL.

Por último en cuanto al punto de reproche expresado por la demandada COLPENSIONES, en cuanto a las costas del proceso, se encuentra que el numeral 1 del art. 365 del C.G.P. indica que la parte vencida en un trámite procesal, será condenada en costas, razón por la cual, la imposición de las costas a su cargo, no resulta ser caprichosa, pues fue vencida en el presente trámite procesal.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA
salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO
ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14-2017-125-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIME UCROS BARROS
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la doctora Luz Sthephanie Díaz, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 15 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor JAIME UCROS BARROS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se reliquide la pensión

de invalidez de que disfruta a partir del 15 de febrero de 2010, en cuantía de $2.465.393, junto con reajustes anuales, subsidiariamente solicita se corrija el error aritmético en que incurrió la demandada en resolución 043352 de 2011, modificando el valor de su mesada pensional. (fl. 11).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el Congreso de Colombia, mediante la Ley 1122 de 2006, aprobó el convenio de seguridad social entre Colombia y el Reino de España, siendo promulgado el 6 de junio de 2008, que durante toda su vida laboral, efectuó aportes pensionales en Colombia y España, acumulando un total de 6727 días, de ellos 959 cotizados en España, que la comisión médico – laboral de la Gerencia de Atención al Pensionado del ISS, emitió dictamen de PCL el 18 de junio de 2011, calificándolo con una pérdida de 61.80%, que en razón al total de días cotizados por él para los riesgos de IVM en Colombia y España, 1019 días, el ISS cuantificó la tasa de reemplazo de su prestación en 54%, cuando en realidad le correspondía una tasa de 58.5%, que el 22 de noviembre de 2011, el ISS, le reconoció pensión de invalidez de origen no profesional en cuantía de $973.021, que en dicho acto administrativo se observa que el ISS únicamente tuvo en cuenta para calcular la tasa de reemplazo los días por él cotizados al ISS, desconociendo los valores cotizados a Ferrorcarriles Nacionales y al Reino de España.

Afirma que el IBL de su prestación, calculado con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de cotizaciones, da como resultado $4.214.348 valor que multiplicado por la tasa de reemplazo correcta, arroja como mesada pensional la suma de $2.465.393 efectiva desde el 15 de febrero de 2010. (fls. 9 y 10)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 10, 12, 13 y 15 y negó los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. (fl.49).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante pensión de invalidez a partir del 15 de febrero de 2010 en cuantía inicial de $2.465.354 junto con incrementos legales y mesada adicional, debiendo pagar la demandada las diferencias pensionales generadas, las que liquidadas entre el 15 de febrero de 2010 al 20 de abril de 2019, ascendían a $87.787.611, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con las diferencias causadas con anterioridad al 2 de marzo de 2012, ordenó el pago de las diferencias pensionales adeudadas de manera indexada y absolvió a la demandada de la pretensión de intereses moratorios, condenándola en costas. (fl.88).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de conocimiento que se encontraba acreditado que el demandante era beneficiario de pensión de invalidez, reconocida por el ISS, a partir del 15 de febrero de 2010, la que se le concedió en virtud del dictamen que arrojó la pérdida de su PCL, en más de un 50%, de la misma documental, se extrae que para fijar el monto de la pensión se tuvo en cuenta los tiempos laborados por el actor para Ferrocarriles Nacionales y Cajanal, que ascendían a 2876, para un total de 5708 días, equivalentes a más de 815 semanas, lo que arrojó inicialmente una tasa de reemplazo del 54% y aunque se admitió en dicho acto administrativo que el actor efectuó cotizaciones para el Reino Español, bajo lo dispuesto en la Ley 1112 de 2006, que aprobó el convenio de seguridad social entre Colombia y España y que ascendía a 137 semanas, lo cierto era que no las había contabilizado dentro de las semanas efectivamente cotizadas, afectándose con ello, la tasa de reemplazo aplicable a la prestación, circunstancia que desconoció lo previsto en el artículo 9 de dicho instrumento, según el cual, para determinar la existencia del derecho pensional, totalizar los periodos cumplidos bajo la legislación de la otra parte, determinándose la cuantía de la prestación como si todos los periodos de cotización cumplidos bajo la legislación de la otra parte, determinándose la cuantía de la prestación como si todos los periodos cotizados, hubieran sido bajo la propia legislación, razón por la que el ISS, estaba obligado a incluir dentro del total de cotizaciones los aportes efectuados por el demandante en el reino de España, no obstante, dicha omisión había sido subsanada por la demandada en resolución GNR 63025 del 2016, mediante la cual la demanda

reconoce el demandante cotizó 1021 días en el Reino de España y los adicionada al tiempo cotizado por el actor en Colombia, incrementando la tasa de reemplazo al 58.5%, monto que no fue objeto de controversia, centrándose la discusión en la cuantía del IBL en la resolución en comento, pues aduce que le fue modificado disminuyéndolo respecto de la resolución de reconocimiento pensional, lo que efectivamente se verifica de dichos actos administrativos, pretendiendo el actor que su IBL se fije como se señala a folio 8 del plenario, pedimento que señaló no era posible, pues dicha documental se tornaba ilegible, así también ocurría con el expediente administrativo allegado por la demandada.

Indicó que respecto del IBL de pensión de invalidez, el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, señalaba que este debía calcularse sobre el promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional o durante todo el tiempo laborado si este fuere inferior, en concordancia con los artículos 13 y 15 del convenio aplicado al demandante y que ordena determinar el IBL de aquella forma, sin tener en cuenta los salarios sobre los cuales se cotizó en España. Así las cosas, la demandada había tomado para hallar el IBL en resolución que reliquidó la prestación, el interregno temporal comprendido entre el 5 de noviembre de 1987 y el 15 de octubre de 1998, sobre el que no existió discusión y que involucró todo el tiempo laborado por el demandante, por lo que cuantificado el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, se obtuvo una suma de $4.214.280.50, que coincide casi en su totalidad con el que a mano alzada se registra en la documental que se tornó ilegible, por lo que aplicada la tasa de reemplazo de 58.05% como tasa de reemplazo, la primera mesada del demandante a febrero 15 de 2010, ascendía a $2.465.354, siendo superior a la señalada por la demandada en resolución GNR 63025, habiendo lugar a reajustar la pensión del actor, reconociéndola en dicha cuantía, junto con incrementos y por 13 mesadas anuales, pensión que para el año 2011, equivalía a $2.543.505,72, para el 2012, $2.638.378.49, 2013, $2.702.754,92, 2014 $2.755.188,37, 2015 $2.856.028, 2016 $3.049.381,37, 2017 $3.224.720,80, 2018 $3.356.611.88 y 2019 $3.463.352.14, una vez aplicados los incrementos legales.

Indicó que de resolución de reconocimiento pensional, el valor de la pensión, se distribuyó entre las entidades públicas en la que prestó servicios el

demandante y el ISS a prorrata del tiempo laborado, asumiendo el ISS el pago del 42.75% de dicha pensión y el restante porcentaje se distribuyó entre Ferrocarriles Nacionales, Cajanal y Gobierno de España; no obstante, se observa que el ISS, sólo ordenó el reconocimiento y pago al demandante del porcentaje que le correspondió asumir, esto es la suma de $973.021 para el 2010, $1.003.866 para el 2011 y hasta el 1 de marzo de 2012, reconoció la suma de $1.041.310, a partir del 2 de marzo de 2012 y por efectos del reajuste prestacional que realizó, reconoció la suma de $1.799.395, a partir del 2013, reconoció $1.843.300, para el 2014 $1.879.060, para el 2015, $1.947.864, 2016 $2.079.702, absteniéndose de sufragar el 100% de la mesada pensional que correspondía al demandante, conducta que desconoció su obligación de efectuar el pago completo de la prestación y repetir contra las entidades que participan en el pago de la misma, como lo había señalado la Corte Constitucional, imponiéndose la obligación a Colpensiones de pagar íntegramente la prestación sin perjuicio de recobrar las cuotas partes pensionales.

Declaró prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 2 de marzo de 2012, pues la solicitud de reliquidación pensional se formuló el 2 de marzo de 2015, adeudando la demandada por concepto de diferencias pensionales, $87.787.611; en cuanto a los intereses moratorios, indicó que no eran procedentes pues conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sólo operan para el retardo en el pago de mesadas pensionales, no tratándose de reajustes, debiéndose entonces indexar las diferencias pensionales.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe discusión respecto a que el demandante goza de pensión de invalidez que le fuera reconocida por el ISS, a través de acto administrativo 43352 del 22 de noviembre que fue traída al proceso por la parte demandada en expediente administrativo (fl.76 CD), en aplicación del convenio celebrado entre Colombia y el Reino de España, recogido mediante Ley 1122 de 2006, allí se dispuso que dicha prestación se pagaría en cuotas partes pensionales a cargo del ISS, Ferrocarriles Nacionales, el Reino de España y Cajanal, ascendiendo la mesada pensional para el 15 de febrero de 2010 a $2.276.072, igualmente en dicho acto administrativo, el ISS

únicamente ordenó pagar su cuota parte pensional, que para dicha data, ascendía a $973.021.

Igualmente no fue objeto de reproche que la prestación fue reliquidada por la demandada en resolución GNR 63025 del 26 de febrero de 2016 (fl. 14), en la que aumentó la tasa de reemplazo de 54% a 58.50%, no obstante, como bien lo señaló la juzgadora de primer grado, disminuye el IBL de la prestación, señalando que este asciende a $3.636.079, cuando en la resolución de reconocimiento pensional, como se señaló, indicó que el 100% de la prestación ascendía a $2.276.072, a la cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 54%, de lo que fácilmente se puede deducir que el IBL hallado en la resolución 43352 de 2011, ascendía a $4.214.948.

Hechas las anteriores aclaraciones, se observa que como bien lo indica la decisión de instancia, para efectuar el cálculo de la prestación pensional, se debe tener en cuenta los periodos cotizados para el Reino de España por el demandante, lo que hizo la demandada al reliquidar la prestación, aumentado la tasa de reemplazo al sumar dichos de servicios, pues así lo indica el artículo 6 del precitado convenio aprobado a través de la Ley 1112 de 2006:

> ***ARTÍCULO 9. DETERMINACIÓN DEL DERECHO Y LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES.***
> *Con excepción de lo dispuesto en el artículo 18, el trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte Contratante tendrá derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las condiciones siguientes:*
>
> *1. La Institución Competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación, teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro o cotización acreditados en esa Parte.*
>
> ***2. Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a prestaciones totalizando con los propios los períodos de seguro o cotización cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:***
>
> ***a) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho como si todos los períodos de seguro o cotización totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica);*** *(negrilla fuera del texto original)*

A su vez, para determinar el IBL, la normativa en mención, señala:

> ***ARTÍCULO 15. BASE REGULADORA O INGRESO BASE DE LA LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES.***
> *Para determinar el ingreso base de liquidación para el cálculo de las prestaciones que se reconozcan en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9o, apartado 2 del presente Convenio, la Institución Competente tomará el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales haya cotizado el afiliado en Colombia durante los diez años anteriores al reconocimiento o el promedio de todo el tiempo estimado si éste fuere inferior.*
> *Cuando el período requerido para la determinación de la Base Reguladora de la pensión corresponda a períodos de seguro cubiertos en España, la Institución Competente Colombiana fijará el período de los diez años para la base de cálculo respectiva en relación con la fecha de la última cotización efectuada en Colombia.*
> *La cuantía resultante de este cálculo se ajustará hasta la fecha en que debe devengarse la prestación, de conformidad con su legislación.*

Es así como para hallar el IBL con que corresponde liquidar la prestación, se debe tomar los salarios sobre los que cotizó el actor durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional y aparentemente, así lo hizo la demandada en resolución GNR 63025, indicando que tomó los extremos temporales para hallar este comprendidos entre el 5 de noviembre de 1987 al 15 de octubre de 1998, siendo esta la última cotización efectuada por el actor, como se observa de historia laboral allegada por la demandada, visible a folio 47 del plenario; así las cosas, se procederá a verificar si como lo señala la decisión de primer grado el IBL de la prestación del actor calculado de dicha forma, resulta superior al señalado en acto administrativo en mención.

Realizada la liquidación conforme lo señalado en precedencia, por el grupo liquidador de esta Corporación y que se anexa a este pronunciamiento, se observa que el IBL actualizado al año 2010, asciende a $4.242.623, suma que resulta ser ligeramente superior a la señalada en primer grado y como dichas sumas, no fueron objeto de reparo por la parte demandante, se mantendrá incólume la decisión de primer grado en este aspecto, atendiendo al grado de consulta que se surte en favor de la demandada; por lo que como bien lo señala la parte demandante y contario a lo señalado por la demandada en sus alegaciones, sí hay lugar a reliquidar la prestación del actor, en los términos señalados en la instancia.

Ahora, como bien lo señaló la decisión de primer grado, es Colpensiones quien tiene que asumir el pago completo de la mesada pensional y repetir contra las entidades que participan el pago de esta por su proporción, pues el derecho

pensional del actor, no se puede ver afectado por virtud de tal concurrencia en el pago de su pensión.

Prescripción

Sobre el particular, al demandante le fue reconocido derecho pensional de invalidez mediante resolución 043352 del 22 de noviembre de 2011 (fl.3), solicitó la reliquidación de la prestación ante la demandada el 2 de marzo de 2015 (fl. 9), por lo que como en efecto se señalara en primer grado, se encuentran prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 2 de marzo de 2012.

Teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo, se observa que si bien el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, indica que las diferencias pensionales ascienden a $87.787.611, liquidadas entre el 15 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2019; lo cierto es que efectuada la liquidación de dichas diferencias, entre el 3 de marzo de 2012 al 30 de abril de 2019, arrojan dicha suma, por lo que tal punto, no será objeto de modificación, ya que para liquidar las mismas, se tuvo en cuenta la prescripción bajo estudio, debiéndose **confirmar** la sentencia consultada en su totalidad.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 25-2017-413-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA ELIZABETH LOZANO GARCÍA Y OTROS
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Aida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 18 de julio de 2019 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas vía correo electrónico las de la demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES

ELIZABETH LOZANO, XIMENA LOZANO, FELIPE LOZANO y BERTHA DE LOZANO, por intermedio de apoderado judicial interponen demanda ordinaria

laboral con el fin de que se DECLARE que al señor Enrique Lozano (q.e.p.d), le asiste derecho a la causación y pago de pensión de vejez a partir del 25 de mayo de 2007, como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a la demandada a efectuar el pago de retroactivo pensional correspondiente a la prestación a que tenía derecho en vida el señor Enrique desde el 25 de mayo de 2007, hasta el 5 de julio de 2012, fecha en que se produce su deceso, junto con indexación e intereses de mora. (fl. 4)

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que el señor Enrique Lozano, nació el 4 de septiembre de 1936, por lo que alcanzó 60 años de edad en el año 1996, que contaba con 1096 semanas de cotización comprendidas entre el 4 de febrero de 1960 al 24 de mayo de 2007; por lo que al tener reunidos los requisitos para pensionarse, solicitó dicha prestación ante la demandada el 3 de octubre de 2007, la que le fue negada a través de resolución 037211 del 27 de agosto de 2008, argumentando la demandada que los tiempos cotizados con posterioridad al año 2003, no serían tenidos en cuenta, por no contar con pagos en salud, contra dicha decisión interpuso los recursos de Ley y en resolución 019775 del 7 de mayo de 2009, el ISS, confirma tal negativa, igual ocurre al resolver recurso de apelación en resolución 01267 del 2010, en la cual, la demandada aduce que la entidad Incora, no efectuó cotizaciones durante su vinculación con esta.

Que peticionó nuevamente reconocimiento pensional el 24 de septiembre de 2010, prestación que le fue negada en resolución 022576 de 2011, que ante la reiterada negativa y la entonces avanzada edad del señor Enrique, solicitó intervención de la Procuraduría General de la Nación en su caso y el 29 de junio de 2011, la procuradora Delegada para los asuntos del Trabajo, solicita al entonces director de Atención al Pensionado de la entidad demandada, una respuesta al caso del señor Enrique en un término no superior a 20 días, a pesar de ello, no se profirió respuesta alguna, por lo que la procuradora delgada solicitó iniciar investigación disciplinaria.

Señala que finalmente ante los graves padecimientos de salud del señor Enrique, falleció el 5 de julio de 2012, sin que le fuese reconocida la pensión a que tenía derecho, que finalmente Colpensiones, profiere resolución GNR

383993 del 19 de diciembre de 2016, reconociendo al señor Enrique pensión de vejez post – mortem; no obstante, aplicó el fenómeno prescriptivo sin tener en cuenta la petición que fuera elevada desde el año 2011, fecha que no se tomó en cuenta para contabilizar dicho fenómeno, por lo que se interpone contra dicho acto administrativo los recursos de Ley, siendo confirmada la misma por la demandada. (fls.1 a 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Colpensiones, se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1 a 9, 11, 12, 18 y 19, negó los No. 13 y 15 a 17 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 99)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento **absolvió** a la demanda de todas las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe y no condenó en costas. (fl.179)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Procede analizar si es viable reconocer la pensión de vejez post mortem que ha causado el señor Enrique Lozano Castañeda en paz descanse a favor de sus beneficiarios hijos y cónyuge supérstite a partir del 25 de mayo 2007 cancelando el retroactivo pensional correspondiente a la mesa de pensión post mortem comprendidas entre el 25 de mayo de 2007 hasta el 5 de julio de 2002 fecha deceso al cotizante si procede o no el reconocimiento de interés moratorio sumas debidamente indizadas y costas del proceso.

Para estudiar lo pertinente al tema, en primer término, se debe establecer si es aplicable al aquí demandante Lozano Castañeda el régimen de transición que establece el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por ello se analiza la documental allegada al proceso encontramos la resolución es 037 211 del 27 de agosto de 2011 dónde esa anualidad se reconoció al fenecido como beneficiario del régimen de transición y así mismo lo sostiene la entidad pensional y la resolución GNR 38 3993 emitida por Colpensiones el 19 de diciembre 2016 visibles a folios 60 y 63 del plenario en donde mantiene dicho beneficio del régimen de transición a los parámetros establecidos en el artículo 7 de la ley 71 de 1988 como quiera que ese es el régimen y con el que venía el demandante a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y en ese sentido es la norma aplicable al estudio de su pensión al constatar el proceso si el demandante acreditó dicho requisito encuentra el Juzgado que el causante nació el 4 de septiembre de 1932, cumpliendo la edad requerida para la pensión el 4 de septiembre de 1996, también presenta tiempos público cotizados a otras cajas y privados cotizados; visto lo anterior se tiene entonces que la accionante acreditó un total de 7673 días estos es más de 21 años de servicios equivalentes a 1096 semanas.

Ahora bien condenar a la demandada a reconocer la pensión de jubilación por aportes de conformidad con la ley 71 de 1988 a partir del 25 de mayo del 2007, no es procedente analizando que la misma ya reconocida por Colpensiones mediante resolución GNR 383993 según consta a folio 60 del plenario con un IBL de 2817809 por 75% arrojando

una cuantía inicial de 2384393 a partir del 27 de enero de 2006 tiempo este que es anterior a la fecha petición implorada por los demandantes en su calidad de hijos y cónyuge supérstite del causante, así las cosas se configura una razón de peso y para este juzgado acepte esta decisión adoptada por la entidad pensional y en consecuencia no se modificará la fecha del estatus de la pensión reconocida al de cuyos en el acto administrativo ya mencionado, por lo anteriormente expuesto, se absolverá a la demandada de esta pretensión y se procede a estudiar el reconocimiento retroactivo pensional intereses moratorios e indexación de las sumas si a ello hubiere lugar.

Del retroactivo pensional solicitado se repara que a partir de 3 octubre de 2007 el asegurado Lozano Castañeda presenta reclamación de su pensión de jubilación ante el ISS hoy colpensiones según se deduce de lo afirmado por la entidad pensional resolución 037211 del 27 agosto de 2008 folios 23 al 26, por la cual se negó la prestación pensional perseguida para ese entonces por las razones motivas en ese acto administrativo, por consiguiente se tiene que el asegurado presentó en nombre propio los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra el acto administrativo ya mencionado escrito recursos a folios 27 a 33 del expediente expresando su inconformidad recurso inicial de reposición fue desatado por el ISS mediante acto 019 775 del 7 de mayo 2009 folios 34 36 del plenario donde se resuelve confirmar la resolución número 037 211 del 27 agosto 2007 y en consecuencia concede el recurso apelación ante la gerencia seccional Cundinamarca del seguro social, acto seguido el ISS mediante resolución número 01267 del 9 abril de 2016 folios 41 a 43 de la demanda resolvió el recurso de apelación contra la resolución número 037 211 del 27 agosto 2007 motivando su decisión con los siguientes argumentos y se citan "(...) concluyendo así dice confirmar entonces la resolución número 037 211 del 27 agosto 2007 por la cual se negó la pensión de vejez y jubilación al solicitante haciéndole saber al peticionario que ha quedado agotada la vía gubernativa" del folio 43 luego entonces es evidente que el asegurado fallecido ante las negativas por parte de la entidad personal presente derecho petición ante la gerencia seccional Cundinamarca con fecha 24 de septiembre de 2010 insistiendo una vez más por el reconocimiento de la pensión de vejez pero ahora bajo los parámetros establecidos por el decreto 758 de 1993 como consta a folio 44 solicitud que se resolvió mediante resolución número 022 576 del 29 de junio del 2011 folios 45 a 48 de la resolución del instituto seguro social donde la entidad pensional decide no acceder a lo solicitado motivado en su decisión en las razones que se observan en la documental sumado a que dicho acto administrativo se le comunicó que contra el mismo de conformidad con los artículos 44 y 45 del CCA no procede recurso alguno pero con fecha 20 de mayo 2011 el señor Lozano Castañeda acudió ante la Procuraduría General de la Nación a través de la delegada para asuntos del trabajo y la seguridad social manifestando que sí tiene derecho a la pensión de vejez y que el seguro social le está negando el derecho a su pensión vulnerando los derechos a la vida seguro social y el debido proceso conforme a la documental vista a folios 49 a 59 del expediente solicitud pensional resuelta por Colpensiones mediante acto administrativo GNR 383993 del 19 diciembre 2016 folio 60 a 63 del expediente reconociendo la pensión de jubilación por aportes de conformidad con la ley 71 de 1988 con fecha de estatus 27 enero 2006 y fecha de efectividad y disfrute de la misma a partir del 3 de agosto de 2013 aplicando un IBL igual 2.817.809 por 75% igual mesada inicial en cuantía de $2.384.393 a corte de nómina teniendo en cuenta a su vez que el señor Lozano Castañeda que en paz descanse falleció el pasado 5 de julio de 2012 y así está debidamente acreditado a folio 63 y 67 vuelto pues obra en el expediente Registro Civil de defunción y en los actos administrativos de los años 2016 y 2017 la entidad pensional tiene pleno conocimiento del deceso de este asegurado, no obstante al fallecimiento Colpensiones en dicho acto administrativo motivo razones del porqué no se reconoció retroactivo pensional alguno a favor del solicitante el apoderado de la cónyuge e hijos ellos como quiera que se configuró el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas, manifestando lo siguiente "(...)"finalmente los presuntos herederos del causante y demandantes actuando por intermedio de apoderado judicial en un recurso apelación contra la resolución anteriormente citada solicitan en síntesis se revoca parcialmente la resolución GNR 383993 del 19 diciembre 2016 en el sentido que se reconozca y pague debidamente indexada la pensión de vejez post mortem que tenían vida señor Enrique Lozano Castañeda desde el 1 de junio del 2007 y hasta el 5 de julio de 2012 fecha en la cual se produce su muerte y en consecuencia se reconozcan los intereses por Mora conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993 recurso de este que fue desatado mediante resolución DIR 2895 del 5 de abril de 2017 vista folio 67 y 68 del plenario por la cual se confirma en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida GNR 383993 del 19 diciembre del 2016 haciéndole saber una vez más al peticionario que ha quedado agotado la vía gubernativa conforme a lo dicho en el folio 68 vuelto.

Así las cosas encuentra juzgado que las mesadas contentivas entre 25 de mayo 2007 como lo solicitan al 5 de julio de 2012 fecha del fallecimiento del cotizante se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción de conformidad a lo preceptuado en el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social que dice "(…)" tal como dio aplicación Colpensiones al caso en concreto del actor señor Enrique Lozano Castañeda igual manera como 488 código sustantivo del trabajo como regla general establece (…) y complementó con este artículo se relaciona articulo 489 código sustantivo del trabajo que dice (…) recordemos que en este tema el referente constitucional la entre otras las tutelas ola tutela 4.615.05 (…) igualmente y sobre este tema se trae cuento también la sentencia de la Corte Suprema justicia la SL 12856 de 2016 radicado 47 099 del 19 Julio 2016 el cual dijo "(…)" es claro para el juzgado que las acciones para efectos del fenómeno la prescripción se interrumpe por una sola vez y en el caso que hoy nos ocupa, así ocurrió y una vez cumplidos los requisitos para acceder a su pensión de vejez que contaba con 3 años para presentar la solicitud y lo obedeció al término pero no acudió a la jurisdicción para conservar interrumpido dicho terminó sino que por el contrario siguió insistiendo administrativamente ante la entidad que una y otra vez negó la pensión por diversos motivos, de allí que el asegurado habiendo cumplido requisitos en el año 2007 tenía el termino de 3 años para iniciar la acción ordinaria pertinente y evitar así que lo operan el fenómeno de la prescripción, esto es hasta el 2010, pero nuevamente instaura derecho petición en fecha 24 de septiembre de 2010 el cual fue resuelto pasado 21 de junio 2011 mientras solución 022576 contrario sensu el mismo causante procedió a elevar una nueva petición pero esta vez ante la procuraduría delegada para los asuntos del trabajo y la seguridad social de fecha 20 de mayo de 2011 la cual fue radicada nuevamente colpensiones el 3 de agosto 2016 como consta a folio 59 según sello sticker de Colpensiones solicitud que fue resuelta resolución GNR 383993 del 19 diciembre de 2016 acto administrativo nuevamente recurrida en apelación en fecha 30 de marzo de 2017 recurso resuelto en resolución 2895 del 5 abril de 2017 folio 67 y 68 nótese que estás solicitudes contadas desde el 3 de agosto de 2016 son de manera extemporánea de la primera interrupción del término de precisión por tanto no operó una segunda interrupción y en ese sentido le es dable a este operador judicial avalar decidido por colpensiones en la resolución que GNR 383993 del 19 de diciembre 2016 al reconocer como fecha de efectividad y disfrute de la pensión a partir de agosto 3 de agosto 2013 y no como se solicita por los accionantes.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante,** en los siguientes términos:

En el sentido en que se manifiesta en la decisión que el accionante dejó vencer el termino de prescripción después de la última solicitud presentada sin acudir a la jurisdicción ordinaria lo que no resulta cierto en atención que no fue por su propia voluntad como lo ha exigido la Corte Sala laboral para que proceda el fenómeno de la prescripción que castiga la dejadez o la inercia para solicitar el cumplimiento de la obligación por parte del titular del derecho toda vez que se presentó por su deceso el día 5 de julio de 2012, término dentro del cual se encontraba dentro de los tres años antes de que prescribiera su derecho razón por la cual tampoco se tuvo en cuenta la solicitud elevada por la procuraduría general de la Nación quien debe propender por los derechos de las personas que acuden ante ella y que el mismo no fue contestado en su momento ni por el seguro social ni por la entidad Colpensiones quien es la entidad que debe resolver las solicitudes elevadas ante el ISS y no resueltas por este de conformidad con los artículos, para haber resuelto para haber acogido las solicitudes que tenía que resolver en su momento el ISS por consiguiente en el presente caso no se observa el fenómeno de la prescripción dado esta situación en razón a que desde 2011 antes del fallecimiento del señor lozano Castañeda este había presentado solicitud por intermedio de la procuraduría general de la nación, por tanto le correspondía al ISS resolver a estas solicitudes dentro del término antes que operara el fenómeno de la prescripción o a la entidad Colpensiones que asumió estas obligaciones a partir del 2012 en el mes de julio teniendo finalmente reiterando que el fallecido no tuvo la oportunidad de acudir a la jurisdicción ordinaria en atención a su deceso.

CONSIDERACIONES

Conforme lo previsto en el artículo 66A del CPTS, la sala determinará si el retroactivo pensional reclamado por los aquí demandantes, producto del reconocimiento pensional post – morten del señor Enrique Lozano, se encuentra afectado del fenómeno de la prescripción.

El mencionado derecho pensional, fue reconocido por la demandada a través de acto administrativo GNR383993 del 19 de diciembre de 2016 (fl. 60), indicando la demandada que como quiera que la última reclamación administrativa para dicho reconocimiento, fue elevada el 3 de agosto de 2016, había lugar a reconocer la prestación a partir de agosto de 2013, no obstante ante el fallecimiento del señor Enrique Lozano el 5 de julio de 2012, atendiendo la fenómeno de la prescripción no se generaba retroactivo a favor de los herederos, pudiendo optar por la sustitución pensional, previo cumplimiento de los requisitos para el efecto.

A este respecto, se observa que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C P del T y de la S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales y las leyes sociales.

Es clara así la ley en cuanto a la prescripción de las acciones que emanen de leyes sociales, señalando específicamente el art. 151 del C.P.T y S.S que:

> *"**Las acciones que emanen de las leyes sociales** prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".*

Como es bien sabido, el derecho pensional es imprescriptible, no ocurriendo lo propio respecto de las mesadas derivadas de este no reclamadas oportunamente, al respecto, reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento radicado No. 63169 del 27 de marzo de 2019, M.P. Fernando Castillo Cadena:

"Toda vez que la demandada propuso la excepción de prescripción, estatuida en el artículo 151 del CPTSS, bajo el entendido que las acciones que emanen de las leyes sociales del trabajo prescriben en tres años desde que la obligación se haya hecho exigible, con la posibilidad de que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe dicho plazo por un lapso igual al inicial.

En ese orden, dado que la prestación de vejez como tal no prescribe por tratarse de un derecho social de carácter periódico, ***el término extintivo solamente afecta aquellas mesadas individualmente consideradas, no reclamadas en el citado periodo trienal".*** *(negrilla fuera del texto original)*

De tal manera, no le asiste razón a la recurrente en este aspecto, al encontrarse estando probado en el presente que como bien lo señaló el Juez de instancia, el retroactivo pensional reclamado, que se generara desde que el señor Enrique Lozano, adquirió el estatus de pensionado (27 de enero de 2006), a la fecha de su deceso que corresponde al 5 de julio de 2012, se encuentra prescrito, pues como se señaló en la decisión bajo estudio, la primera solicitud ante la demandada para que efectuara reconocimiento pensional, tuvo lugar el 3 de octubre de 2007 (fl. 23), dicha reclamación dio lugar a la expedición de las resoluciones 37211 del 27 de agosto de 2008, 19775 del 7 de mayo de 2009, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo primigenio, que resolvió la solicitud y finalmente, se expidió por el entonces ISS, la resolución 1267 del 9 de abril de 2010, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución expedida en el año 2008, en esta última, el entonces ISS, le hace saber que queda agotada la vía gubernativa; así las cosas, es bien sabido que al agotamiento interrumpe el término prescriptivo **por una sola vez,** como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justica en pronunciamiento radicado No. 79201, del 18 de septiembre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

Del anterior recuento se advierte que al 29 de julio de 2015, fecha en la que instauró la demanda ordinaria laboral -según acta de reparto de folio 51-, se encontraban prescritas las mesadas exigibles antes del 4 de abril de 2011, teniendo en cuenta que las reclamaciones elevadas por cada periodo pensional, ***interrumpieron por una sola vez el término prescriptivo****, según quedó visto a espacio.*

Lo anterior, no significa que la Corte avale la actitud pasiva de Colpensiones y mucho menos que se le permita sacar provecho de su actuar. Se reitera que la demandante estuvo habilitada para acudir a jurisdicción ordinaria desde el 14 de junio de 2007, fecha en la que se agotó la vía gubernativa frente a las resoluciones 037738 de 21 de septiembre de 2006 y 011601 de 29 de marzo de 2007 y, pese a ello, la interesada, en ejercicio libre de su derecho de acción optó por postergarlo hasta el año 2015, de modo que le es imputable a ella la demora en acudir a la jurisdicción. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se observa que como se anotó, al quedar agotada la vía gubernativa con la resolución 1267 del 9 de abril de 2010, los accionantes, tenían hasta el año 2013, para interponer la acción judicial y así impedir que se configurara el término prescriptivo sobre la totalidad de las mesadas que se causaran entre la fecha en que el señor Enrique adquirió el status de pensionado, 27 de enero 2006 y 5 de julio de 2012, fecha de su deceso; no obstante, la acción interpuesta, fue presentada el 21 de julio de 2017 (fl. 80), configurándose como lo señala la entidad demandada en sus alegaciones, el fenómeno prescriptivo sobre el retroactivo reclamado, sin que las demás reclamaciones tenga la virtualidad de interrumpir la prescripción, pues si bien la pensión es una prestación periódica, la solicitud que nuevamente se elevara el 24 de septiembre de 2010 ante el ISS, que dio lugar a la expedición de la resolución 022576 y que fuera notificada el 18 de agosto de 2011 (folio 45), le hizo saber al señor Enrique que quedaba agotada la vía gubernativa, sin que este acudiera a la jurisdicción en el año 2014 y finalmente con la solicitud elevada a través la procuraduría el 3 de agosto de 2016, recaía el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas generadas antes del 3 de agosto de 2013, data para la cual, el señor Enrique había fallecido, siendo estas mesadas parte de la sustitución pensional reconocida con posterioridad a la señora Bertha de Lozano, es así como nada impedía al causante o a los acá demandantes acudir a la jurisdicción desde el año 2010, data para la cual, el señor Enrique aún no había fallecido, ante la negativa de la demandada de efectuar reconocimiento pensional a su favor, razones suficiente para **confirmar** la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29 2018 0468 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: PABLO ANTONIO GORDILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Aida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor PABLO GORDILLO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se CONDENE a la demandada a reconocerle incremento pensional por persona a cargo, junto con retroactivo causado desde el 28 de noviembre de 2003 e indexación. (fl. 17).

Fundamentó sus pretensiones señalando que el ISS, le reconoció pensión de vejez a través de resolución 29001 del 2004, a partir del 28 de noviembre de 2003, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990, pues es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que convive en unión marital de hecho con la señora Yolanda Gil hace 18 años de manera ininterrumpida, quien depende económicamente de él, ya que no trabaja ni recibe pensión alguna, que el ISS en resolución de reconocimiento pensional, omitió reconocer los incrementos pensionales, sobre los que no se ha producido ningún tipo de derogatoria y agotó reclamación administrativa ante la demandada el 9 de febrero de 2018, solicitando el reconocimiento de dicho incremento, solicitud de la que no ha obtenido respuesta. (fl. 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 2, 5 y 7, negó el No. 6 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por el régimen de transición, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, pago y buena fe. (fl.29).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, decidió CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante incremento pensional por compañera permanente a cargo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre los incrementos causados con anterioridad al 9 de febrero de 2015 y la condenó en costas. (fl. 52).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la Sala Laboral había señalado que los incrementos pensionales, no habían sido derogados, teniendo derecho a ellos los pensionados a quienes se le hubiera aplicado el Acuerdo 049 de 1990, por derecho propio o en virtud del régimen de transición, siendo esta la posición que se mantenía en la actualidad; no obstante, la Corte Constitucional, había emitido comunicado de sentencia SU 140 de 2019, sin embargo era sólo un comunicado donde al parecer se señalaba que estos incrementos no eran aplicables, no habiéndose publicado la sentencia y el comunicado no era aplicable.

Indicó que se encontraba acreditada la calidad de pensionado del actor, bajo los parámetros del régimen de transición y su pensión se reconoció conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; en cuanto a la dependencia económica de la compañera permanente del actor, se había aportado declaración extrajuicio que daba cuenta de tal dependencia y de la convivencia de la pareja, se había recepcionado testimonial que igualmente dio cuenta de dicha dependencia económica y la demandante se encontraba afiliada al nivel I del sisbén, por lo que se cumplían los requisitos para el otorgamiento del incremento peticionado.

Señaló en cuanto a la prescripción que sobre este punto, también había posiciones contrarios en cuanto a lo dicho por la Corte Suprema y la Corte Constitucional, esta última había señalado que operaba parcialmente el fenómeno prescriptivo sólo respecto de los incrementos dejados de reclamar en tiempo y el despacho consideraba que a la luz de los principios que orientaban el derecho a la seguridad social, declarar la prescripción total de dichos incrementos afecta el mínimo vital y más en el caso del actor que devengaba una pensión mínima, por lo que el juzgado acogía la postura de la Corte Constitucional en cuanto a la prescripción y teniendo en cuenta que el actor agotó la reclamación administrativa en el 2018, se declaraba probado este medio exceptivo respecto de los incrementos causados con anterioridad al 9 de febrero de 2015, debiéndose pagar este por 13 mesadas al año.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandada** que el objeto del sistema pensional, es garantizar el amparo contra las contingencias de IVM y el régimen contemplado en la Ley 100 de 1993, condensaba las prestaciones a reconocer a los afiliados de dicho sistema y no contemplaba el reconocimiento de incrementos pensionales, pues tales prestaciones se cimentaban sobre las cotizaciones efectuadas por los afiliados, no asistiendo derecho al reconocimiento de incrementos, pues al momento en que el demandante cumplió los requisitos para obtener pensión de vejez, estos se encontraban derogados y la Ley 100 de 1993, no hizo alusión alguna a ello, siendo que estos no constituían parte integrante de la pensión y en caso de que se acepte que no están derogados, prescriben en su totalidad sino se reclaman dentro de los 3 años siguientes al reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Pablo Gordillo, le fue reconocida pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 28 de noviembre de 2003, como se verifica de acto administrativo 029001 de 2004 (fl. 13) expedido por el ISS, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, como bien lo señala la decisión de primer grado, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, en cuanto al incremento peticionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

> *"Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.*
>
> *…Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."*

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que como lo indica la recurrente, los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, sentencia que en la actualidad, ya se encuentra debidamente publicada, no siendo de recibo la afirmación del demandante en sus alegaciones, según la cual, dicho criterio jurisprudencial sólo aplicaba para casos puestos a consideración luego de expedida la sentencia en comento, pues en esta decisión la Corte Constitucional, somete a estudio situaciones de pensionados que solicitan reconocimiento de incremento pensional, en sede judicial, **previo** a la expedición de dicha sentencia, aunado a lo cual, claramente señala que los incrementos, fueron derogados luego de expedida

la Ley 100 de 1993, por lo que es este el límite temporal que se debe tener en cuenta para aplicar tal posición jurisprudencial y no la fecha de la sentencia.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor PABLO GORDILLO a partir del 28 de noviembre de 2003, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **revocarse** la sentencia apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia, igualmente se revoca la condena por este concepto impuesta en primera instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra, conforme las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, se **revoca** la condena impuesta por este concepto en primer grado.

Las partes se notifican por edicto, de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37 2018 0470 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: EDUARDO ENRIQUE PRADO
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 4 de junio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor EDUARDO PRADO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por compañera permanente a cargo, junto con retroactivo causado e indexación. (fl. 5).

Fundamentó sus pretensiones señalando que el ISS, le reconoció pensión de vejez a través de resolución 30223 del 13 de octubre de 2010, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990, pues es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tiene unión marital de hecho con la señora Olga Machado con quien convive y quien no recibe ingreso

alguno por ningún concepto, que presentó reclamación administrativa ante la demandada el 2 de noviembre de 2017, de la que no ha recibido respuesta. (fl. 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1 a 3 y 6 manifestó no constarle los No. 4 y 5 y negó el No. 7; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC o reajuste alguno. (fl.55).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, decidió NEGAR las pretensiones de demanda y como consecuencia de ello, ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante. (fl.70).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que si bien la sentencia SU 140 de 2019, no se había publicado para la fecha, los apartes más importantes de esta, se encontraban en dicho comunicado de prensa, aunado a que dicha sentencia se había proferido en reemplazo de la SU 310, en la que la Corte Constitucional había señalado que los incrementos pensionales por persona a cargo, habían sufrido derogatoria con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, para aquellos afiliados pensionados bajo los parámetros del régimen de transición, a menos de que hubieran adquirido derecho pensional con anterioridad al 1 de abril de 1994, correspondiendo estudiar si el demandante, había causado pensión antes de dicha data y verificado el acto administrativo de reconocimiento pensional, al actor se le había concedido pensión de vejez a partir del 7 de abril de 2010, esto es con posterioridad al 1 de abril de 1994, por lo que para el caso del demandante, no estaban vigentes los incrementos peticionados para la fecha en que adquirió derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandante** que cumplía con los requisitos para que le fuera reconocido incremento pensional peticionado, teniendo en cuenta que

la Corte Suprema de Justicia desde el 2009, había señalado que los incrementos se encontraban vigentes, luego de promulgada la Ley 100 de 1993 y la sentencia SU 140 de 2019, no se conocía en su totalidad aún, debiéndose acoger el principio de favorabilidad, acogiendo los criterios de sentencias según las cuales, los incrementos se encontraban vigentes.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Eduardo Prado, le fue reconocida pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 7 de abril de 2010, como se verifica de acto administrativo 030223 de 2010 (fl. 8) expedido por el ISS, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, como bien lo señala la juzgadora de instancia, en cuanto al incremento peticionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

> *"Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.*
>
> *…Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos."*

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, sentencia que en la

actualidad, ya se encuentra debidamente publicada, no siendo posible como manifiesta la recurrente, aplicar el principio de favorabilidad, pues este opera cuando existen dos normas vigentes y se itera, conforme criterio jurisprudencial en cita, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se encuentra derogado y contrario a lo manifestado por la parte demandante en sus alegaciones, nada impide a la suscrita acoger el criterio expuesto en la precitada sentencia SU 140 de 2019.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor EDUARDO PRADO a partir del 7 de abril de 2010, se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Por último, en cuanto a la solicitud de la parte demandante en sus alegaciones, quien peticiona se revoque la condena en costas, se observa que el numeral 1 del artículo 365 del CGP, indica que la parte vencida en el trámite procesal, será condenada en costas; razón por la cual, la imposición de costas a su cargo, no resulta ser caprichosa, pues fue vencido durante el trámite procesal.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto, de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20 2018 0640 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ÉGAR ROJAS VANEGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Mónica Esperanza Tasco, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada y parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor ÉDGAR ROJAS, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se DECLARE que percibe una pensión de invalidez que asciende a un salario mínimo, que es esposo de la señora Ligia Acero, quien no recibe ingreso alguno por ningún concepto y por ende depende de su prestación pensional, como consecuencia de tales

declaraciones, peticiona se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor incremento pensional del 14% desde agosto de 2015, por cónyuge a cargo, junto con intereses moratorios. (fls. 4 y 5).

Fundamentó sus pretensiones señalando que la demandada le reconoció pensión de invalidez a través de resolución GNR 346286 del 2 de octubre de 2014, en cuantía de 1 SMLV, que tiene a su cargo la manutención de la señora Ligia Acero, quien es su esposa, que en el año 2018 solicitó ante la demandada reconocimiento de incremento pensional, el que le fue negado el 28 de agosto de ese año. (fls. 5 7 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 2, y 6 a 8, negó el No. 9 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación al reconocimiento de incrementos pensionales, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990, improcedencia de los intereses, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción. (fl.22).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la entidad demanda y la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante. (fl. 122).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que se había probado el vínculo matrimonial del actor y su esposa, allegándose igualmente declaración extra judicial en la que se señala que la esposa del actor depende de este, resolución de reconocimiento pensional, advirtiendo que le asistía razón a la demandada al oponerse a las pretensiones, pues si bien se encontraba acreditada la condición de pensionado del actor, lo cierto es que dicha prestación, se había concedido bajo los apremios de la Ley 860 de 2003 y no del Acuerdo 049 de 1990, por lo que no había lugar a aplicar esta última normatividad para el caso del actor, no habiendo lugar a conceder el incremento pensional peticionado, aunado a lo cual la Corte Constitucional a través de la sentencia SU 140 de 2019, vinculante para todos los operadores jurídicos, unificó el tema respecto de la vigencia de dichos incrementos,

señalando que habían sido derogados el 1 de abril de 1994, aún para quienes se encontraran inmersos en el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y como quiera que el actor había adquirido derecho pensional en el año 2013 y con fundamento en la Ley 860 de 2003, no era beneficiario de tales incrementos.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandante** que el incremento pensional, era reconocido desde 1990 a las pensiones del salario mínimo y para el caso del actor, devengaba un mínimo, siendo su situación precaria, ya que él no se podía movilizar por sí solo, debido a su invalidez y se encontraba demostrado que la señora Ligia era la esposa del demandante y dependía de él, aunado a que no se podía dar aplicación a las previsiones de la sentencia SU 140 de 2019, porque no tenía aplicación retroactiva.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Édgar Rojas, le fue reconocida pensión de invalidez en aplicación de la Ley 860 de 2003, modificatorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, como se verifica de acto administrativo GNR 346286 de 2014 (fl. 13) expedido por la entidad demandada.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, es claro en el presente que si bien el actor invoca la aplicación de la normatividad antes transcrita, salta a la vista que para su caso no hay lugar siquiera a estudiar la vigencia de este precepto, para determinar si cumple los requisitos previstos en este, toda vez que quedó demostrado que adquirió prestación pensional bajo los parámetros de la Ley 860 de 2003, no siendo aplicable para su caso, el Acuerdo 049 de 1990, por lo que no resulta de recibo la afirmación del recurrente, según la cual este incremento se reconoce a quienes devengan una pensión mínima, pues sólo se encontraba previsto para quienes se pensionaran bajo los parámetros del

Acuerdo 049 de 1990, caso que se itera, no es el del actor como bien lo indica la demandada en sus alegaciones.

De conformidad con lo anterior y en gracia de discusión si el actor se hubiera pensionado bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición, nada impide a la suscrita acoger los preceptos señalados en sentencia SU 140 de 2019, según la cual, los incrementos pensionales fenecieron con ocasión de la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, sentencia que en la actualidad, ya se encuentra debidamente publicada, no siendo de recibo la afirmación del demandante en sus alegaciones, según la cual, dicho criterio jurisprudencial sólo aplicaba para casos puestos a consideración luego de expedida la sentencia en comento, pues en esta decisión la Corte Constitucional, somete a estudio situaciones de pensionados que solicitan reconocimiento de incremento pensional, en sede judicial, **previo** a la expedición de dicha sentencia, aunado a lo cual, claramente señala que los incrementos, fueron derogados luego de expedida la Ley 100 de 1993, por lo que es este el límite temporal que se debe tener en cuenta para aplicar tal posición jurisprudencial y no la fecha de la sentencia; así las cosas, habrá de **confirmarse** la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto, de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO