

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SORAYDA LIMAS ZAPATA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Rad. 2015 – 00142 02 Juz. 16.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SORAYDA LIMAS ZAPATA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 21 a 22.

- Pensión de sobrevivientes.
- Retroactivo.
- Pensión post mortem del causante.
- Intereses Moratorios.
- Indexación.
- Ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 23 y 24. Convivio con Luis Alberto Linares Lozano por más de 25 años hasta su fallecimiento el 26 de septiembre de 2011, compartiendo lecho y techo, de esa unión nacieron dos hijos Andrés Camilo y Dennys Mazzuly Linares Limas que para el momento de presentación de la demanda tenían 24 y 20 años de edad respectivamente. Con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes ella en nombre propio y en representación de sus hijos y la señora Beatriz Cruz Peña, la cual fue negada a todos, no obstante mediante decisión del 19 de febrero de 2014 Colpensiones reconoció la pensión de vejez post mortem, reconociendo un retroactivo de \$21.463.978 la cual sería

reconocida a sus herederos, pero dejó en suspenso el posible derecho a la pensión de sobrevivientes y en cuanto a los hijos les requirió probar sus estudios.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 49 a 56. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta todos como ciertos excepto el tiempo de convivencia con el causante y que sus hijos tengan algún derecho.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos fuera del ordenamiento legal, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas y no pago de los intereses moratorios.

Acumulación

El juez A quo mediante providencia del 11 de agosto de 2016 ordenó la acumulación a este proceso de la demanda que inició **BEATRIZ CRUZ PEÑA** en contra de COLPENSIONES y en el cual se había ordenado la integración como Litisconsortes necesarios a SORAYDA LIMAS ZAPATA, ANDRÉS CAMILO LINARES LIMAS y DENNYS MAZZULY LINARES LIMAS y que se encontraba tramitando en el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2015 – 00773, demanda en la cual se solicitó se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5 Cuaderno 2.

- Pensión de sobrevivientes.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.
- Ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda acumulada se describen a fls. 3 a 5 Cuaderno 2. Contrajo matrimonio con Luis Alberto Linares Solano el 6 de septiembre de 1969 y convivió con él hasta su fallecimiento el 26 de septiembre de 2011, de esa unión nacieron tres hijos los cuales ya son mayores de edad y se sostienen por sí mismos. Nunca se divorciaron y mantuvieron la sociedad conyugal. Su esposo para el momento de su fallecimiento se encontraba cotizando y no se encontraba pensionado. El 9 de mayo de 2012 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la cual fue negada mediante decisión del 30 de agosto de 2013, contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, los

cuales se resolvieron confirmando la decisión inicial, en la última decisión la demandada además de reconocer la pensión de vejez de post mortem por el fallecimiento de su cónyuge afirma que también reclamaron la pensión Zoraida Limas Zapata y sus hijos Dennys Mazzuly y Andres Camilo Linares Limas. Conocía que su esposo había tenido otros hijos por fuera del matrimonio pero no le consta que conviviera con otra señora. Para el momento del fallecimiento del causante dependía económicamente de él.

SORAYDA LIMAS ZAPATA, ANDRÉS CAMILO LINARES LIMAS y DENNYS MAZZULY LINARES LIMAS contestaron la demanda acumulada en los términos del escrito visible a fls. 64 a 70 Cuaderno 2.

- Se opusieron a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptaron todos como ciertos excepto los pormenores de la convivencia con el causante y que no conocía de la existencia de la compañera permanente del causante.
- Formularon como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo debido.

Mediante auto del 20 de junio del 2018 se da por no contestada la demanda acumulada por parte de COLPENSIONES (fl. 155 Cuaderno 1).

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar a la demandada Colpensiones al reconocimiento y pago a favor de Sorayda Limas Zapata y Beatriz Cruz Peña la pensión de sobrevivientes por muerte de Luis Alberto Linares Solano en proporción del 53,06% y 46,94% de la pensión que le fue reconocida post mortem al causante a partir del 27 de septiembre del año 2011, debidamente indexado, pensión que se incrementara conforme se extinga el derecho a alguna de las demandantes. Llegó a tal decisión luego de establecer las demandantes demostraron que convivieron con el causante en diferentes épocas; con Beatriz Cruz Peña como cónyuge desde su matrimonio hasta el año 1991 y con Sorayda Limas Zapata como compañera permanente desde 1992 hasta su fallecimiento, sin que resulte procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la hija del causante Dennis ya que si bien para el momento del fallecimiento tenía 17 años de edad no acreditó que estuviera estudiando. Negó el reconocimiento del retroactivo que dejo en suspenso Colpensiones pues al haberse causado antes del fallecimiento del causante le corresponderá a quien demuestre ser su heredero.

Recurso de Apelación

La apoderada de la **demandante** Sorayda Limas Zapata interpuso recurso de apelación para que se modifique la sentencia en cuanto al porcentaje que le corresponde a Sorayda ya que el interrogatorio de parte indicó que inicio la convivencia con el causante desde 1991 y no desde el año 1992 como lo señaló el juez y además se debe tener en cuenta que a folio 20 del expediente obra una declaración suscrita por Beatriz Cruz Peña donde reconoce que convivió con el causante hasta el año 1987. Agrega que se debe reconocer la pensión a los hijos del causante Andrés Camilo y Dennys Mazzuly pues contrario a lo señalado por el juez dentro del expediente administrativo se acreditó que se encontraban estudiando.

La apoderada de la **demandada Colpensiones** interpone recurso de apelación, solicitando la modificación sentencia, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción ya que el causante falleció en el año 2011 y la presentación de la demanda se hizo solo hasta el año 2015.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Las demandantes se abstuvieron de presentar alegatos.

Parte demandada

Colpensiones: Indica que como quiera que esa entidad actuando conforme la ley dejó en suspenso el derecho a la pensión de sobrevivientes que dejó causada Luis Alberto Linares Solano, es al juez laboral quien le corresponde determinar quién debe sustituir esa pensión, conforme a las pruebas allegadas al proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta los puntos en los que fue condenada la Colpensiones y que no fueron apelados¹.

¹ Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documentales obrantes en el expediente administrativo allegado de forma magnética (fl. 169) donde consta que afirma que tanto Beatriz Cruz Peña como Sorayda Limas Zapata solicitaron los días 9 de mayo y el 5 de julio de 2012 respectivamente, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado del causante

No es tema de controversia la calidad de pensionado de Luis Alberto Linares Solano por cuanto mediante Resolución GNR 46505 de 19 de febrero de 2014 (fls. 12 a 17 Cuaderno 1) Colpensiones le reconoció pensión de vejez post mortem a partir del 25 de marzo de 2009.

Pensión de Sobrevivientes

Reclaman las demandantes les sea reconocida la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del pensionado, acontecido el día 26 de septiembre de 2011 (fl. 8 Cuaderno 1), fecha que determinará, las normas que gobernaban la pensión de sobrevivientes, esto es las contenidas Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003², norma que en su artículo 47 consagra que requisitos debe acreditar quien pretenda sustituir al pensionado fallecido³. La cónyuge y/o compañera permanente deberá acreditar que; *"estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte"* y en caso de que el causante haya convivido primero con la cónyuge y luego con una compañera permanente,

² **"ARTÍCULO 46. Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:
1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,"

³ **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;'

manteniendo vigente la unión conyugal y con separación de hecho con la cónyuge, la pensión podrá dividirse entre estas en proporción al tiempo de convivencia.

No se controvierte que Beatriz Cruz Peña contrajo matrimonio con el causante el día 06 de septiembre de 1969 (fl. 11 Cuaderno 2), vínculo que para el momento del fallecimiento se encontraba vigente.

Frente a las pruebas que se practicaron a favor de las demandantes, la Sala resalta sus interrogatorios, donde Beatriz Cruz Peña expresó que supó de la existencia de Sorayda desde que se fue a vivir con su exesposo cree que fue desde 1993, que fue después de que quedo embarazada de él, pero en todo caso ella vivió con el causante hasta el año 1994 porque él iba y venía y que cree que para el momento del fallecimiento el vivía con Sorayda. En contraste la señora Sorayda Limas Zapata indica que conoció al causante porque era su jefe en Bodegas del Rhin mas o menos en el año 1988, empezaron una relación en 1989, le dijo que estaba separado desde 1988, pero que formalmente comenzaron a vivir cinco meses después de que nació su primer hijo, para el momento del fallecimiento tenía un empresa de mensajería la cual funcionó hasta solo tres años después de su fallecimiento.

A pedido de Sorayda Limas Zapata, se recaudaron los testimonios de Blanca Nelly Linares Solano y Libia Edith Linares Solano, quienes como hermanas del causante y al unísono manifestaron que les consta que el causante tuvo una relación con esta demandante desde el año 1989 y hasta que falleció, que inicialmente se casó y convivio con Beatriz Cruz Peña con la cual tuvo tres hijos, con la cual se separó, vivió solo un tiempo y luego conoció a Sorayda y ellos se fueron a vivir desde 1991 cuando nació el primer hijo, tuvieron dos hijos en total y el murió en un accidente de tránsito.

Por petición de Beatriz Cruz Peña se recibieron los testimonios de Gonzalo Linares Solano y María Paulina Cadavid Gaitán, el primero de ellos también hermano del causante y la segunda su cuñada, al unísono manifestaron que el causante convivio con esta demandante con la que se había casado y se separaron porque el consiguió otra persona que fue Sorayda Limas con la cual tuvo dos hijos, que él ayudaba económicamente a Beatriz hasta que falleció.

Igualmente como pruebas relevantes se allegó copia magnética del expediente administrativo del causante en el cual consta las reclamaciones administrativas que hicieron las demandantes y las documentales que anexaron (fl. 169 Cuaderno 1), copia de los registros civiles de los hijos procreados entre el causante y Sorayda Limas Zapata (fls. 9 a 10 Cuaderno 1).

Pruebas con las cuales se concluye que Beatriz Cruz Peña convivió con el causante desde el día 06 de septiembre de 1969 (fl. 11 Cuaderno 2), hasta el año 1991 cuando decidió separarse e irse a vivir con la otra demandante Sorayda Limas, es decir un periodo de 22 años y desde el año 1992 aproximadamente hasta su fallecimiento (26/09/2011) convivió con Sorayda Limas Zapata, es decir por más de 19 años, lo cual le otorga el derecho a sustituir la pensión que en vida recibía su compañero, pero en proporción al tiempo de convivencia y compartida con la cónyuge, la cual aunque dejó de convivir con su esposo desde el año 1991, si lo hizo por más de 22 años, como bien lo concluyó el A quo, ante lo cual vale pena resaltar que todos los testigos coinciden que la separación del causante y su esposa Beatriz Cruz se dio como consecuencia de la relación que sostenía con Sorayda, la cual si bien pudo iniciar desde el 1989 lo cierto es que solo se formalizó hasta que ella quedó embarazada de su primer hijo y como lo confesó expresamente esta última en el interrogatorio de parte, como pareja solo inició su convivencia hasta cinco meses después de que nació su primer hijo lo cual se dio el 15 de mayo de 1991 (fl.9 Cuaderno 1), por lo tanto resulta acertados los extremos de la convivencia concluidas por el A quo, sin que se puedan modificar por la documental obrante a folio 20 del Cuaderno principal, pues si bien en tal documento Beatriz Cruz Peña afirmó que se separó del causante desde el año 1987 tal afirmación no coincide con las demás pruebas recaudadas y en todo caso tal documento corresponde a un poder destinado a unos fines distintos a los aquí discutidos.

Al punto valga recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente ha considerado, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no soslayó la posibilidad de que el cónyuge supérstite separado de hecho adquiriera el derecho a sustituir su pensión, exigiendo que la convivencia se haya llevado por más de cinco años, sin importar la época en que se presentó. Así lo adoctrino en sentencias como la fechada el 29 de noviembre de 2011 con radicación No. 40055 cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza⁴, reiterado en

⁴ "(...) la conclusión que se obtiene de la expresión <La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...>, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego, la referencia que en aquella se hace a la cónyuge, también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, se establecería una discriminación por razón de género que, en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante".

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que,

la la SL11027-2014 de 12 de agosto de 2014 con radicación No. 48729 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo⁵ y la SL7299-2014 del 10 de junio de 2015 con radicación No. 63046 cuyo ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverri Bueno⁶.

Declaratoria de la excepción de prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala de manera diáfana, que la exigibilidad de la pensión se produjo el 26 septiembre de 2011 (fl. 8) fecha del fallecimiento de Luis Alberto Linares Solano. Y como quiera que las demandantes solicitaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 9 de mayo y el 5 de julio de 2012 (Cruz Peña y Limas Zapata respectivamente - Expediente Administrativo) se debe tener en cuenta que los términos quedaron suspendidos hasta que se les notificó la Resolución GNR 46505 del 19 de febrero de 2014 en la cual se dejó en suspenso el derecho a la sustitución pensional (fls. 19 a 24) y como las demandas se presentaron el 8 de septiembre de 2015 (fl. 40 Cuaderno No.2) y el 11 de febrero de 2015 (fl. 35 Cuaderno 1), es claro que no transcurrió el termino trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges. Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social"

⁵*"Interpretación ésta que fue ampliada, en decisiones CSJ SL 24 ene. 2012, rad. 41637 y CSJ SL, 13 de mar. 2012, rad. 45038, en el sentido que lo dispuesto en la L. 797/2003, art. 13, lit. b, inc, 3º el inciso 3º y la postura de otorgarle una cuota parte o la pensión a «quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época», se debe aplicar también en los casos en que no exista compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, toda vez que «si el derecho incorporado en ese literal, otorgaba esa prerrogativa a la (el) cónyuge cuando mediaba una (un) compañera (o) permanente, no podía existir argumento en contra, ni proporcionalidad alguna, que se le restara cuando aquella no se hallaba, pues entonces la finalidad de la norma no se cumplía, es decir, no se proveía la protección al matrimonio que el legislador incorporó, haciendo la salvedad, de que la convivencia en el matrimonio, independientemente del periodo en que aconteció, no podía ser inferior a 5 años, según lo dispuesto en la preceptiva»", con lo cual el contenido de la citada norma, armoniza con los criterios de equidad y justicia, lo que implica un estudio en particular para cada asunto que se someta a escrutinio.*

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el Juez Colegiado al aplicar el precepto legal de marras, sostuvo que a la demandante, también le asiste derecho a percibir una cuota de la pensión de sobrevivientes, en virtud de haber convivido con el causante 26 años y haber mantenido vigente su vínculo matrimonial.

Dicha conclusión se encuentra plenamente acorde con los criterios expuestos en precedencia, razón por la cual, el Tribunal no interpretó de manera errónea la normativa acusada por el censor, al concederle a la cónyuge accionante la cuota parte de la pensión de sobrevivencia en un porcentaje proporcional al tiempo convivido, que dicho sea de paso, no fue materia de controversia en sede extraordinaria"

⁶*"En atención a que el Tribunal consideró, conforme a la anterior jurisprudencia, que la demandante no tenía que acreditar que había convivido con el causante durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, sino que debía acreditar la convivencia durante al menos 5 años en cualquier época para tener derecho a la pensión de sobrevivientes, aunque no existiera compañera permanente, en ninguna equivocación incurrió"*

Indexación

Por otra parte ante la pérdida de poder adquisitivo de las mesadas causadas y no pagadas y como quiera que no se está condenando a intereses moratorios, resulta proporcional acceder a la indexación que igualmente fue peticionada en las demandas. Así las cosas el retroactivo que se cause se deberá indexar desde la fecha de causación de las mesadas, es decir desde el 26 de septiembre de 2011, hasta cuando se produzca su pago, sumas que se deberán cancelar con base en el IPC certificado por el DANE, para lo cual se deberá aplicar la fórmula determinada por la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral mediante sentencia del 13 de diciembre de 2007, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López⁷, como bien lo estableció el juez A quo, lo cual conllevará a confirmar esta condena.

Pensión de sobrevivientes Andrés Camilo y Dennys Mazzuly Linares Limas

Finalmente se debe indicar que contrario a lo considerado por la apoderada de la demandante Limas Zapata si bien se demostró que el causante procreo con su representada dos hijos de nombres Andrés Camilo y Dennys Mazzuly Linares Limas los cuales para el momento del fallecimiento de su padre contaban con 20 y 17 años de edad respectivamente, lo cierto es que ellos no se hicieron parte en este proceso como demandantes y por tanto no elevaron ninguna pretensión formal en ese sentido ante Colpensiones lo cual hace imposible el estudio de un eventual derecho, falencia que no subsana por el hecho de que su madre haya elevado a su nombre una reclamación ante Colpensiones pues lo cierto es que actualmente son mayores de edad y no cuentan con alguna limitación que les impida pretender sus derechos de forma directa.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada y consultada.

⁷ "Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas..."

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes Colpensiones y Sorayda Limas Zapata. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una y a favor de Beatriz Cruz Peña.

DECISIÓN

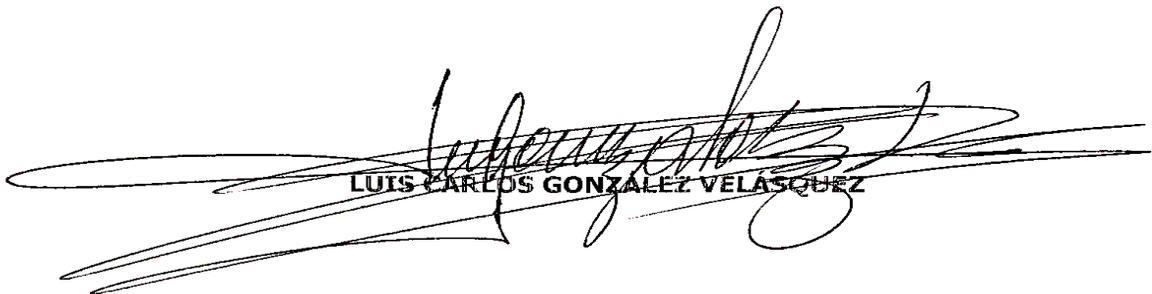
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de febrero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes Colpensiones y Sorayda Limas Zapata. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una y a favor de Beatriz Cruz Peña.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NESTOR MORALES SIERRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y NESTLE DE COLOMBIA S.A. Rad. 2016 – 00305 Juz. 08

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NESTOR MORALES SIERRA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y NESTLE DE COLOMBIA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 a 6 y 108 a 111.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Pensión especial de alto riesgo a cargo de Colpensiones.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Pago de Aportes adicionales por actividades de alto riesgo a cargo de Nestle Colombia.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 a 11 y 111 a 114. Nació el 05 de marzo de 1958. Comenzó a cotizar al ISS desde el 06 de marzo de 1976, se trasladó

al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Horizonte hoy Porvenir. Los asesores de Horizonte hoy Porvenir, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen. El 17 de julio de 2014 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez especial de alto riesgo la cual fue negada el 5 de marzo de 2015 con el argumento de que no es de su competencia resolver esa petición ya que se encuentra afiliado a Porvenir y que no se acreditó el pago de las cotizaciones adicionales por ejercer actividades de alto riesgo, omitiendo que estuvo desarrollando estas actividades entre el 6 de marzo de 1976 y el 14 de septiembre de 2003, mientras presto servicios para la empresa Nestle Colombia por estar expuesto a altas temperaturas. El 10 de diciembre de 2015 solicitó a Colpensiones el cobro coactivo a Nestle Colombia S.A. de las cotizaciones adicionales de alto riesgo, petición que replicó ante esta última empresa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 135 a 141. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante, la reclamación de la pensión y su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 160 a 175. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento del demandante y de la del traslado de régimen y las peticiones elevadas ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

NESTLE DE COLOMBIA S.A. en términos del escrito visible en fls. 206 a 224. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta que se trasladó de régimen.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, pago, prescripción y cosa juzgada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Absolvió a las demandadas en cuanto a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión especial de vejez de alto riesgo. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es, ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Frente a la pensión especial de vejez de alto riesgo indicó que no se probó de forma clara la exposición de las altas temperaturas por parte del demandante en vigencia de la relación laboral, sumado a que los cargos que desempeñó no tenían relación alguna con actividades de alto riesgo y menos en los ejercidos al inicio de la relación laboral pues no siempre laboró en la sección de calderas.

Recurso de Apelación

El apoderado del **demandante** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia en cuanto negativa al reconocimiento de la pensión de especial de vejez y el pago de los aportes adicionales que le correspondería a Nestlé, porque independientemente de la clasificación de riesgo de la empresa, se demostró la exposición al riesgo con los testimonios y las certificaciones de funciones, con los cuales se demuestra que manejaba las calderas de vapor por lo menos desde el año 1991, tiempo pues sería suficiente para demostrar las 700 semanas de alto riesgo.

Además es conocido que las leyes físicas no necesitan de su demostración y como la temperatura del agua para estar en vapor es de 99.98 grados, al laborar el actor con el vapor es eso claro que estuvo expuesto a esta temperatura y que resultaría injusto y casi imposible solicitar una prueba técnica a cargo del empleado sobre una circunstancia que ocurrió desde el año 1980 hasta el año 2003 en la medida que las circunstancias desde esa época pueden haber variado. Agrega que el sistema funcional de riesgos es injusto, ya que la calificación del puesto de trabajo, los riesgos y la clasificación de los mismos los hace empleador con la ayuda de la ARL y que la historia ocupacional maneja una reserva legal a la cual solo podría accederse a través de la orden judicial y que en todo caso también se debe aplicar al presente asunto la carga dinámica de la prueba.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Esta parte no presentó alegatos dentro de la oportunidad legal.

Parte demandada

Colpensiones: Indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se trasladó de manera libre y voluntaria y no aprovechó las oportunidades legales para regresar al régimen de prima media, además de que no cumple con los requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier momento de régimen.

Nestle: Solicita se confirme la sentencia en cuanto a la absolución de esa empresa, ya que el actor no demostró haber estado expuesto a altas temperaturas por encima de los límites permisibles durante el tiempo que presto servicios a su favor.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la condena al reconocimiento de la pensión especial de vejez por alto riesgo, sin que sea viable conocer en el grado jurisdiccional de consulta las demás condenas pues se circunscriben únicamente a la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual la

cual solo le compete y afecta a la AFP Porvenir quien no manifestó alguna inconformidad frente a ese aspecto.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 39 a 72, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 10 de diciembre de 2015, en la que solicita el reconocimiento de la pensión especial de vejez, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Vínculo Laboral y exposición a riesgos

Frente a la exposición al riesgo encuentra la Sala que si bien se demostró que el actor prestó sus servicios para la empresa Nestle Colombia S.A. desde el 15 de marzo de 1976 y hasta 2 de septiembre de 2003 (fl. 257) ejerciendo múltiples cargos, hasta el 16 de marzo de 1981, fecha a partir la cual desempeñó el cargo de Operador de Máquinas y Calderas, encuentra la Sala que contrario a lo manifestado por el apoderado del demandante no se probó con suficiencia que durante este último lapso hubiese ejecutado labores consideradas como actividades de alto riesgo de conformidad con el Decreto 2090 de 2003¹ y esto es así porque si bien se acreditó que el actor laboraba en labores de operación y mantenimiento de calderas en las cuales generalmente se está expuesto a altas temperaturas, no se allegó ninguna prueba técnica, dictamen pericial o estudio de su puesto de trabajo donde se establezca con certeza que las condiciones en que ejerció el actor sus funciones estaba expuesto a temperaturas *"por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional"*, como lo exige en el numeral 2) del artículo 2º de la norma ibídem.

¹ **ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR.** Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.
6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.
7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

Esta falencia probatoria no se subsana con los dos testimonios de Hernando Rodríguez y Oscar Herrera, ya que si bien ellos dan fe de los cargos y algunas funciones que desempeñaba el actor para la empresa Nestle, su dicho no se puede tener como una prueba técnica que demuestre las condiciones ambientales específicas en que laboraba, tampoco resulta suficiente el hecho de que en ejercicio de sus funciones estuviera eventualmente expuesto a vapores de agua, pues contrario a lo alegado por el apoderado del demandante no se estableció con certeza su continuidad y el grado de tal exposición, factores necesarios para establecer como de alto riesgo una actividad laboral.

Finalmente se debe recordar al apoderado inconforme que la parte actora es quien tenía la carga de probar los hechos alegados en la demanda ya que según el artículo 167 del C.G.P; *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, para cual podía recurrir a pruebas periciales y técnicas que considerara pertinentes, las cuales si bien no se podían hacer frente al cargo y/o puesto de trabajo que ocupó el actor a partir de 1981 y hasta su desvinculación, si se podían hacer en cargos y/o personas que ejerzan funciones semejantes, las cuales no allegó ni solicitó su práctica, lo cual impide acceder a las pretensiones de reconocimiento pensional y al pago por parte de Nestle de los aportes especiales por actividades de alto riesgo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

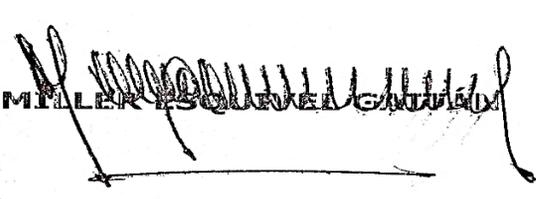
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de mayo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DARÍO MAURICIO BELLO BRAVO CONTRA
BVQI COLOMBIA LTDA Rad. 2016 – 00385 Juz. 24**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DARÍO MAURICIO BELLO BRAVO demandó a BVQI COLOMBIA LTDA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 8 y 86.

- Declaratoria de contrato de trabajo entre el 6 de octubre y el 29 de febrero de 2016.
 - Reajuste salarios.
 - Salarios entre noviembre de 2013 a septiembre de 2014.
 - Prima de servicios.
 - Auxilio de Cesantías.
 - Vacaciones.
 - Indemnización moratoria.
 - Sanción por no consignación de cesantías.
 - Indexación.
 - Ultra y extra petita.
 - Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 8 a 22 y 85.

Suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada desde el 6 de octubre de 2011 en el cargo de Auditor, pactaron como salario inicial \$3.500.000. De forma paralela suscribió un contrato con la empresa BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA el 1 de noviembre de 2013 para desempeñar el cargo de Profesional Senior- Profesional HSE al

servicio de Ecopetrol S.A, contrato este último para el cual tuvo el beneplácito de BVQI COLOMBIA LTDA pues los socios de BVQI son propietarios de BUREAU. En el ejercicio de su cargo de Auditor de BVQI COLOMBIA LTDA efectuó múltiples auditorías y consultorías tanto dentro como fuera del país, no obstante entre los meses de noviembre de 2013 y septiembre de 2014 no le pago salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social, tampoco le incrementó el salario anualmente durante toda la vigencia del contrato a pesar de que si lo incremento a compañeros que desempeñaban el mismo cargo y nivel de responsabilidad. La empresa demandada le terminó el contrato el día 26 de febrero de 2016 de forma unilateral y sin justa causa, liquidando el contrato de forma deficitaria.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad se dispuso vincular al proceso como Litisconsorte Necesario a Bureau Veritas Colombia Ltda. La tercera y la demandada contestaron así:

BVQI COLOMBIA LTDA en los términos del escrito visible a fls. 106 a 128. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta el contrato celebrado con esa empresa, sus extremos, el cargo ocupado, el salario pactado, las auditorías y consultorías realizadas por el actor entre el año 2011 y el 2013 y 2015 a 2016, el no incremento del salario y la forma de terminación del contrato.
- Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

BUREAU VERITAS COLOMBIA LIMITADA en los términos del escrito visible a fls. 245 a 261. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta el contrato celebrado con la empresa BVQI Colombia sus extremos y el salario pactado, el cargo ocupado en el contrato celebrado con Bureau Veritas y la forma de terminación del contrato con la empresa BVQI Colombia.
- Formuló como excepciones de mérito las de: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal conclusión luego de establecer que si bien no se reunieron los requisitos legales para que se configurara una

sustitución patronal entre BVQI COLOMBIA LTDA y BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA, como lo alegaron tales empresas al contratar al actor, si existieron dos contratos de trabajo sucesivos y distintos con estas empresas lo cuales no coexistieron pues no se logró demostrar la prestación de servicios de manera continua e ininterrumpida entre el 1º de noviembre de 2013 a 30 de septiembre de 2014 para BVQI, por tanto no hay lugar al pago de los salarios y prestaciones que se pretendían por ese lapso. Agrega que no resulta posible acceder a ordenar el incremento anual del salario que devengaba el actor ya que al devengar más de un salario mínimo no existía la obligación de incrementarlo y en todo caso no se demostró que empleados que ocuparan el mismo cargo y ejercieran las mismas funciones devengaran un salario superior o si les fue incrementado su salario anualmente.

El Recurso de Apelación

El apoderado del **demandante** interpone recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la totalidad de la sentencia, ya que el juez olvido que la legislación laboral es proteccionista del trabajador y si se declara la existencia de un contrato de trabajo no es a este a quien le incumbe probar la prestación del servicio y en todo caso se demostró con los testimonios y las confesiones de los representantes legales de las demandadas que afirmaron que el actor sí prestó servicios para la demandada BVQI COLOMBIA LTDA entre el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2013 al 30 de septiembre de 2014, adicionalmente no se encuentra acreditado en el proceso que el primer contrato se hubiera suspendido por cualquier causa o alguna circunstancia que no le permitiera prestar el servicio, ante lo cual lo consecuente es el pago de salarios y prestaciones sociales y en todo caso si no podía prestar su servicio de manera permanente para BVQI no era por su culpa sino por disposición de su empleador. Agrega que se debe acceder al incremento salarial solicitado ya que la Corte Constitucional ha establecido que los colombianos tenemos derecho a un salario móvil y que es obligatorio el aumento del salario respecto a los trabajadores aunque sea superior al mínimo el cual se debe incrementar conforme el costo de la vida, más cuando el demandante laboró para demandada entre el 2011 y el 2016 sin que se le incrementara el salario.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

Parte demandada: El apoderado de las empresas demandadas solicita se confirme la sentencia de primera instancia pues comparte en su integridad los fundamentos de hecho y derecho que sustentaron tal decisión, así como la valoración de todo el material probatorio y con los cuales se demostró no existió coexistencia de contratos de trabajo.

CONSIDERACIONES

Contratos de trabajo con BVQI COLOMBIA LTDA y BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA

No se controvierte en esta instancia que el demandante celebró un contrato de trabajo con la empresa BVQI COLOMBIA LTDA el 6 de octubre de 2011, para desempeñar el cargo de Auditor, pactando como salario \$3.500.000 mensuales, pues así fue aceptado por la demandada al contestar la demanda y se corrobora con la copia del contrato de trabajo (fls. 35 a 38). Del mismo es claro que el 1° de noviembre de 2013 suscribió un nuevo contrato de trabajo con BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA para desempeñar el cargo de Profesional Senior- Profesional HSE devengando como salario \$7.182.120 pues así fue aceptado por esta empresa al contestar la demanda y se corrobora con la copia del otro si al contrato de trabajo firmado el 15 de enero de 2014 (fls. 302 a 303).

No obstante lo anterior la parte actora alega que a pesar de que se celebró un nuevo contrato con BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA el 1° de noviembre de 2013 tal vinculación coexistió con el vínculo que previamente había suscrito con BVQI COLOMBIA LTDA y por tanto esta última le adeuda todos los salarios y prestaciones sociales causados entre 1° de noviembre de 2013 y septiembre de 2014, en contraposición la empresa demandada y la vinculada como tercera alegan que el contrato celebrado con BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA fue producto de una sustitución patronal con BVQI COLOMBIA LTDA el cual duro hasta el 30 de septiembre de 2014 cuando de nuevo se sustituyó el contrato en esta oportunidad a BVQI el cual se extendió hasta el 29 de febrero de 2016 cuando le fue terminado el contrato sin justa causa (fls. 136 y 201).

Al punto se debe resaltar que contrario a lo afirmado por el apoderado apelante, la juez nunca concluyó que el actor no le prestó servicios a BVQI COLOMBIA LTDA 1° de noviembre de 2013 al 30 de septiembre de 2014, lo que indicó es que si los prestó, pero que no se dieron de manera continua e ininterrumpida, lo cual en efecto se corrobora con la relación de auditorías y consultorías relacionadas en los hechos de demanda en la cual se evidencian que efectuó a favor de tal compañía tan solo 20 y que tuvieron una duración de 46 días (fls 17 y 17), las cuales en relación con las efectuadas durante todo el tiempo que le prestó servicios, resultan ser mínimas y esporádicas y por tanto evidencian que no pudo ejecutar de forma paralela los contratos que ahora afirma coexistieron, pues tal afirmación implica la ejecución al mismo tiempo y a plenitud de dos contratos laborales independientes y autónomos, lo cual en el presente caso no existió, pues el mismo demandante confiesa en interrogatorio de parte que cuando comenzó a laborar para

BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA el 1º de noviembre de 2013 las funciones le absorbieron tanto su tiempo que tuvo que renunciar a una dictar una cátedra universitaria y del mismo modo admite que las auditorias que efectuó en ese periodo se ejecutaron como una colaboración entre estas compañías.

Igualmente se debe resaltar que como lo confesaron los representantes legales de las empresas demandadas por ser socias y/o relacionadas era común que se prestaran a sus trabajadores para labores propias de la otra empresa, como efecto ocurrió en el presente asunto, pues nótese que a pesar de que no se reunieron los elementos para declarar una sustitución patronal conforme el artículo 67 del C.S.T. los días 1º de noviembre de 2013 cuando se celebró el contrato con BUREAU VERITAS y el 30 de septiembre de 2014 cuando finalizó tal contrato y regresó a prestar los servicios a favor de BVQI COLOMBIA LTDA lo cual no fue motivo de inconformidad en esta instancia, es claro que tales empresas se encontraban ligadas y lo único que buscaban con este tipo de acuerdo era garantizarle la antigüedad en sus prestaciones al actor, como en efecto se lo expresaron cuando le dijeron que sus capacidades se adecuaban a un nuevo proyecto que iba a ejecutar BUREAU VERITAS con Ecopetrol y le ofrecieron un nuevo contrato, sin que la parte demandante hubiera demostrado que en tal acuerdo se le ofreció por parte de BVQI COLOMBIA LTDA continuar pagándole el salario que devengaba con ellos a pesar de que iba a suscribir un nuevo contrato e iba prestar sus servicios para BUREAU VERITAS, carga que le correspondía exclusivamente a la parte actora.

No resulta de recibo la manifestación del apoderado del demandante cuando afirma que como no se demostró que el contrato inicial con BVQI COLOMBIA LTDA se hubiera suspendido, el mismo subsistió y coexistió con el celebrado con BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA, ya que por el contrario a no haberse demostrado una sustitución patronal, lo que ocurrió fue una solución de continuidad en sus servicios que generó la terminación del contrato inicial y la existencia de uno nuevo, a pesar de que la intención de la partes fuera otra, lo que impide acceder a las pretensiones del demandante.

Finalmente se debe indicar que como bien lo consideró la juez A quo, como se demostró que el actor devengaba más del salario mínimo, el empleador no tenía la carga de incrementarlo anualmente pues no existe fundamento legal para tal incremento, esto a pesar del aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período y la evidente pérdida de poder adquisitivo de nuestra moneda, ya que no le corresponde al juez laboral sino a las partes restablecer el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario. Así lo ha definido reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre las

cuales se puede consultar la sentencia SL 18004-2017 del 18 de octubre de 2017 con radicación No. 58043 con ponencia del Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas¹

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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,

¹ “En sentencia de la misma fecha, 1º de febrero de 2011, radicación 38947, ratificó la Corte la anterior providencia, orientación que en términos generales reiteró en sentencia SL7384-2014 de 11 de junio de esa anualidad, radicación interna 45525, en la que a propósito de una causa idéntica a la presente, dijo lo siguiente:

"Aun si se pasara por alto lo anterior, es claro que el Tribunal no incurrió en yerro alguno, pues en sentencia CSJ SL, 7 Nov 2012, Rad. 47333, en proceso adelantado contra la aquí demandada, por los mismos hechos y derechos, la Corte indicó:

"Ahora, al no concurrir otra disposición legal que ampare los reajustes deprecados, no le corresponde al Juez laboral ordenar aumentos salariales, salvo que se vea afectado el salario mínimo. En tal sentido, ésta Sala en sentencia del 5 de noviembre de 1999, radicación 12213, sostuvo:

".....a propósito del tema planteado, es importante afirmar que no puede desconocerse que el aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, porque es natural que con el salario recibido en una época se obtendrá una gama de productos, que no van a poder adquirirse si se continúa en un período de tiempo recibiendo la misma remuneración, dada el alza permanente de lo que se ha denominado la canasta familiar. Y con mayor razón, frente a la evidencia de que primero se presta el servicio y luego se recibe su pago, salario o remuneración. De ahí que sea muy difícil mantener el poder adquisitivo del salario, cuando lo cierto es que día a día va perdiendo su valor real, se desvaloriza casi que permanentemente y ahora, como sucede, frente a la mayoría de los precios de los productos que no son controlados".

"No obstante la realidad de lo afirmado, no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata".

"En efecto, no existe en la legislación laboral norma que así se lo permita y, como lo destacara el fallador de segundo grado, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio. Además el propio Ordenamiento Superior en el artículo 230 fue el que le impuso a los jueces la obligación de, en sus providencias, estar sometidos al imperio de la ley. (.....)

"Situación diferente sería si existiera una disposición convencional o por laudo, etc., a través de la cual la empresa estuviera obligada a aumentar el salario de los trabajadores cada año con fundamento en el IPC; o que en tratándose de un salario mínimo devengado por un trabajador el empleador se negara a aumentarlo en la proporción fijada por la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales (Ley 278 de 1996 artículos 1º, 2º literal d)) o por el Gobierno Nacional; destacándose que en este último caso en el aumento del salario mínimo que se hace el 30 de diciembre de cada año no solo prima como factor a tener en cuenta el IPC, sino otros tales como "la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto, PIB...", tal como lo establece el parágrafo del artículo 8º de la Ley 278 de 1996".

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de enero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GANTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JACKELINNE SÁNCHEZ BELTRÁN CONTRA
EHEIEH S.A.S. Rad. 2017 – 00065 Juz. 27**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JACKELINNE SÁNCHEZ BELTRÁN demandó a EHEIEH S.A.S, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 8.

- Declaratoria de contrato de trabajo.
 - Vacaciones.
 - Aportes a Seguridad Social.
 - Auxilio de Cesantías y sus intereses.
 - Prima de servicios.
 - Sanción por no consignación de cesantías y sus intereses.
 - Indemnización por despido sin justa causa.
 - Devolución descuentos sin autorización.
 - Devolución de lo pagado por aportes a Seguridad Social.
 - Indemnización moratoria.
 - Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5.

Ingresó a laborar para la demandada desde el 1º de agosto de 2013 en el cargo de asistente personal de la representante legal de la demandada mediante contrato de prestación de servicios. Tenía como funciones realizar informes periódicos, atender solicitudes y recomendaciones que hiciera la demanda o sus delegados, atender la

administración de todos los inmuebles de propiedad de la demandada, facturación de cánones de arrendamiento, cotizaciones de reparaciones locativas de esos inmuebles, elaborar oficios para Corficolombiana, efectuar todos los trámites y obligaciones personales de la representante legal de la demandada, entre otras funciones, las cuales le fueron reiteradas mediante memorandos del 30 de agosto de 2013 y el 21 de junio de 2016. Cumplió un horario, estuvo subordinada y recibía órdenes, recibió como salario inicial \$1.200.000 y al finalizar recibía \$1.850.000 mensuales. Nunca se le pagaron prestaciones sociales y vacaciones, tampoco se le afilió a las entidades del Sistema General de Seguridad Social y por el contrario le exigía su pago como independiente. Entre julio y diciembre de 2016 le fue descontado de su salario la suma de \$30.900 mensual por concepto de alimentación de un canino de su propiedad que la representante legal de la demandada alojaba en una finca de su propiedad y en el mes de julio de esa misma anualidad le descontó \$41.698 por concepto de pago de reconexión del servicio de gas de un apto de propiedad de la demandada. El 26 de diciembre de 2016 le fue terminado el contrato de trabajo y se le hizo firmar una certificación sobre una deuda por valor \$870.800.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contesto en la forma y términos del escrito visible a folios 84 a 99 y 174 a 192. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta que fue vinculada mediante contrato de prestación de servicios, las obligaciones que tenía, el memorando del 30 de agosto de 2013 y la exigencia de que estuviera afiliada al Sistema General de Seguridad Social.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que declaró que entre la demandante y la empresa EHEIEH S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 1º de agosto de 2013 y el 26 de diciembre de 2016. Condenó a la demandada a pagar a la demandante los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

- \$3.151.435 por auxilio de cesantías.
- \$684.420 por intereses de cesantías.
- \$3.151.435 por primas de servicios.

- \$1.240.834 por vacaciones.
- \$17.488.800 e intereses moratorios a partir del 27 de diciembre de 2018 a la tasa más alta vigente por indemnización moratoria.
- \$36.380.209 por sanción por no consignación de cesantías.
- Devolver a la demandante las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensión y salud efectuados por la demandante en los meses de noviembre y diciembre de 2013 y entre enero y agosto de 2014.

Llegó a tal decisión luego de establecer que la demandada no desvirtuó la presunción legal consagrada en el artículo 24 del C.S.T, ya que se demostró la prestación de servicios de la demandante y favor de la empresa demandada y por el contrario se probó que tenía funciones expresamente impuestas por el empleador y no contaba con autonomía para su cumplimiento, como se acreditó con el memorando que la representante legal de la demandada le envió y lo confesado por esta en el interrogatorio de parte y que en todo caso las funciones y el cargo que desempeñaba la demandante no son propias del contrato de prestación de servicios.

El Recurso de Apelación

La apoderada de la **demandada** interpone recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la totalidad de la sentencia, ya que contrario a lo considerado por la juez no se demostró que entre la partes existió un contrato de trabajo, ni sus elementos pues confunde las sugerencias con una subordinación y el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir directrices, rendir informes sobre la prestación del servicio no constituyen elementos de una relación de subordinación, además no le da ningún valor probatorio al interrogatorio de parte de la demandante cuando se contradice que cumplía un horario todos los días pero manifiesta que viajaba continuamente y la oficina se quedaba sola y en todo caso evidencia que no existió una continuidad del servicio, igualmente se ignoró que la demandante en las redes sociales publica que es independiente y sin subordinación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

Parte demandada: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que se debe tener en cuenta que esa empresa actuó de buena fe y por tanto no puede imponerse la condena a indemnización moratoria de forma automática, ante lo cual se debe revocar la sentencia de primera instancia y absolver a esa entidad de todas las pretensiones.

CONSIDERACIONES

Prestación de Servicios a favor de la empresa EHEIEH S.A.S.

No se controvierte en esta instancia que la demandante prestó servicios a la empresa EHEIEH S.A.S. entre el 1° de agosto de 2013 y el 26 de diciembre de 2016, pues así se corrobora con el contrato de prestación de servicios (fls. 13 y 14) y así fue aceptado por la demandada al contestar la demanda (fls. 177 y 182). No obstante la parte demandada alega que tales servicios se prestaron de forma autónoma en virtud de un contrato de prestación de servicios.

Al punto se debe resaltar lo dispuesto en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual determina que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual, una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador, a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Por lo tanto, corresponde examinar la subordinación de la demandante, pues el debate jurídico y probatorio se centra aquí, en cuanto que la demandada sostiene que su demandante ejercía las labores en forma independiente, bajo un contrato civil y que por esa razón su forma de contratación es la de prestación de servicios.

Como bien lo concluyó la juez A quo, la empresa demandada no logró probar la autonomía en la ejecución del contrato. Por el contrario, del mismo contrato *de "prestación de servicios"* (fls. 13 y 14), el memorando enviado a la demandante el 30 de agosto de 2013 suscrito por Adriana Parra representante legal de la demandada y el interrogatorio de parte de la esta última, se extrae la constante subordinación a la cual estaba sometida la demandante, pues en el contrato citado se establece claramente en la cláusula sexta como obligaciones del contratista, entre otras; atender las solicitudes y recomendaciones que haga el contratante o sus delegados con la mayor prontitud y permitir que el contratante o un delegado haga visitas a las instalaciones del contratista o el sitio que esté desarrollando la labor contratada.

Del mismo modo en el citado memorando se le informó a la demandante que su cargo a partir del 1° de septiembre de 2013 sería de *"Asistente Personal"* de quien suscribió tal documento, esto es Adriana Parra como representante legal de la empresa demandada y que en virtud de lo cual le iba a depositar toda la confianza en el manejo de sus asuntos

privados y de la empresa, advirtiéndole expresamente que debía reconocer su autoridad y acatar las órdenes que le impartiera sin la necesidad de hacer cuestionamientos innecesarios y llegar a conflictos entre su opinión personal y su autoridad (fl. 17) aspectos que son suficientes para descartar la autonomía que alega la demandada gozaba Sánchez Beltrán, subordinación que se ratifica en las mismas tareas que ejecutaba la demandante, pues nótese que como "*Asistente Personal*" de la representante legal de la demandada debía hacer las diligencias que esta le ordenara, sin que pudiera libremente determinar cómo, cuándo y a quien prestar este servicio. Subordinación que se ratifica en la confesión hecha en el interrogatorio de parte de Adriana Marcela Parra Garcia representante legal de la demandada, al reconocer que le daba órdenes expresas a la demandante, las cuales no varían su naturaleza por el hecho de que las denominara "sugerencias", diligencia en la cual confesó que todos los meses pagaba una remuneración básica, la cual nunca fue inferior al salario mínimo mensual vigente, forma de pago propia de un contrato de trabajo donde se remunera al trabajador de forma fija y continua, independiente de su gestión, contrariando la remuneración en los contratos de prestación de servicios que se hace conforme a sus resultados o gestión.

La relación laboral no se desvirtúa por el hecho de que la demandante en el interrogatorio de parte confesara que en algunas ocasiones solicitó permiso para hacer varios viajes a visitar a su familia o para asistir a capacitaciones, pues no se demostró que tales viajes fueron inconsultos con la demandada y que tuvieran una duración tan prolongada que implicara una falta de continuidad en los servicios, tampoco por el hecho de que en la red social LinkedIn consignará "*manejo mi tiempo en independiente*" (fls. 104 a 106) pues en todo caso se demostró de forma fehaciente que muchos de los documentos que la demandante suscribió y/o diligenció, como el contrato de prestación de servicios o las cuentas de cobro, lo hizo como una mera formalidad distinta a la realidad, pues nótese que las pretensiones de la demanda se erigieron bajo la creencia de un contrato real, el cual según lo ha considerado la jurisprudencia precisamente busca demostrar que a pesar de que las partes formalmente suscribieron un contrato de otra naturaleza en realidad lo que existió fue un contrato de trabajo.

De lo anterior se concluye que la empresa demandada no logró demostrar que los servicios que le prestó la demandante se hicieron en virtud de otro tipo de vinculación diferente a un contrato de trabajo, siendo de su carga hacerlo. Por lo tanto se confirmara la sentencia en su totalidad ya que ningún otro aspecto fue expresamente apelado.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente parte demandada. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

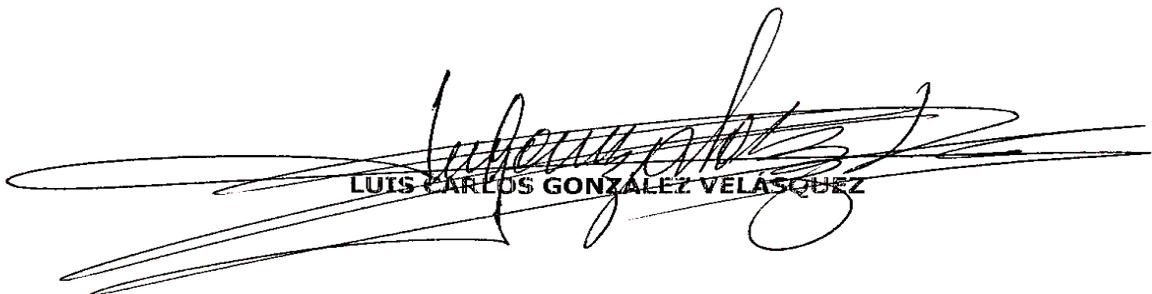
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente parte demandada. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GABRIELA CRISTANCHO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Rad. 2017 – 00251 01 Juz. 06

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GABRIELA CRISTANCHO demandó a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Reliquidación de la pensión.
- Retroactivo.
- Intereses Moratorios.
- Indexación.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Le fue concedida la pensión de vejez a partir del 1º febrero del año 2016 y reliquidada el 21 de septiembre de 2016 la cual no se liquidó de forma correcta porque se debió calcular teniendo en cuenta todos los factores devengados en el último año de servicios. El 19 de mayo de 2016 solicitó la reliquidación pensional la cual fue negada mediante la Resolución RDP 035160 del 21 de septiembre de 2016, contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales confirmaron la decisión inicial.

Actuación Procesal

Se precisa que este proceso se tramitó inicialmente ante la jurisdicción Contencioso Administrativa en el Juzgado 11 Administrativo de Bogotá quien la rechazo por falta de jurisdicción y ordenó remitirlo a los juzgados Laborales del Circuito (fls. 46 y 47). Repartida al Juzgado Sexto Laboral del Circuito, la demandada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 55 a 64. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta todos como ciertos excepto que la pensión reconocida este mal liquidada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada. Llegó a tal decisión al concluir que como quiera que a la actora le faltaba más de 10 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el IBL de su pensión se debe liquidar conforme el artículo 21 de esa normativa y que así lo hizo la demandada cuando la liquidó la pensión con el promedio de los salarios devengados durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y que en todo caso que al haber sido reconocida la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985 para liquidar la pensión se deben tener en cuenta los mismos factores y salario sobre el cual se efectuaron las cotizaciones a seguridad social de conformidad con los Decretos 1158 de 1994 y 1068 de 1995, como en efecto lo hizo la demandada al liquidar la pensión.

Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, como quiera que además de que la sentencia va en contravía de los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución y el C.S.T. también se opone a la jurisprudencia del Consejo de Estado y en todo caso si se va a liquidar la pensión con el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores a su reconocimiento se deben tener en cuenta todos y cada uno de los factores salariales que devengó la demandante y por los cuales se le efectuaron los descuentos con destino a pensiones.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que la sentencia de primera instancia desconoce sus derechos adquiridos, ya que se pensionó bajo los presupuestos del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por tanto se debe dar plena aplicación a la Ley 33 de 1985 y su decretos reglamentarios.

Parte demandada: Solicita de confirme la sentencia de primera instancia ya que esa entidad liquidó de forma correcta la pensión que le fue reconocida a la demandante y la parte actora no demostró que los factores que incluyeron en esa liquidación son inferiores a los que realmente devengó.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito obrante a folios 21 a 23 del expediente, consistente en el escrito de fecha 19 de mayo de 2016 mediante el cual la demandante solicitó la reliquidación de la pensión, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionada de la Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionada de la demandante por cuanto la demandada le reconoció la pensión de vejez en una cuantía inicial de \$974.825 a partir del 1º de junio de 2015 (fls. 16 a 20), la cual fue reliquidada el 21 de septiembre de 2016 (fls. 28 a 30) con una primera mesada de \$1.052.241 a partir del 1º de febrero de 2016, con base en 42 años de servicios y una tasa de reemplazo de 75% aplicada a un IBL equivalente a \$1.402.988, el cual se calculó con los aportes de los últimos 10 años (fl. 28 vto). Tampoco existe duda de que es beneficiaria del régimen de transición, por lo que la prestación económica se le reconoció con fundamento en la Ley 33 de 1985.

Liquidación de la pensión

Frente a los parámetros para liquidar la pensión debe precisar la Sala; que por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la

Ley 100 de 1993¹, solo la edad y el tiempo de servicios se someterá a la Ley 33 de 1985, pero la forma de liquidar el IBL es la regulada en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100², si le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho ó conforme el artículo 21 de la misma normativa³ si ese lapso era superior. Así se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, cuando adoctrina que el régimen de transición conservó sólo tres elementos de la normatividad que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, los cuales son la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación. Al respecto se pueden consultar las sentencias del 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343⁴ cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la de fecha 1º de marzo de 2011 con radicación No. 40552 con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁵.

Así las cosas, como la demandante cumplió los 55 años de edad en el año 2005 (fl. 15), para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, por lo tanto el IBL se debe liquidar teniendo en

¹ 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 más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren 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. (Subrayado por la Sala)

² El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

³ **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

⁴ *“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de 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.”*

⁵ *“Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3º de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba más de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 “les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho”, caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.*

En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1º de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones”

cuenta los aportes de los últimos 10 años, pues no es posible liquidarla incluyendo exclusivamente el último año de servicios como lo solicita erróneamente la parte actora, periodo que en efecto tuvo en cuenta la demandada al liquidar la pensión (fl. 28 vto).

No obstante se debe tener claro que si bien la norma establece los periodos a tener en cuenta para determinar el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de vejez, no regula los factores que lo conforman, ni los que integran la remuneración con la cual se calcula el ingreso base de cotización con el cual se efectúan los aportes obligatorios al Sistema General de Pensiones, aspecto que dilucida el artículo 18 de la Ley 100 de 1993⁶ que define que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, aspecto que en efecto fue regulado por el Decreto 691 de 1994 en su artículo 6º modificado por el Decreto 1158 del mismo año que señala como elementos los siguientes:

- "a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados"*

Norma que se debe aplicar a la actora por haber reunido todos los requisitos para obtener su pensión de vejez en vigencia de la Ley 100 de 1993, factores que como ya se dijo fueron tenidos en cuenta por la demandada al liquidar la pensión, sin que sea procedente, como lo pretende la parte actora, incluir todos los dineros que recibió en el periodo con el que se calculó el IBL. Así lo ha aplicado de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto se puede consultar la sentencia del 26 de

⁶ **ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN.** La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992. (subrayado de la Sala)

(...)

febrero de 2002 con radicado No. 17192⁷ cuyo ponente fue el Dr. Francisco Escobar Henríquez, reiterado en la SL3839-2015 de fecha 25 de marzo de 2015 con radicación No. 45627 con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno⁸.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente demandante. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho

⁷ *“El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.*

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos .

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase”

⁸ *“En cuanto al primer reproche, salta a la vista que el Tribunal no cometió ningún error frente el entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues se limitó a acoger el criterio de esta Corporación, vertido en la sentencia CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, el cual ha sido reiterado en múltiples ocasiones posteriores, como en la sentencia CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 44889, de conformidad con el cual no pueden entenderse de manera diferente los conceptos “devengado” y “cotizado”, contenidos en la norma citada, pues lo cierto es que el Sistema General de Seguridad Social Integral se soporta fundamentalmente en las cotizaciones que hagan los obligados, de modo tal que las prestaciones económicas otorgadas deben ser un reflejo directo de los aportes efectuados, por lo que la interpretación más acorde con la estructura y finalidad del sistema es aquella que entiende que la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe hacerse con base en los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sirvan de base para el cálculo de las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones*

(...)

Ahora bien, frente a la segunda inconformidad del recurrente, relativa a la inaplicabilidad del Decreto 1158 de 1994, en lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de beneficiarios del régimen de transición, la misma sentencia en cita, resaltó:

“De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no encuentra la Corte razones para modificar el que ha sido su criterio, expuesto, entre otras, en la sentencia del 26 de febrero de 2002, radicación 17192...

DECISIÓN

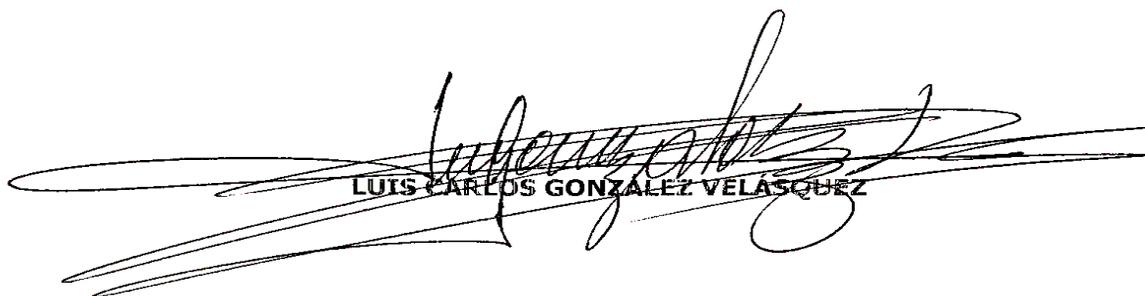
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de febrero de 2019, pero por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente demandante. Fíjense la suma de Trescientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELLY ESPERANZA RANGEL MANTILLA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A Y AFP OLD MUTUAL S.A. Rad. 2017 –
00582 Juz. 16**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NELLY ESPERANZA RANGEL MANTILLA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 39.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 35 a 38. Nació el 24 de octubre de 1961. Comenzó a cotizar al ISS desde el 2 de mayo de 1980. El 6 de julio de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Pensionar hoy Old Mutual, dentro del cual se trasladó a Porvenir. El asesor de Pensionar hoy Old Mutual, por medio de engaños la persuadió para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del

traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 103 a 108. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en términos del escrito visible en fls. 138 a 157 y 204 a 206. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de traslado de régimen y la petición elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 193 a 202. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; la afiliación a esa entidad y la petición elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Pensionar hoy Old Mutual y las posteriores

afiliaciones dentro del régimen y ordenó AFP Porvenir devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos y gastos de administración. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Old Mutual no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades, esto es; ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el traslado de régimen fue válido pues para la época en que se efectuó, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen y por el contrario se ignoró que la demandante es profesional en administración de empresas y es capaz de sopesar las decisiones que toma. Por el contrario, se ignoró que se trasladó en más de una oportunidad de AFP, lo cual demuestra una ratificación de deseo pertenecer al RAIS. Agrega que no se demostraron los vicios del consentimiento y en todo se casó se sanearon con el transcurso del tiempo pues efectuó cotizaciones a esa entidad desde el año 1999 y que la demandante no tenía cercana la posibilidad de pensionarse para el momento de traslado y no era beneficiaria del régimen de transición. No resulta proporcional la orden de devolver los gastos de administración porque se hacen por disposición legal y se estaría lucrando la demandante sin justificación, sumado a que si el resultado de declarar la ineficacia es que todo vuelva a su estado original y se retrotraigan las cosas como si la afiliación no hubiese existido, por principio de equivalencia se debería ordenar la devolución por parte de la demandante de los rendimientos que obtuvo en el régimen de ahorro individual y que no hubiera obtenido en el régimen de prima media.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Old Mutual al momento

del traslado de régimen, cumpliendo con todas exigencias de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la ineficacia del traslado.

Parte demandada

Colpensiones: Indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y legalidad, puesto que no se demostró la existencia del algún vicio en el consentimiento y por el contrario la demandante reconoció que se afilio voluntariamente, por lo tanto se debe absolver a esa entidad.

Porvenir: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio no se puede extraer que no cumplió con su deber de asesoría y que todo descuento que hizo sobre los aportes de la demandante se hizo por disposición legal.

La otra demandada AFP Old Mutual se abstuvo de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen y la orden de devolución de los gastos de administración impuesta en contra de Porvenir.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 27 y 28, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 18 de julio de 2017, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el

06 de julio de 1995 cuando solicitó su vinculación a la Pensionar hoy Old Mutual (fl. 130), régimen dentro del cual se trasladó el 18 de noviembre de 1999 a Porvenir vinculación que actualmente mantiene (fl. 167).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la Pensionar hoy Old Mutual no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien la actora el día 06 de julio de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Pensionar hoy Old Mutual (fl. 130), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante.

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

Y esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba, de la parte actora hacia la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alega la apoderada de Porvenir.

Nada de lo anterior demostró la AFP Pensionar hoy Old Mutual, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró a la demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, Old Mutual no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión.

Estas insuficiencias no se subsanan por el hecho de que la actora ya estando dentro de régimen de ahorro individual, decidiera cambiar de AFP, pues nótese que todo es fruto de una decisión viciada de nulidad y porque en ningún momento las acciones posteriores de una tercera entidad legitima las acciones de Old Mutual. Tampoco por el hecho de que la demandante es Administradora de Empresas ya que el nivel de estudios de una persona no lo hace conocedora de todas las implicaciones de un traslado de régimen pensional, ni tampoco por el hecho de que permaneció más de 25 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

No es valedero el argumento de la apoderada de Porvenir, según el cual, como la actora no tenía cercana la posibilidad de pensionarse, ni era beneficiaria del régimen de transición, no se le estaba vulnerando ningún derecho y que no se demostraron fehacientemente los perjuicios que le causa el traslado de régimen, pues la ineficacia

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

del acto del traslado se constituye, no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴.

Así las cosas es evidente para esta Sala que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos administración, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sin que resulte valedero el argumento de que el mismo se origina en una disposición legal y que en caso de haber permanecido la demandante en el ISS hoy Colpensiones también esa entidad le hubiera efectuado ese descuento, pues por el contrario el

⁴ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

hecho de no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL JOSÉ ANTONIO GUERRERO GUTIERREZ
CONTRA INFRAESTRUCTURA NACIONAL LTDA Y YAMILL ALONSO MONTENEGRO
CALDERÓN Rad. 2017 – 00651 Juz. 15**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ ANTONIO GUERRERO GUTIERREZ demandó a INFRAESTRUCTURA NACIONAL LTDA Y YAMILL ALONSO MONTENEGRO CALDERON, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 8.

- Declaratoria de contrato de trabajo.
 - Indemnización por despido sin justa causa.
 - Indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
 - Auxilio de Cesantías y sus intereses.
 - Prima de servicios.
 - Vacaciones.
 - Sanción por no consignación de cesantías y sus intereses.
 - Indemnización moratoria.
 - Ultra y Extra petita.
 - Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 1 a 3. Ingresó a laborar para la demandada desde el 15 de enero de 2019 mediante contrato de verbal de trabajo. Tenía como funciones conducir una camioneta de propiedad de la empresa demandada cuyo propietario es el señor Yamill Alonso Montenegro Calderón, además tenía que recoger escombros y subir y bajar señalizaciones de las obras que tenía a cargo los demandados.

Devengaba como salario \$1.900.000 mensual, después de 4 años de prestar sus servicios se le comenzó a exigir la entrega de cuentas de cobro. Cumplió un horario, estuvo subordinado, recibía órdenes y tenía que pedir permiso para ausentarse. El 22 de abril de 2017 sufrió un accidente en el cual sufrió quemaduras en su cara, manos y ojo derecho, lo cual le comprometió su cornea, debido a que no se encontraba afiliado a ninguna EPS tuvo que ir a varias instituciones de salud para que lo atendieran y finalmente fue atendido en la Clínica San Ignacio pero por parte de la EPS de su esposa, fecha a partir de la cual fue despedido, ya que después de ese episodio le informaron que una vez hubiera trabajo lo llamaban, lo cual nunca sucedió. Nunca fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social, ni le fueron pagadas prestaciones sociales y vacaciones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, los accionados la contestaron en la forma y términos del escrito visible a folios 55 a 73. Se opusieron a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; aceptaron que Yamill Alonso Montenegro Calderón es propietario de la empresa demandada y la ocurrencia del accidente que afectó al actor.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia de relación laboral, no demostración del contrato realidad, la relación contractual que existió con el señor José Antonio Guerrero Gutierrez y los demandados estaba sujeta al régimen del derecho privado y no al régimen del derecho laboral, inexistencia de responsabilidad por el hecho relacionado con el accidente del 21 de abril de 2017, inexistencia de buena fe por parte del demandante y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a los demandados. Llegó a tal conclusión luego de establecer que el demandante no logró demostrar la existencia de un contrato de trabajo, toda vez que según lo manifestado por los testigos y lo confesado por este en el interrogatorio de parte se concluyó que lo que realmente existió entre las partes fue un contrato comercial de transporte el cual se prestaba de forma esporádica y de acuerdo a la disponibilidad del vehículo, el cual era de propiedad de los padres del demandante.

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que el fallo fue adverso a las pretensiones del demandante y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Las partes se abstuvieron de presentar alegatos.

CONSIDERACIONES

Prestación de Servicios y subordinación

No se controvierte en esta instancia que el demandante presto servicios de conductor de una camioneta para el transporte de personal y/o de elementos de construcción en obras que ejecutaba la empresa demandada propiedad del señor Yamill Alonso Montenegro Calderón. No obstante la parte demandada alega que tales servicios se prestaron de forma autónoma en virtud de un contrato comercial de alquiler de vehículos.

Al punto, se debe resaltar lo dispuesto en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual determina que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual, una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador, a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Por lo tanto, corresponde examinar la subordinación del demandante, pues el debate jurídico y probatorio se centra aquí, en cuanto que los demandados sostienen que su demandante ejercía las labores en forma independiente, en virtud de un contrato de carácter comercial.

Acorde al sustento normativo, corresponde a la Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la existencia de la relación laboral.

De la prueba testimonial se advierte lo siguiente:

Al respecto, se recibieron los testimonios de Cesar Augusto Bejarano Jiménez, Mónica Román Guerrero y Luis Manuel Rodríguez, quienes indicaron que en efecto conocían al actor desde hace muchos años y les consta que el padre o madre eran los propietarios de una camioneta que ofrecieron alquilar a la demandada, el cual conducía el demandante y ante lo cual tenía que conducirla para recoger a los ingenieros o a varias personas y llevarlas a donde dispusieran, así como algunos materiales para las obras como arena o

ladrillos. Que a estos contratistas se les pagaba mensualmente mientras duraran las obras y su contratación era ocasional según las necesidades o los contratos que tuviera la demandada y duraban un mes o más sin prestar sus servicios. Que el accidente que sufrió se debió a un líquido caliente que le salpicó y le quemó la cara cuando le ayudaba a un obrero en una obra. Los conductores en ocasiones ayudaban al descargue del material para que los obreros no dañaran la camioneta. Que a los contratistas se le exigía para poderlos contratar o alquilarles las camionetas que tuvieran todos los papeles del carro al día y que el conductor estuviera afiliado a la seguridad social. El ingeniero que transportaban era el que certificaba el servicio, el demandante no estaba autorizado para prestar servicios en las obras solo para realizar el traslado del personal. El mantenimiento de la camioneta era responsabilidad de los dueños. La empresa le prestó al demandante un dinero para que mejorará el vehículo o lo actualizará pero nunca lo pago, esa compañía no tiene vehículos propios que cumplan esta función siempre fueron contratistas externos.

Igualmente absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien manifestó que laboró para los demandados manejando un vehículo transportando personas y herramientas en las obras que ellos tenían, que trabajo durante 9 años desde el 15 de enero de 2009, tenía cumplir un horario, los primeros 4 años le pagaban directamente pero luego le exigían pasar cuentas de cobro las cuales tenían que tener el visto bueno de los ingenieros. El vehículo era de propiedad de su papá e inicialmente era a él a quien le pagaban como dueño del vehículo y era quien había conseguido el contrato, luego le comenzaron a pagar a él directamente. Nunca le exigieron que pagara los aportes a seguridad social, transportaba personas o algunos materiales necesarios para las obras, también debía manipular cajas y destapar alcantarillas aun cuando eso no era su función, pero él lo hacía porque ellos le decían que tenía que colaborarles. El accidente que sufrió se produjo porque se le cayó un material caliente en la cara, ese día le hicieron firmar un documento que decía que la empresa no tenía ninguna responsabilidad y que lo hizo por cuenta propia, el cual firmó porque necesitaba el trabajo y que lo siguieran contratando. Nunca lo capacitaron para realizar la actividad en la que se accidentó, que la solicitud de que colaborará se la dio un obrero que allí estaba trabajando. Le debe una plata al demandado que le prestó y se la venía pagando con su trabajo pero a raíz del accidente no lo volvieron a llamar y no pudo volver a trabajar y pagarle. Además de los servicios de transporte también trabajaba independientemente como electricista los días que no lo llamaban pero por el accidente no pudo volver a trabajar. Como elemento de protección solo le daban un chaleco reflectivo, el mantenimiento del vehículo corría por cuenta suya o de su papá.

Igualmente se recaudaron como pruebas documentales copia de las cuentas de cobro que el actor le entregó a la demandada (fls. 17 a 38 y 74 a 84), historia clínica del actor

expedida por el Hospital Universitario San Ignacio (fls. 39 a 48) y misiva dirigida a la empresa demanda suscrita por el actor manifestando que el accidente sufrido el día 21 de abril solo fue su responsabilidad (fl. 85).

Valoración Conjunta De Las Pruebas

Al respecto, se debe precisar que contrario a lo manifestado por la parte actora en la demanda, de las pruebas recaudadas y en especial la prueba testimonial, no se concluye con certeza que el actor estuviera subordinado a los demandados, pues si bien es claro que conducía una camioneta con la cual transportaba personal que laboraba para los demandados y materiales que se utilizaban en sus obras, lo cierto es que tal servicio lo hacía como consecuencia de un contrato comercial de alquiler de vehículos en el cual se encontraba incluido el servicio de conductor, a lo que se suma que al inicio de tal vínculo el contrato comercial lo había celebrado el padre del demandante con la empresa y era a quien se le pagaba los honorarios y este a su vez le pagaba al demandante. Ante lo cual era necesario que el conductor del vehículo estuviera disponible para cuando la empresa lo requiriera, sin que esto sea sinónimo de subordinación y/o dependencia y en todo caso como confesó el mismo demandante no era un servicio permanente, lo cual aprovechaba para laborar como electricista, vínculo comercial que contrario a los contratos de trabajo no se requería una prestación personal y exclusiva del servicio por parte del actor, ya que cualquier persona que dispusiera el propietario del vehículo podía conducirla.

De conformidad con lo anotado y valoradas las pruebas recaudadas, encuentra la Sala que estos elementos probatorios no son suficientes para declarar la existencia de un contrato de trabajo y por el contrario se concluye que se desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T. en cuanto a que lo que existió con los demandados fue vínculo de carácter comercial, libre de subordinación y dependencia.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. No las habrá en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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,

RESUELVE

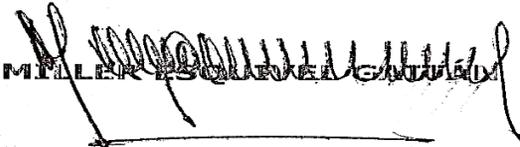
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de noviembre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera se confirman. No las habrá en el grado jurisdiccional de consulta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIÉRREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM RAFAEL MÁRQUEZ PEÑARANDA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
AFP PORVENIR S.A. Rad. 2017 – 00688 Juz. 24**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

WILLIAM RAFAEL MÁRQUEZ PEÑARANDA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Pensión de vejez a cargo de Colpensiones.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Nació el 13 de septiembre de 1957. Comenzó a cotizar al ISS desde el 11 de marzo de 1988. El 25 de octubre del 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en Porvenir, no obstante continuo cotizando durante varios años al ISS estando multivinculado. El asesor de Porvenir, por medio de engaños lo persuadió para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual. Tampoco le informó el monto

mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. En el año 2017 Porvenir le informó que el valor de la mesada pensional sería de \$1.514.000 muy inferior a la que obtendría si estuviera afiliado al régimen de prima media que según sus cálculos correspondería a \$4.894.523. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 117 a 124. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de afiliación al ISS y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico y prescripción.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 154 a 161. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; las reclamación elevadas ante esa entidad y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de la obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir y le ordenó a esta última a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo las sumas adicionales y los rendimientos. Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que se retire del sistema general de pensiones. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades, esto es; ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e inconvenientes de un traslado de régimen, pues se limitó a allegar copia del formulario de afiliación, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia. Frente a la pensión consideró que el demandante cumplió los 62 años de edad en el año 2017 y ha cotizado 1.512 semanas hasta el año 2018 con lo cual cumple los requisitos establecido en la Ley 797 de 2003, no obstante debido que aun labora y no se ha retirado del sistema general de pensiones su disfrute se dará a partir de la fecha de desafiliación.

Recurso de Apelación

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el traslado de régimen fue valido ya que el demandante fue debidamente asesorado para el momento del traslado como expresamente lo consignó el demandante en el formulario de afiliación y en todo caso ha sido asesorado en varias oportunidades por Porvenir quien le envió extractos de sus saldos y en el año 2017 le informó el monto de la pensión y en todo caso esa entidad no le ha causado ningún perjuicio. Se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen. Agrega que en todo caso el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen y que se debe revocar la condena por concepto de sumas adicionales ya que las mismas no se han pagado por ninguna entidad.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Señala que se ratifica en todos y cada uno de los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se probó de forma fehaciente el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado de régimen.

Parte demandada

Colpensiones: Solicita se revoque la sentencia ya que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez y no se demostró la existencia del algún vicio en el consentimiento y por el contrario el demandante reconoció que se afilio voluntariamente, además este tipo de traslados puede generar descapitalización del sistema.

Porvenir: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio se probó que esa entidad actuó de buena fe y conforme la legislación vigente para el momento del traslado de régimen.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen. Igualmente La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso parcialmente para la demandada Colpensiones, frente a las condenas que por concepto de pensión de vejez se le impusieron.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 67 a 80 y 98 a 107, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 10 de octubre y 14 de noviembre de 2017, en la que solicitó la nulidad del traslado de régimen y el reconocimiento de la pensión de vejez, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 25 de octubre del 2000 cuando solicitó su vinculación a Porvenir vinculación que actualmente mantiene (fl. 163).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Porvenir no suministró suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 25 de octubre del 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 163), con la cual cumpliría los requisitos que

consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

Y esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba, de la parte actora hacia la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al demandante una información general donde explicaban los beneficios del régimen, lo cual es ratificado por el demandante en el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 17 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Porvenir, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

pensión, el demandante no efectuó ninguna gestión para buscar su traslado o por el hecho de que la demandada enviara periódicamente extractos de cuenta de ahorro al demandante, pues esas situaciones no se consideran suficientes para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él.

Resulta desacertada la afirmación en el sentido de que las características de los dos regímenes pensionales están consagradas en la ley, luego no era necesario que el fondo de pensiones le explicara al demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera; la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen, debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Orden de devolver las sumas adicionales

Frente a la viabilidad de la orden devolver las sumas adicionales que haya recibido, impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar que tales condenas son consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidas las sumas adicionales que la AFP haya recibido en virtud de los contratos suscritos con las aseguradoras para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, no obstante la orden impartida por la juez se circunscribe únicamente al caso de haberlos recibido, de lo contrario no habrá lugar a su devolución.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al demandante no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conllevará a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Tiempo de cotizaciones y reconocimiento de la pensión

No se controvierte en esta instancia que el demandante cotizó en toda su vida laboral hasta el momento de presentación de la demanda 1.480 semanas (fl. 50), contabilizando las que hizo por efecto del traslado de régimen en Porvenir (857 semanas RAIS + 619 ISS), igualmente se debe aclarar que el derecho pensional del demandante se debe estudiar bajo la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 1993, ya que por haber nacido el 13 de septiembre de 1955 (fl. 32) no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pues para su entrada en vigencia tan solo contaba con 39 años de edad y del mismo modo tampoco había cotizado 750 semanas para esa data (fl. 126), con lo que se concluye que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003⁴, como bien lo estableció la Juez A quo y conllevara a confirmar la sentencia frente a este aspecto.

Disfrute de la pensión

Frente al disfrute de la pensión es importante tener en cuenta el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990⁵, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Conforme a las documentales obrantes a folio 199 vto, se verifica que el demandante para la fecha de presentación de la demanda continuaba cotizando, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite la desafiliación del sistema. No obstante, se debe aclarar que como Colpensiones a la fecha no ha recibido los valores de la cuenta de ahorro individual que poseía el demandante en el fondo privado, la obligación del reconocimiento pensional por esta entidad surgirá solo cuando se acredite el traslado de dichos fondos por parte de la AFP Porvenir, lo que implica modificar la sentencia en este aspecto.

Liquidación de la pensión

Frente a la forma de liquidar la pensión es pertinente recordar que se deberá calcular conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993⁶, el cual señala que el IBL se debe liquidar

⁴ ARTÍCULO 9. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. 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**.

⁵ **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. (Subrayado fuera del texto)

⁶ "ARTÍCULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere

teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laborado, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas o más, requisitos que cumple el actor pues cotizo **1.480** semanas en toda su vida laboral y el frente a la tasa de reemplazo a aplicar encuentra la Sala que se debe calcular conforme el artículo 34 de la Ley 100 de 1993⁷, parámetros que deberá tener en cuenta Colpensiones para el momento en que liquide la pensión al demandante, ya que no es posible liquidar la pensión en este momento debido a que el actor aun continua cotizando.

Excepción de Prescripción frente a las mesadas pensionales

Como quiera que se está ordenando el reconocimiento de la pensión a partir de que el acto acredite la desafiliación al sistema, es evidente que no ha transcurrido el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. y no estaría prescrita ninguna mesada.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de modificarse la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo"

⁷ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

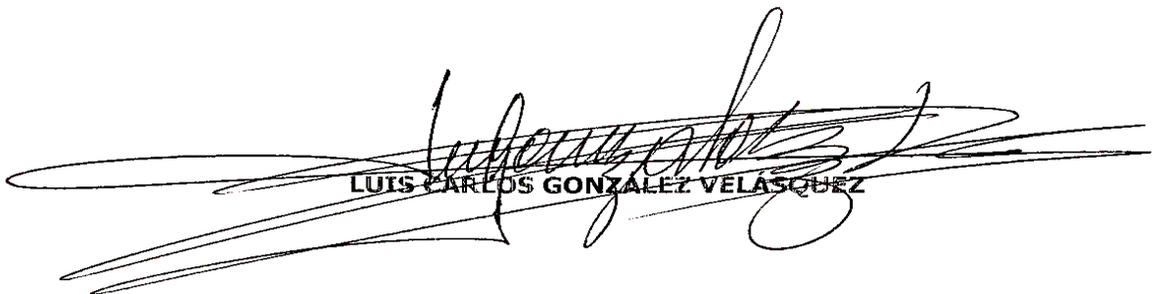
PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal sexto (6º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 16 de mayo de 2019, el cual quedara así: "**SEXTO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de **WILLIAM RAFAEL MÁRQUEZ PEÑARANDA**, a partir del momento en que acredite la desafiliación del sistema, cuyo monto se deberá calcular conforme las directrices impartidas en la parte motiva de esta sentencia.

Se aclara que el derecho pensional se hará exigible desde la fecha en que Colpensiones reciba todos dineros por parte de la AFP Porvenir, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia."

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente Porvenir. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME ENRIQUE CRUZ CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE Rad. 2018 – 00049 01 Juz. 07

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JAIME ENRIQUE CRUZ demandó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Pensión sanción.
- Retroactivo.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 7. Fue trabajador del Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 10 de diciembre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1993 cuando fue despedido por supresión del cargo. Fue vinculado mediante contrato de trabajo, para desempeñar el cargo de Campamentero Celador y por tanto siempre se desempeñó como trabajador oficial, condición que se encontraba consignada en el Decreto 459 de 1985, 3151 de 1990 y en la Convención Colectiva vigente para 1994. Devengaba un jornal diario que le era pagado por los días laborados. Presentó reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contesto en la forma y términos del escrito visible a folios 77 a 91. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta que fue vinculado mediante contrato de trabajo, los extremos de la relación laboral, el cargo desempeñado y la razón de su desvinculación.
- Formuló como excepciones de mérito las de; presencia de un mejor derecho, incompatibilidad prestacional y buena fe patronal.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo, en la cual dispuso condenar al MINISTERIO DE TRANSPORTE a reconocer y pagar la pensión restringida de jubilación a partir del 24 de septiembre de 2017, en una cuantía inicial de \$1.069.311,08 y ordeno el pago del retroactivo que se cause debidamente indexado. Llegó a tal conclusión luego de establecer que la pensión consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 estuvo vigente hasta la expedición de la Ley 100 de 1993, además de que se demostró que el actor laboró para el Ministerio de Transporte y Obras Publicas más de 12 años, su vinculación término sin justa causa debido a la supresión de su cargo y por consiguiente es posible aplicar estos preceptos tratándose de pensiones restringidas de jubilación y a partir del 24 de septiembre de 2017 que cumplió los 60 años, pues la edad no es requisito para el nacimiento del derecho, tan solo es una condición de exigibilidad y el valor de la mesada inicial la calculó teniendo en cuenta el último año de servicio al cual aplicó una tasa de reemplazo del 45%, la cual se debe ser compartir con cualquier otra prestación de carácter pensional que se le reconozca.

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso al Ministerio de Transporte y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita confirmar la sentencia de primera instancia en su integridad ya que el actor cumplió con los requisitos para que le sea reconocida la

pensión sanción establecida en Ley 171 de 1961, la cual debe ser asumida por el ultimo empleador.

Parte demandada: Indica que no es procedente el reconocimiento pensional por cuanto el demandante no cumple con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión sanción dispuesta en el artículo 8 la Ley 171 de 1961 y que se debe tener en cuenta que si el trabajador no cumplió con los requisitos para obtener su pensión no fue por culpa de su empleador y por tanto no procede este tipo de pensión sanción.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito obrante a folios 32 a 34 del expediente, consistente en el escrito de fecha 10 de octubre de 2017 mediante el cual el demandante solicitó la pensión proporcional de jubilación, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia del contrato de trabajo

No se controvierte en esta instancia que entre el demandante y el extinto Ministerio de Obras Públicas y Transporte existió un contrato de trabajo entre el 10 de diciembre de 1981 y el 30 de diciembre de 1993, conforme se desprende de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Transporte (fl. 24), de la copia del contrato de trabajo (fls. 192 y 193) y la Resolución 019765 del 30 de diciembre de 1993 mediante la cual se le reconoce la indemnización por terminación del contrato (fls. 197 y 198). Del mismo modo tampoco se discute que el demandante le fue finalizado el contrato de trabajo sin justa causa al haber sido desvinculado por la supresión de su cargo en virtud del Decreto 20994 de 21 de octubre de 1993 y así lo acepta expresamente la demandada al contestar la demanda (fl. 79)

Vigencia de las normas aplicadas.

Frente a la pérdida de vigencia de la norma en virtud de la cual se reconoció la pensión, por la expedición de la Ley 50 de 1990 y la Ley 100 de 1993, se tiene que el juez de primera instancia accedió a lo pretendido, bajo lo reglado en el artículo 8º de la

Ley 171 de 1961¹, norma que fue reglamentada por el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969².

Debe la Sala aclarar que si bien la Ley 100 de 1993, creó un sistema general de pensiones, el cual empezó a regir a partir del 1º de abril de 1994 y en principio derogó la mayoría de los regímenes existentes para aquel entonces, esta misma ley en su artículo 11 consagró expresamente que se respetarían todos los derechos y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores, para quienes a la fecha de su entrada en vigencia hubieran cumplido los requisitos para acceder a una pensión³. Norma que no eliminó la posibilidad de que algunas personas que cumplieran los requisitos, siguieran accediendo al reconocimiento de pensiones consagradas en normas anteriores.

¹ **Artículo 8o.** *El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

*Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. **Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.***

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios. En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

Parágrafo. *Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial. (Subrayado fuera de texto)*

² **Artículo 74º.- Pensión en caso de despido injusto.**

1. El empleado oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa después de haber laborado durante más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos, en una "o varias entidades", establecimientos públicos, empresas del estado, o sociedades de economía mixta, de carácter nacional, tendrá derecho a pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. (Declarada nula la frase que dice: "... o varias entidades..." entre comillas. Consejo de Estado, fallo del 12 de noviembre de 1981).

2. *Si el despido injusto se produjere después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tiene derecho a la pensión al cumplir los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si entonces tiene cumplida la expresada edad.*

3. *Si el trabajador oficial se retirare voluntariamente después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.*

4. *La cuantía de la pensión de jubilación, en todos los casos citados en los incisos anteriores, será directamente proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido al trabajador oficial en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.*

5. *La pensión a que se refiere este artículo, así como los pensionados en cuanto a sus deberes y derechos, se regirá, en todo lo demás, por las disposiciones pertinentes de este Decreto y del Decreto 3135 de 1968. (Subrayado fuera de texto)*

³ **ARTÍCULO 11.** *El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.*

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.

Por otro lado la Ley 50 de 1990 en su artículo 37 consagró la pensión restringida de jubilación y en lugar de eliminar lo reglamentado en la Ley 171 de 1961, reitero su contenido⁴, contemplando la posibilidad de que aquellos trabajadores que prestaron sus servicios durante más de 10 años y menos de 15 y sean despedidos sin justa causa, pudieran obtener su pensión de jubilación.

Precepto este último que si bien es cierto fue finalmente derogado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993⁵, se debe tener en cuenta que el actor cumplió los requisitos para acceder a la pensión de jubilación proporcional, con anterioridad a la expedición de esta normativa. Esto si se tiene en cuenta que la norma enunciada establece como requisito para acceder a esta pensión, que el trabajador haya cumplido más de 10 y menos 15 años de servicios y sea despedido sin justa causa, deje atado el disfrute a la condición del cumplimiento de la edad de 60 años, requisito este último que no es necesario para la causación del derecho sino para su exigibilidad. Así lo ha considerado de antaño data la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias como la fechada el 29 de enero de 2008 con radicación No. 30058 cuyo ponente fue el Dr. Camilo Tarquino Gallego, reiterado en la de 10 de agosto de 2010 con radicación No. 38885 cuyo ponente fue el Dr. Luis Javier Osorio López⁶ y la SL16386-2014 del 12 de noviembre de 2014 con radicación No. 38048 cuyo ponente fue el Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas⁷.

⁴ **Artículo 37. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, quedará así:**

Artículo 267. Pensión después de diez y de quince años de servicio.

(...)

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. **Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.**

⁵ **ARTÍCULO 133. PENSIÓN SANCIÓN. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:**

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

⁶ "Sobre lo primero, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que la pensión restringida de jubilación consagrada en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causa con el retiro voluntario del trabajador y el tiempo de servicio allí establecido, siendo por lo tanto la edad mínima de la persona beneficiaria de la misma, que en él se menciona, solo un requisito para su exigibilidad"

⁷ "En términos sencillos: si el trabajador cumplió los supuestos de hecho de la pensión proporcional de jubilación contenidos en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, que como es sabido para casos como el que aquí se estudia eran dos: 15 años de servicio y retiro voluntario, dentro del cual queda comprendido el titulado 'por mutuo acuerdo' o producto de una conciliación, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho pensional se causó, quedando pendiente de su exigibilidad a la fecha del cumplimiento de los 60 años de edad, con independencia de que el trabajador hubiere sido afiliado o no al ente de

Así las cosas, teniendo en cuenta que el demandante laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte entre el 10 de diciembre de 1981 y el 30 de diciembre de 1993 (fl. 24), para un total de 12 años y 10 días, descontando 11 días en que fue suspendido y su retiro fue sin justa causa, se concluye que es procedente el reconocimiento de la pensión, a partir de la fecha en la que cumpla 60 años edad, conforme lo determinó el Juez A-quo.

Liquidación de la pensión

Para hallar el monto de pensión se debe tener en cuenta el promedio de lo que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, conformado por los factores salariales contemplados en el artículo 3º ibídem, reformado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, a saber: *asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizada en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio* (CSJ sentencia SL 2427 de 17/02/2016, Rad. 52399 y SL-13192 de 23/09/15 Rad. 62723).

Por lo tanto no es correcto, como solicita la parte actora y a lo cual accedió el juzgado, calcular la pensión con el promedio salarial de todo lo devengado en último año de servicios certificado por la demandada (fls. 105), que informa que este componente ascendió a \$3.695.748 anual, para un promedio de \$307.979 mensual, ya que solo es procedente aplicar los factores salariales mencionados con anterioridad, en este caso, el salario de **\$127.182,66** (\$1.526.192/12 fl.113), horas extras **\$18.752,79** (\$225.033,48/12 fl. 113) y dominicales y festivos **\$55.526,89** (\$666.322,77/12 fl. 113), estos factores, no en su totalidad, sino, en una doceava de lo certificado por tratarse de pagos mensuales en un año de servicios de trabajador oficial, pues se recuerda que el IBL corresponde al promedio de lo que sirvió de base mensual para los aportes durante el último año de servicios, como se explica a continuación:

Sueldo básico	\$127.182,66
Horas extras	\$18.752,79
Dominicales y festivos	\$55.526,89

seguridad social, pues, como igualmente se ha sido dicho por la jurisprudencia, tal tipo de prestaciones se causan o estructuran a la terminación del vínculo laboral, de manera que, la edad es apenas una condición de exigibilidad"

Salario promedio	IPC inicial	IPC final	Factor	Salario indexado
\$201.462,34	17,39507	133,39977	7,66	\$1.544.979,68
			Tasa	45%
			Pensión 2017	\$695.240,85

En este punto se precisa que se tomó como IPC inicial el de diciembre de 1992 y como IPC final el de diciembre de 2016, según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602, que arroja como resultado el valor de **\$1.544.979,68**. Suma a la que se le aplica la tasa de reemplazo del 45%⁸, lo que arroja como valor de la primera mesada pensional **\$695.240,85**, no obstante como resulta inferior al salario mínimo del año 2017 (\$737.717) y por disposición legal no es posible reconocer pensión por debajo de tal cuantía⁹ se debe reconocer la pensión en una mesada inicial de **\$737.717** correspondiente al salario mínimo del año 2017 que es inferior a **\$1.069.311,08** en el cual reconoció el juez la mesada pensional, lo cual conducirá a modificar la sentencia en este aspecto.

Compartibilidad pensional

Claro lo anterior es preciso hacer referencia a la compartibilidad de las pensiones, de lo cual la máxima Corporación Laboral en sentencia del 29 de marzo de 2005 radicada bajo el No 23507 con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz, precisó que la **compartibilidad**, nace una vez se comienza a pagar la prestación pensional por la entidad administradora pensional (antes el ISS hoy por Colpensiones), por lo tanto se comparten el valor de la pensión de vejez con la de jubilación que pagaba el empleador y las mesadas adicionales, siendo el último el responsable del pago del mayor valor si lo hubiere.

En el sub examine, es preciso señalar que en caso de que se haya reconocido o de que se reconozca la pensión de vejez por parte de Colpensiones, es procedente la compartibilidad pensional y como consecuencia de ello, la entidad demandada estaría

⁸ proporción al tiempo trabajado (12 años y 10 días)

⁹ Artículo 35 de la ley 100 de 1993: "El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente."

obligada a pagar el mayor valor que se obtenga entre la pensión de jubilación que se está reconociendo y la pensión de vejez que Colpensiones este reconociendo o eventualmente reconozca, lo cual conllevara a confirma la sentencia en este aspecto.

Excepción de Prescripción

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el 24 septiembre de 2017 (fl. 23) fecha en que el actor cumplió 60 años de edad y ya había causado la pensión, por lo tanto, como quiera que la demanda se presentó el 6 de febrero de 2018 (fl. 35), no alcanzo a transcurrir el termino trienal que regula el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

Indexación

En el evento de que las mesadas causadas no se paguen oportunamente, se deberán pagar de manera indexada. Para el efecto se deberá tener en cuenta la fecha de causación que en su momento se determine y aquella en que efectivamente se produzca el pago, por lo que resulta razonable esta condena y llevara a confirmar la sentencia en este aspecto.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. No las habrá en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR los ordinales segundo (2º), tercero (3º) y cuarto (4º) de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de marzo de 2019, los cuales quedaran integrados en un solo ordinal así: "**SEGUNDO. - CONDENAR** a la demandada **LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE** al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a favor de **JAIME ENRIQUE CRUZ**, a partir del 24 de septiembre del

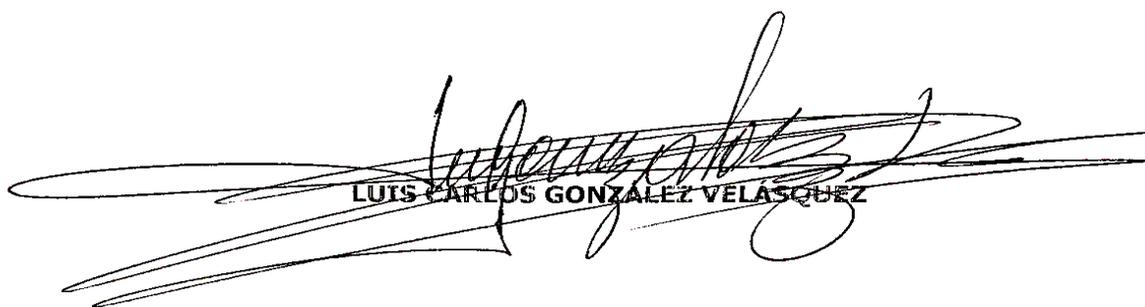
*año 2017, en una cuantía de **\$737.717** correspondiente al salario mínimo de esa anualidad, en trece mesadas anuales, cuyo retroactivo se deberá pagar debidamente indexado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.*

Se advierte de que la prestación tiene el carácter de compatible con la pensión de vejez que eventualmente reconozca Colpensiones, a partir de la cual deberá cancelar únicamente las diferencias que resulten entre el mayor valor de la pensión restringida de jubilación y el monto de la pensión de vejez con las mesadas adicionales respectivas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia”.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás, la providencia consultada.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera se confirman. No las habrá en el grado jurisdiccional de consulta.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER BOLIVAR GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HELIO FABIAN BENAVIDES PINZON
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00257 Juz. 07**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de agosto dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

HELIO FABIAN BENAVIDES PINZON demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 5 a 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Transferir a Colpensiones las cotizaciones.
- Multa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Comenzó a cotizar al ISS desde el 5 de abril de 1979. Ha laborado para la Gobernación de Cundinamarca por más de 20 años tiempo durante el cual ha vinculado al régimen de prima media con prestación definida. El 31 de julio de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en la AFP Colpatria hoy Porvenir. Los asesores de Colpatria, por medio de engaños lo persuadieron para que se afiliara, sin aclarar las implicaciones del traslado y las desventajas del régimen de ahorro individual, tampoco le

informaron el monto mínimo que debía ahorrar en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a una pensión de vejez. Solicitó ante las demandadas la invalidación del traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 43 a 68. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de traslado de régimen y la reclamación elevada.
- Formuló como excepciones de mérito las de; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia del pago de costas de instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en términos del escrito visible en fls. 78 a 94. Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos; acepta la petición elevada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe de la AFP Porvenir S.A, prescripción de la obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y ordenó a esta última devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Llegó a tal decisión luego de establecer que la AFP Porvenir no demostró que cumplió con el deber del buen consejo que deben proveer estas entidades; esto es ilustrando suficientemente al afiliado sobre los beneficios e

inconvenientes de un traslado de régimen, reuniendo así todos los elementos para declarar la nulidad del traslado según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de Apelación

El apoderado de **Colpensiones** interpuso recurso de para que se revoque la sentencia; porque se debe tener en cuenta que la ineficacia del traslado puede llegar a afectar la sostenibilidad del régimen de prima media, como lo ha reiterado la Corte Constitucional en su jurisprudencia y porque los dineros que tiene ahorrado en régimen de ahorro individual no alcanzan a financiar una pensión. Agrega que no se demostraron los vicios del consentimiento legalmente establecidos y que no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La apoderada de **Porvenir** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia, porque el demandante guardo silencio durante los procesos de fusión que esa entidad tuvo con Colpatria, además tenía a su disposición las oficinas y los asesores de esa entidad para asesorarse durante todos los años que ha estado afiliado y que por tanto se concluye que era conocedor del características del RAIS, además se debe tener en cuenta que el demandante no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y por tanto no cumplía con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para regresar al régimen de prima media y desaprovecho las oportunidades legales para trasladarse de régimen. Y que se debe tener en cuenta que para la época en que se efectuó el traslado, no existía la carga de suministrar toda la información relacionada con el cambio de régimen. Agrega que en todo caso no se demostró que la información que le fue suministrada al actor era falsa o errónea y menos aún que se incurrió en vicio en el consentimiento.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Esta parte se abstuvo de presentar alegatos.

Parte demandada

Colpensiones: Además de reiterar los fundamentos de la apelación indica que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, porque tiene plena validez sumado a que el demandante no aprovecho las oportunidades que le dio la

ley para regresar al régimen de prima media, además era su deber conocer las implicaciones del traslado de régimen.

Porvenir: Además de reiterar los fundamentos de la apelación, indica que no hay razón para que se declare la ineficacia del traslado de régimen, ya que se hizo de manera libre y voluntaria y que conforme el acervo probatorio no se puede extraer que no cumplió con su deber de asesoría y que todo descuento que hizo sobre los aportes del demandante se hizo por disposición legal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 26 y 27, contentiva de la reclamación administrativa de fecha 28 de febrero de 2018, en la que solicita el traslado de régimen, con la cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado a régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 31 de julio del 2000 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colpatria hoy Porvenir a la cual se encuentra actualmente vinculado (fls. 25).

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP Porvenir no suministró suficiente

información que le permitiera comprender sus consecuencias, además de que nunca le proyectó lo que sería su pensión en este régimen.

Al punto, aparece que si bien el actor el día 31 de julio del 2000 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colpatria hoy Porvenir (fl. 25), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la sentencia fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Quando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como erróneamente lo alegan la apoderados de las demandadas.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, ya que se limitó a allegar el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor y si bien manifiesta que previo al traslado le suministró al actor una información general donde explicaban los

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

beneficios del régimen, lo cual es ratificado por el demandante en el interrogatorio de parte, Porvenir no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 16 años para alcanzar la edad de pensión. Obligación que no se diluye por el hecho de que no efectuó las gestiones necesarias para trasladarse de régimen conforme las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, pues en todo caso esta acción le garantiza la recuperación del régimen de transición sin ningún miramiento adicional.

Insuficiencias que contrario a lo considerado por la apoderada de Porvenir, no se subsanan por el hecho de que previo a faltarle menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, el demandante no busco su traslado, pues esta circunstancia no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en él, ni tampoco por el hecho de que permaneció más de 18 años efectuando cotizaciones sin manifestar inconformidad frente al régimen pensional, pues evidentemente tales inconformidades solo salen a flote cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión y empieza a indagar por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Tampoco es valedero el argumento de la apoderada de Porvenir según el cual, como para el momento en que se trasladó de régimen le faltaban muchos años para alcanzar su pensión y no era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no se le estaba vulnerando ningún derecho, pues la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones. Este aspecto igualmente ha sido ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴.

⁴ "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Igualmente resulta desacertada la afirmación de la apoderada de Porvenir al manifestar que al estar consagradas las características de los dos regímenes pensionales en la ley, no era necesario que el fondo de pensiones le explicara al demandante las implicaciones de trasladarse de régimen, pues se reitera, la exigencia de que la AFP suministre a sus afiliados una información completa y comprensible, fue inicialmente de desarrollo jurisprudencial, por la evidente complejidad del tema, a pesar del contenido de la Ley 100 de 1993 y porque en la actualidad es indudable que para que una persona pueda ser beneficiaria de las ventajas que ofrece ese régimen debe tener en la cuenta individual un saldo sumamente alto que nunca se alcanzara con los aportes regulares que hace un trabajador en su vida laboral.

Del mismo modo aparece desatinada la manifestación de los apoderados de entidades demandadas al indicar que la ineficacia del traslado y el posterior regreso del demandante a régimen de prima media va generar una descapitalización del régimen, lo cual además de demostrar un total desconocimiento del régimen de prima media ignora que estos afiliados regresan al Colpensiones con la totalidad de aportes y los rendimientos generados en el RAIS, lo que contribuye con la financiación no solo de sus pensiones si no la de los demás afiliados al régimen de prima media y aunque eventualmente tendrá que reconocer las pensiones y/o prestaciones a que tengan derecho estos afiliados, su entrega no se hace en un solo pago sino de forma periódica y gradual, lo cual garantiza el sostenimiento del sistema piramidal de este régimen.

Así las cosas, es evidente para esta Sala que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

DECISIÓN

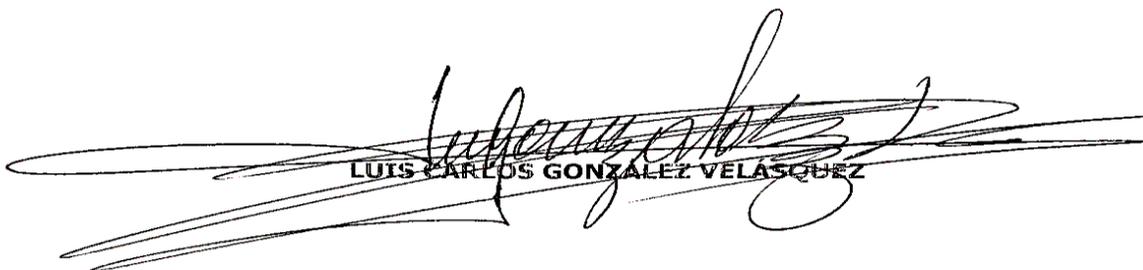
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes AFP Porvenir y Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR