

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA MARÍA GUANUMEN TALERO CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP Rad. 2016 00076 01 Juz. 32.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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

GLORIA MARÍA GUANUMEN VALERO 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. 3.

- Sustitución pensional en cuantía del 50%.
- Indexación de la mesada pensional.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 3.

Al señor JOSÉ TEODORO CASTRO GONZÁLEZ (Q.E.P.D.) se le reconoció pensión a partir del 7 de julio de 1994 con una mesada de \$158.004,67. Falleció el 20 de junio de 2014. La señora GLORIA MARÍA convivió con el causante dependiendo económicamente de él, desde el 17 de marzo de 1997 hasta su fallecimiento compartiendo techo, lecho y mesa. Solicitó ante la demandada CAPRECOM el

reconocimiento de la sustitución pensional la que fue despachada desfavorablemente para la actora y para la señora MARÍA DEL CARMEN WILCHES DE CASTRO mediante la Resolución No. 001378 del 28 de noviembre de 2014. Mediante la resolución 000212 de 17 de marzo de 2015 al resolver el recurso, se dispuso reponer la anterior decisión, y en su lugar se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de MARÍA DEL CARMEN WILCHES DE CASTRO y GLORIA MARÍA GUANUMEN VALERO en proporción de 77,18% y 22,82% respectivamente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad, con la vinculación de MARÍA DEL CARMEN WILCHES DE CASTRO en calidad de litis consorte necesario y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** en los términos del escrito visible a fls. 43 a 45.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, solo aceptó la negación de la prestación económica mediante la Resolución No. 001378 del 28 de noviembre de 2014.
- Formuló como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario, como excepciones de mérito formuló las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

La vinculada **MARÍA DEL CARMEN WILCHES DE CASTRO** en los términos del escrito visible a fls. 238 a 243.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de defunción del causante y la negación de la prestación económica mediante la Resolución No. 001378 del 28 de noviembre de 2014.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligación y cobro de lo no debido, y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que absolvió a la demandada y declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Llegó a tal conclusión, luego de establecer que en los casos de pensión de sobrevivientes y la indemnización sustitutiva, la norma que regula el caso es la que se encuentra vigente al momento en que ocurre el deceso del afiliado y que como José Teodoro Castro González falleció el 20 de junio de 2014, para esa fecha regía lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003; concluyó que las beneficiarias de la sustitución pensional son las señoras GLORIA MARÍA GUANUMEN VALERO en calidad de compañera y MARÍA DEL CARMEN WILCHES DE CASTRO como esposa, determinó que no existió convivencia simultánea por lo que la pensión se otorga en proporción al tiempo de convivencia con el causante; si bien encontró una diferencia en la distribución de la pensión con la reconocida por CAPRECOM, no la modificó por no haber pretensión en este sentido por parte de la vinculada como litis consorte.

Recurso de apelación

La parte demandante solicita que se revalúe la decisión y se tenga en cuenta que en su momento CAPRECOM actuó sin competencia conforme lo dispone la Ley 1204 de 2018. Pide que se tenga en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado que reconoce la igualdad de la pensión en casos de separación de hecho y que no existió una convivencia simultánea.

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

Parte demandante: solicita la revocatoria del fallo de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta la sentencia T-301/10 de la CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia 32322017 de septiembre 27 del 2018 del CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA, así como el principio de favorabilidad previsto en la Sentencia T-084/17.

Parte demandada: considera se debe confirmar la sentencia apelada, al no existir documento alguno que demuestre la convivencia entre el causante y la demandante mayor a los 8 años que se señaló al presentarse la demanda y que fueron tenidos en cuenta por la UGPP al reconocer la pensión solicitada. De igual forma quedó demostrado y concluido por el despacho de conocimiento que la UGPP, reconoció proporcionalmente la pensión de sobrevivientes a cada una de las reclamantes, de conformidad con el tiempo de convivencia.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución 000212 del 17 de marzo del 2015 expedida por CAPRECOM donde se dispuso reponer la Resolución 001378 de 2014, y se ordenó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor José Teodoro Castro González en un 77.18% a favor de María del Carmen Wilches y en un 22.82% a favor de Gloria María Guanumen, 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 del causante José Teodoro Castro González, por cuanto mediante Resolución 1386 de 1 de julio de 1994 (fls. 10 a 13) la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM le reconoció pensión de jubilación.

Sustitución Pensional

Debe la Sala precisar que por la fecha del fallecimiento del causante (20/06/2014 –fl 29), la norma que gobierna la sustitución pensional es el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003¹, la cual dispone en el artículo 47 los requisitos que debe acreditar quien pretenda sustituir al pensionado fallecido². La cónyuge y/o

¹ **"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,"

² **ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

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"*.

La condición de beneficiarias de GLORIA MARÍA GUANUMEN VALERO en calidad de compañera y MARÍA DEL CARMEN WILCHES DE CASTRO como esposa con separación de hecho no se discute, tampoco el tiempo de convivencia de cada una con el causante, lo que les permite consolidar su derecho a la sustitución de la pensión que disfrutaba el causante; como fue reconocido por la demandada y el a quo.

Corresponde a continuación establecer la proporción a favor de cada beneficiaria, por lo que se debe acudir a lo dicho por la corporación de cierre de esta jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, sin que sea posible recurrir a lo sentado por el Consejo de Estado Sección Segunda en sentencia 32322017 de septiembre 27 del 2018 para así determinar su viabilidad basados en los supuestos facticos; como quiera que la Sala Laboral ha tratado en múltiples oportunidades casos similares al aquí estudiado y tiene fijados los lineamientos de manera clara y precisa en caso de sustitución pensional como el que se analiza. En ese orden, la CSJ en sentencia SL1399 de 2018 con ponencia Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, señaló:

a. Convivencia no simultánea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente

El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse separado de hecho y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo.

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;'.

En el caso de estudio, el a quo estableció el tiempo de convivencia de cada una de las beneficiarias que valga decir coincide con los establecidos por CAPRECOM, y realizados los cálculos correspondientes advirtió una diferencia frente al reconocimiento efectuado, sin embargo no realizó modificaciones por no haber elevado pretensiones la vinculada. Esta sala tomando las fechas establecidas por el a quo realizó las operaciones aritméticas y encontró ajustados los porcentajes reconocidos por la caja de previsión social en un 77.18% a favor de María del Carmen Wilches y en un 22.82% a favor de Gloria María Guanumen, lo que conlleva a desestimar los argumentos del apelante.

La competencia de CAPRECOM para resolver sobre la sustitución pensional, radica en su naturaleza jurídica, así como en su objeto conforme el parágrafo 1 del Art. 2 de la Ley 314 de 1996³, por lo que dentro de la órbita de sus facultades la caja de previsión expidió la Resolución 000212 mediante la cual realizó el reconocimiento pensional; se resalta que la liquidación de la entidad se ordenó mediante el Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015, por lo que se encontraba funcionando para el 17 de marzo del 2015, data de expedición del acto administrativo. Si bien la entidad pudo incurrir en mora en la expedición del reconocimiento de conformidad con la Ley 1204 de 2008 que señala el procedimiento de traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales, esto no es razón para predicar vicio alguno que pueda llegar a invalidar lo que allí se dispuso.

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 la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

³ **PARÁGRAFO 1o.** *La Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom, en el campo de las pensiones, operará como una entidad Administradora del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida para aquellas personas que estuviesen afiliadas a 31 de marzo de 1994, sin perjuicio de la libre elección que consagra la Ley 100 de 1993.*

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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de abril 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. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

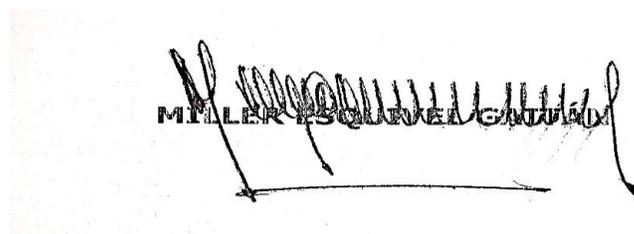
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GÓMEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL de CELIMO SÁNCHEZ NAÑEZ contra LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. RAD. 2016 00606 JUZ 36.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

CELIMO SÁNCHEZ NAÑEZ demandó a la LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 2 y 3.

- Pensión Convencional.
- Indexación de la primera mesada pensional.
- Uso de las facultades Ultra y Extra petitia.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 4. Se vinculó con la extinta IDEMA el 16 de mayo de 1984, entidad que el 9 de octubre de 1997 comunicó al demandante la terminación unilateral y sin justa causa a partir del 15 de octubre de 1997. Acudió a la jurisdicción ordinaria laboral a través de demanda de fuero sindical, la que en sentencia de fecha 4 de agosto de 2000 declaró la ineficacia del despido efectuado por el IDEMA a algunos trabajadores, fallo que fue confirmado parcialmente por el Tribunal Superior del distrito Judicial de Popayán y dispuso incluir al actor como beneficiario de la sentencia de primer grado. Decisión que declaró la no

solución de continuidad de las relaciones labores para efectos salariales y prestacionales. El ministerio de Agricultura dio cumplimiento a la anterior decisión mediante Resolución 360 de fecha 26 de diciembre de 2002, acto en el que incluyó como fecha de finalización el 10 de agosto de 2001, data para la cual el salario correspondía a la suma de \$1.107.396, acumulando más de 15 de años de servicios. Le es aplicable la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998 suscrita con el sindicato SINTRAIDEMA, que contempla en su artículo 98 el derecho a la pensión convencional. Las obligaciones prestaciones del IDEMA fueron asumidas por el Ministerio de Agricultura. Nació el 17 de marzo de 1955 y cumplió los 50 años de edad en el 17 de marzo de 2005, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión el 29 de junio de 2015 la cual fue resuelta de manera desfavorable.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 143 a 172.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos no aceptó el contenido de ninguno de ellos.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de integración de litis consorcio necesario, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, compensación, pago de buena fe, presunción de legalidad, de la aplicación del artículo 33 de la Ley 100/93, prescripción y compartibilidad.

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 a reconocer y pagar al actor la pensión convencional por despido injusto, a partir del 29 de junio de 2013, en cuantía equivalente a \$925.686 para el año 2005, por 14 mesadas al año y con los reajustes de ley y declaró probaba parcialmente la excepción de prescripción. Llegó a esa conclusión luego de determinar que el demandante fue despedido sin justa causa y que cumplía con las exigencias del artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo vigente para el periodo 1996-1998, suscrita entre el extinto INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA y el SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRAIDEMA y que la edad de los 50 años es solo un requisito de exigibilidad. El

IBL lo calculó teniendo en cuenta lo dispuesto en la misma norma convencional, suma que indexó al año 2005 y aplicó una tasa de remplazo de 64,61% proporcional al tiempo de servicios establecida convencionalmente. Declaró la prescripción de las mesadas causadas con antelación al 20 de junio de 2013 por haber interrumpido el término trienal con la petición de fecha 20 de junio de 2016.

Recurso de apelación

Parte Demandada: Resalta que el contrato no terminó sin justa causa, como quiera que el extinto IDEMA finalizó el contrato facultado por el Decreto ley 1675 de 1997, por lo que se debe tener su finalización por una causa legal. Consecuencia de la supresión de la entidad de conformidad con el artículo 407 del CST y artículo 50 de la norma convencional es la disolución del SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRAIDEMA.

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

La Parte demandante: Considera se debe confirmar la sentencia de primera instancia, como quiera que a la parte demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional por despido injusto en cumplimiento a los requisitos consagrados en la convención colectiva suscrita entre las partes.

Parte demandada: MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL peticiona se revoque la decisión proferida, ya que el Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA quedó liquidado y clausurado definitivamente y en consecuencia el Sindicato Nacional de Trabajadores del IDEMA – SINTRAIDEMA, también fue disuelto, quedando así sin vigencia la convención colectiva suscrita. De igual manera, indica que entre las partes no se ejerció vínculo de subordinación por cuanto no pudo establecerse la existencia de la relación laboral.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL en los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados¹.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición elevada ante el Ministerio de Agricultura el 29 de junio de 2016 (fl 9 a 12) a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la pensión sanción, la cual fue negada por considerar que no se enmarca dentro de los supuestos de la norma convencional, esto es el despido injusto bajo el argumento de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Popayán y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

De la relación laboral y sus extremos

Se constata con la Resolución 00360 de 2002 emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que el demandante estuvo vinculado laboralmente con el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA desde el 16 de mayo de 1984 y hasta el 10 de agosto de 2001. En esta misma documental se plasmó como salario promedio mensual para el año 2001 la suma de \$1.107.396,00.

Frente a la terminación legal del contrato de trabajo que alega el recurrente bajo el amparo del Decreto ley 1675 de 1997 que ordenó la supresión del IDEMA y la desvinculación de sus trabajadores, tal argumento no es de recibo conforme lo expresado por la SL-CSJ de manera reiterada, por ejemplo, en la SL5341-2019:

"Ahora, en lo que tiene que ver con el segundo cargo, desde ya es dable advertir que el Tribunal no incurrió en ninguna exegesis equivocada de los preceptos denunciados por la censura. Simplemente, el sentenciador de la azada consideró que frente a la supresión de cargos o entidades, si bien constituye un modo legal de terminación de los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, no es, sin embargo, una justa causa que exonere de la pensión sanción. Y ese entendimiento es el que le ha dado la Corte reiteradamente, como puede observarse, entre otras muchedumbres, en la sentencia de casación del 23 de febrero de 2010, radicación 36479, cuyas orientaciones han sido mantenidas por la Corte,..."

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.

Ahora, se tiene que el Juzgado Segundo Laboral de Popayán declaró la ineficacia del despido de los demandantes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán modificó esta decisión para incluir a CELIMO SÁNCHEZ ÑAÑEZ dentro de los beneficiarios de la decisión, adicional declaró la no solución de continuidad de las relaciones laborales hasta la ejecutoria de la sentencia, e indicó que esa fecha se tendrá para todos los efectos legales como la de terminación definitiva del vínculo laboral. Sin embargo la SL-CSJ en la sentencia SL4538-2018, donde se desarrolló el estudio de un caso de supuestos facticos similares al que ocupa a esta Sala y en contra de la misma demandada, señaló que es aplicable lo previsto en la convención colectiva de trabajo tal y como esa entidad lo efectuó en la Resolución 00360 de 2002, en cumplimiento de la orden judicial². Adicional reiterando la sentencia SL021-2018, expresó:

"Por manera que si la propia demandada, legalmente encargada de responder por las obligaciones laborales de la empleadora, no puso en duda la vigencia de la convención colectiva de trabajo y, por el contrario, la aplicó, fuerza concluir que, al restarle efectos a ese convenio, el Tribunal en efecto incurrió en los desaciertos denunciados, al inaplicar la Convención Colectiva de Trabajo, vigente en los años 1996 a 1998, celebrada entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA" y su sindicato de trabajadores; no obstante, se insiste, que la misma demandada reconoció a la actora los beneficios allí establecidos, a pesar de la supresión y liquidación de la empresa que la suscribió."

En consecuencia, queda demostrada la relación laboral que existió entre las partes, los extremos del contrato, la terminación y el salario devengado.

De la pensión convencional

Solicita el demandante que se condene a la demandada a reconocer la pensión prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1996-1998, la cual se aportó a folios 59 a 118, y que prevé:

*"ARTICULO 98. PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación desde la fecha de despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.
Si el despido injusto se produjere, después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tendrá derecho a la pensión, al cumplir cincuenta (50)*

² "En cuanto al régimen salarial y prestacional, ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, que si bien la liquidación total de una empresa o entidad genera la extinción de la respectiva convención colectiva de trabajo, debe tenerse en cuenta que algunos de estos efectos pueden prolongarse en el tiempo dado el carácter normativo de las convenciones colectivas. En atención a esta preceptiva se liquidarán las acreencias contenidas en la sentencia con base en el salario establecido en dicha providencia atendiendo los preceptos de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la liquidación de la empresa para efectos de los incrementos salariales (artículo 116)."

años de edad, o desde la fecha del despido, si para entonces tiene cumplida la expresada edad.

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."

Frente al tema que se somete a estudio, la CSJ – SL en diferentes decisiones entre ellas las SL5341-2019, SL5361-2019, SL5183-2019, SL5136-2019 , SL3262-2019 y SL-2597-2018, entre otras tantas, ha explicado que las condiciones para que prospere la prestación deprecada, es el cumplimiento del tiempo de servicio a la Institución y el retiro, siendo el cumplimiento de la edad solo un requisito de exigibilidad, en particular en la sentencia SL3150-2019, precisó:

"Así las cosas, se tiene que la demandante reunió los requisitos para la causación de la pensión, el día que se produjo su desvinculación que lo fue el 15 de octubre de 1997, es decir, cuando aún se encontraba vigente la convención colectiva de trabajo; ello por cuanto ha señalado esta Sala de la Corte, que el cumplimiento de la edad, en casos como el presente, se torna únicamente en un requisito para la exigibilidad de la prestación, sin que en nada incida lo establecido por el Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto fue posterior a tal calenda (CSJ SL, 5573-2018, SL2827-2018 y SL 13455-2016, entre otras)."

En este orden y como ya se constató con la Resolución 00360 de 2002 emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que milita a folios 44 a 56 y 355 a 367, que el actor cumple con las exigencias de la norma convencional para que se le reconozca y pague la pensión de jubilación demandada, ya que laboró para la el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA un total de 17.23 años, y su retiro de la entidad lo fue el 10 de agosto de 2001, en vigencia de la convención colectiva respecto de la cual persigue el reconocimiento pensional como se expuso con antelación, la prestación deprecada procede a partir del 17 de marzo de 2015, fecha en la cual el demandante cumplió los 50 años de edad, requisito que se entiende como de exigibilidad más de no causación³.

Liquidación del IDEMA

Expone la parte demandada que el SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRAIDEMA se encuentre disuelto en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 1675 de 1997 mediante el cual se ordenó la liquidación del IDEMA, al respecto basta con señalar

³ Cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino a una situación personal o individual, por tanto, no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino como una condición de su exigibilidad (SL990-2020)

lo enseñado por la SL-CSJ en sentencia SL5341-2019 en contra de la misma entidad y de condiciones fácticas similares, así:

"Aunque la recurrente no le exhibe a la Corte las razones por las cuales estima que la convención colectiva de trabajo produjo efectos hasta el 30 de abril de 1998, entiende la Sala que es por la fecha de liquidación física y jurídica de la empresa contratante; no obstante, es preciso memorar la doctrina de esta Corporación en cuanto a que de conformidad con el Art. 467 del Código Sustantivo del Trabajo, a través de la convención colectiva de trabajo se fijan «las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia»; eventualmente se puede prorrogar en forma automática, «por términos sucesivos de seis en seis meses» (art. 477 del CST), y con la característica de que no obstante la disolución del sindicato que la suscribió «continúa rigiendo los derechos y obligaciones del patrono y los trabajadores». Desde esta perspectiva, la convención colectiva de trabajo, surtirá efectos, en general, más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que la haya suscrito, en tanto los derechos que se aleguen se originen en vigencia del contrato laboral (sentencia SL9951-2014)."

Liquidación de la pensión.

Para hallar el monto de pensión se debe tener en cuenta lo señalado por la SL-CSJ en la sentencia SL 2466-2018 reiterada en la SL5441-2019, que señala que si bien no se dispuso de manera expresa como liquidar esta prestación, lo cierto es que se debe realizar proporcional al tiempo de servicios, con relación a la que habría correspondido en el evento de reunirse los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, esta última se previó en el párrafo II del art. 97 de la convención colectiva, así:

"PARÁGRAFO II.- El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al setenta y seis por ciento (76%) del promedio del salario percibido por el trabajador durante el último año de servicio."

Por lo tanto, para el cálculo se toma la Resolución 00360 de 2002 (fl. 44 a 56 y 355 a 367), donde se determinó el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios que asciende a la suma de \$1.107.396, oo, valor que al indexarse (según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602) conforme los IPC anteriores a cada anualidad con la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} & \$1.107.396, \text{ oo} \times \frac{\text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2000 - 43,27)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 2004 - 55,98)}} \end{aligned}$$

Se obtiene un ingreso base de liquidación indexado: **\$1.432.697**, valor al que se le aplica una tasa de remplazo del **64,61% que corresponde al tiempo proporcional de servicios**, arroja una primera mesada de **\$925.654**. cifra cercana a la determinada por la juez (\$925.868), la cual pudo variar por la toma de decimales, por lo que esta suma no se modifica.

Compartibilidad

Se advierte que el actor cuenta con vinculación activa a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES como se desprende de la consulta realizada por esta Sala en el RUAF y que se anexa a estas diligencias, sin que esta situación impida el reconocimiento de la pensión convencional, como quiera que se trata de un derecho que adquirió al momento de retirarse de la **Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA**, luego entonces en caso de que el actor pretenda el reconocimiento de la pensión vejez ante COLPENSIONES se tendrá en cuenta lo expuesto por 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 (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.

Aplicación Acto legislativo 01 de 2005

No obstante lo anterior, como la pensión que se solicita es una prestación de carácter convencional, se debe estudiar si cumple con lo consagrado en el Artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, reforma constitucional que en su parágrafo transitorio 3º limitó la posibilidad de pensionarse bajo tales preceptos, cuando dijo que las normas de esta naturaleza, vigentes para el momento de su expedición, se mantendrán por el término inicialmente estipulado, pero que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Esta reforma no le es aplicable al actor, puesto que si bien el derecho se hizo exigible a partir del 17 de marzo de 2005, cuando cumplió la edad de pensión, tal prerrogativa se encontraba causada desde mucho tiempo antes de la expedición de

tal reforma constitucional, pues cuando terminó el contrato de trabajo aún se encontraba vigente la convención colectiva de trabajo 1996-1998 y había prestado más de 15 años de servicios, lo cual convierte la pensión de jubilación en un derecho adquirido, no susceptible de ser modificado por una norma posterior como lo es el Acto Legislativo 01 de 2005, tema que ha sido ampliamente estudiado y reiterado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia entre las que se puede consultar la del 3 de abril de 2008 con radicación No. 29907 con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Mesada adicional de junio

Si bien la mesada catorce fue eliminada para quienes causen el derecho a la pensión a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en tratándose de esta prestación convencional, como ya se estableció que se causa con los 15 años de servicio y la desvinculación del trabajador, los cuales se acreditan con anterioridad a la entrada en vigencia del A.L. 01/05, siendo el requisito de edad una condición individual para la exigibilidad de la pensión, es evidente que al demandante le asiste derecho al pago de catorce mesadas al año. (SL3113-2020).

Prescripción

Frente a la prescripción, resalta La Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el 17 de marzo de 2005 (fl. 58) fecha en que el actor cumplió 50 años de edad y ya había causado los requisitos de la pensión de jubilación convencional, la prestación fue solicitada por primera vez (art. 151 del CPTSS) el 29 de junio de 2016 (fl 9) y presentó la demanda el 28 de octubre de 2016, por lo que la excepción de prescripción se deberá empezar a contabilizar desde la fecha de la reclamación pensional (29 de junio de 2016 – fl 9) tres años hacia atrás. En consecuencia, las diferencias pensionales que debe reconocer la llamada a juicio lo serán a partir del 29 de junio de 2013, como en efecto lo determinó la juez de primer grado.

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

Costas.- Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR de la sentencia apelada, proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito del 27 de febrero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

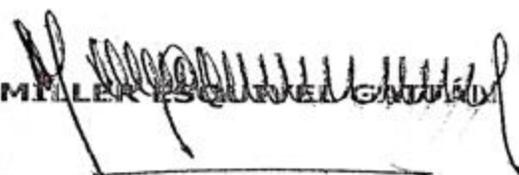
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIÉRREZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO DE DIANA MARLENY PINEDA MOLINA CONTRA CARLON S.A. Rad. 2018 – 00479 01 Juz. 13.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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

DIANA MARLENY PINEDA MOLINA demandó a CARLON S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 3 y 4.

- Declaración de la existencia del contrato a término indefinido.
- Salarios y bonificaciones.
- Prestaciones sociales.
- Aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión y parafiscales.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indemnización por mora en el pago.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. La demandante el 24 de enero de 2012 se vinculó laboralmente con CARLON S.A. a través de un contrato de trabajo a término indefinido con una remuneración de \$1.850.000, para desempeñar el cargo de asistente de gerencia. El 30 de enero de 2018 fue finalizado el contrato de

trabajo bajo la premisa del proceso de liquidación privada de la empresa. No le realizaron liquidación final a la actora. No se efectuó el pago de los aportes a seguridad social y parafiscales del mes de enero de 2018, tampoco el de los salarios y bonificaciones de diciembre de 2017 y enero de 2018, se omitió el pago de la cesantías e intereses a las cesantías del año 2017, prima de servicios desde enero de 2018, las vacaciones desde el 20 de diciembre de 2017 y hasta el final del vínculo. Afirmó se le adeuda la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria. Se evidencia la mala fe de la demandada al no cancelar las sumas debidas con los dineros que ha percibido después de iniciado el proceso de liquidación.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada CARLON S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 124 a 148.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el vínculo laboral de la demandante con CARLON S.A. por medio de un contrato a término indefinido, el cargo desempeñado fue el de asistente de gerencia.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe de la sociedad demandada, genérica y enriquecimiento injusto.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que condenó a la demandada por salarios en la suma de \$1.716.643, por indemnización por despido sin justa causa la suma de \$7.166.500 y por indemnización moratoria la suma de \$14.465.000. Llegó a esa decisión al establecer que la actora trabajó para la demandada desde el 24 de enero de 2012 y hasta el 30 de enero del 2018 mediante contrato a término indefinido, que el salario para los años 2017 y 2018 fue de \$1.650.000 y que recibió una bonificación por valor de \$200.000 por metas. Determinó la suma adeuda por concepto de salarios en virtud de la liquidación aportada. Frente a las cesantías e intereses a las cesantías señaló que no se adeudaban por haberse acreditado su pago en la liquidación final. Encontró el pago

de la prima de servicios de 2017 y 2018 junto con las vacaciones en los desprendibles de pago y en la liquidación. A folio 233 y 234 se aportaron las planillas de pago de salud, pensión y parafiscales por lo que tuvo acreditado el pago de esta obligación. Dio por demostrado el despido injusto de la demandante por carecer de validez el argumento de la demandada. La indemnización por mora en el pago de las acreencias fue impuesta por cuanto el contrato finalizó el 30 de enero de esa anualidad y estas se pagaron hasta el 24 de octubre de 2018.

Recurso de apelación

Parte Demandante: Considera que se debió reconocer la bonificación la cual era habitual como parte de salario, de esta manera debió establecerlo en la suma de \$1.850.000 y sobre esta base realizar el cálculo de las acreencias reclamadas.

Parte Demandada: Considera que no se debió condenar por salarios por haberse acreditado el pago de los mismos; aduce que la conducta desplegada por la demandada no estaba encaminada a la sustracción de sus obligaciones, por lo que se debe absolver de la condena por indemnización moratoria.

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

Parte demandante: solicita que en aplicación de la norma más favorable al trabajador y en este caso corresponde el Art. 127 del C.S.T., se declare que la base salarial de DIANA MARLENY PINEDA MOLINA es de \$1.850.000, compuesto por \$1.650.000 más \$200.000 de un bono no salarial, por tratarse de una remuneración habitual y que recibía como una contraprestación directa del servicio.

Parte demandada: indicó que la bonificación por la suma de \$200.000 no constitutiva salario, por cuanto se estableció bajo los parámetros del artículo 128 del C.S.T., señaló que en el año 2017 la demandada debido a la crisis económica que atravesó empezó a incumplir sus obligaciones, razón por la cual sus acreedores procedieron a iniciar procesos ejecutivos singulares y solicitaron medidas de embargo sobre las cuentas de la empresa demandada, por lo que a pesar de recibir pagos de sus deudores no pudo disponer de esos dineros. Adicional el 30 de enero de 2018 consecuencia de la situación económica de CARLON S.A. EN LIQUIDACIÓN

PRIVADA, se vio en la necesidad de concertar con sus colaboradores el cierre definitivo de la entidad e iniciar el proceso de liquidación privada. Afirmó que las conductas que ha desplegado la demandada tendientes a garantizar todos y cada uno de los derechos que le asisten a sus trabajadores demuestran su buena fe, razón por la cual se debe revocar la sentencia y en su lugar absolver a la demandada.

CONSIDERACIONES

En estricta consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a determinar si se probó en el proceso que la bonificación percibida por la demandante constituía salario, adicional establecer si conforme con las conductas desplegadas por la demandada es viable eximirle de la condena por indemnización moratoria.

No está en discusión la vinculación laboral entre DIANA MARLENY PINEDA MOLINA y CARLON S.A., los extremos del contrato y el cargo que desempeño la demandante al momento de la desvinculación, así como el despido sin justa causa.

Bonificación

La parte demandante solicita se amplíe la base salarial para lo que se debe tener la suma de \$200.000 que recibía la demandante a título de bonificación. De la documental aportada, se tienen los desprendibles de pago a folios 161 a 225, que corresponden a las mensualidades de enero a diciembre de 2012, febrero de 2014 a noviembre de 2017, es de anotar que de febrero de 2016 a noviembre de 2017 recibió una bonificación por metas en cuantía de \$200.000; reposan a folios 154 a 160 el contrato de trabajo con sus respectivos otros, se resalta que en el último de ellos de fecha 29 de febrero de 2016, se estableció una bonificación por metas de \$200.000 y se plasmó "*esta bonificación está sujeta a cambio que la empresa realice*". Liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales remitida al Juez Laboral para el trámite del pago por consignación de prestaciones sociales (fl. 226 a 232), donde se incluyó como remuneración la suma de \$900.000, en esta no se discriminó a que periodos correspondía el concepto de salarios que se incluyó. Adicional a ello, la testigo María Cristina Salazar Torres dio cuenta del contrato de trabajo entre el año 2011 hasta el año 2018, dijo que trabajaba en el área de recursos humanos de la demandada, de allí indicó que el salario devengado por la actora correspondía a \$1.650.000 y fuera de nómina \$200.000.

De lo anterior, se encuentra acreditado que PINEDA MOLINA recibió una bonificación por metas por valor de \$200.000 entre febrero de 2016 y noviembre de 2017, respecto de diciembre de 2017 y enero de 2018 no se aportaron los desprendibles, ni prueba alguna que permita inferir que en efecto estos fueron percibidos. Si bien se denominó bonificación por metas, lo cierto es que en el plenario no se probó a que correspondían esas metas y menos aún que se hubieran causado. Del testimonio tampoco es posible establecer su pago pues la declarante contrario a lo señalado a lo largo del proceso indicó que se pagaba fuera de nómina.

En consecuencia la suma de \$200.000 que pretende la actora se le tenga como parte de su salario a título de bonificación, no se demostró que hubiera sido habitual y permanente, requisito este previsto en el artículo 127 del CST para que se incluya y sirva como base para la liquidación de las acreencias. Se debe recordar que no es suficiente con afirmar, sino que además debe existir actividad probatoria tendiente a la demostración de los hechos de los que se busca declaración, de conformidad con las previsiones del artículo 167 del C.G.P., lo que genera como consecuencia lógica la imposibilidad de deducir condena alguna en relación a la reliquidación de prestaciones sociales pretendida.

Salarios adeudados

Afirmó la demandante que se le adeudan los salarios de diciembre de 2017 y enero de 2018. Los salarios reclamados ascienden a la suma de \$3.300.000 a razón de \$1.650.000 por diciembre de 2017 y \$1.650.000 por enero de 2018. De las pruebas arrojadas, se observa que en la Liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales remitida al Juez Laboral (fl. 226 a 232) se incluyó la suma de \$1.583.357 por este concepto. En consecuencia, al tener solo acreditado el anterior pago, el cual se deduce del total adeuda por salarios, arroja como valor a pagar la suma de \$1.716.643, tal y como lo indicó el juzgador de primer grado.

Indemnización moratoria

El artículo 1º del Decreto 797 de 1949¹ que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945 establece que se entiende que el contrato no ha finalizado si a su

¹ *"Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne*

terminación el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudados, sin embargo frente a este tema la jurisprudencia de la Corte² ha explicado que esa disposición no admite una interpretación rigurosamente literal, pues su verdadero sentido no es revivir el contrato de trabajo cuando a la terminación de dicho contrato no se le pague al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones adeudadas dentro de los 90 días siguientes, pues lo que procede es una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a título de indemnización moratoria.

Adicionalmente la jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, expresando que su aplicación no es automática ni inexorable, pues su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe³.

Además, es necesario recordar que la Corte en sentencia con Radicación No. 38.742 (STL17159) del 11 de diciembre del 2014⁴ adoctrinó que el hecho de que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, no la exonera de manera automática por cuanto siempre se debe estudiar la situación en particular para efectos de establecer si el empleador actuó de buena fe, por lo que se procede a estudiar la conducta de la entidad demandada, quien canceló las acreencias a la demandante en fecha 24 de octubre de 2018 (fl. 226 a 232), por lo que entre la data anterior y el 30 de enero de 2018 fecha de terminación del contrato transcurrieron 8 meses. La demandada justificó la tardanza del pago en el estado de liquidación y falta de solvencia, empero una vez contó con los recursos para cumplir con esta obligación procedió en tal sentido.

ante un juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

(...)

PARÁGRAFO 2o. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4 de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.

(...)

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley”.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado 20523 del 9 de octubre del 2003.

³ Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicado N° 30114 del 22 de enero del 2008. M.P. Isaura Vargas Díaz.

⁴ "Refulge entonces que el Tribunal debió como primera medida efectuar el examen de los elementos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador convocado al proceso, y de acuerdo a lo inferido según su libre formación del convencimiento, formar su propia conclusión. Pero no basarse exclusivamente en su estado de liquidación, para con ello colegir de forma automática la buena fe de la empleadora, más aun cuando lo que se advierte en el proceso del material aportado a la presente acción, es que esta siempre negó la existencia de un vínculo laboral y solo al momento del fallo de primera instancia hizo alusión a dicha situación a efectos de enervar la condena que le fue impuesta."

El juzgador primigenio a pesar de haber impuesto condena por este concepto, en sus consideraciones indicó que la conducta de la empresa demandada no estuvo encaminada a sustraerse de sus obligaciones prestacionales, argumento que comparte esta Sala, pues de la revisión del acervo probatorio se tiene que allegó la demandante declaración extraprocesal (fl. 95 a 103) de JUAN CARLOS SANTOS LONDOÑO en su calidad de accionista de CARLON S.A. donde afirmó que esa sociedad dentro de su proceso de liquidación recibió pagos de clientes, lo que acreditó con documentales. La demandada aportó escrito dirigido al Juez Laboral contentivo de la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales (fl. 226 a 228) junto con el título judicial por valor de \$4.616.607 con expresa autorización de pago, la que tuvo en cuenta el A quo para determinar que se habían cancelado en su totalidad estas acreencias, con excepción de los salarios. De lo anterior se concluye que el actuar del demandado estuvo cobijado de buena fe y la cesación en los pagos fue por la insolvencia dado el estado de liquidación que se acreditó con el certificado de existencia y representación legal de esa llamada a juicio (fl. 272 a 274), en consecuencia hay merito para revocar parcialmente la decisión y por ende se dispondrá eximirlo de la indemnización moratoria.

De conformidad con lo expuesto, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** la sentencia impugnada, y se dispondrá negar las pretensiones respecto de la indemnización moratoria.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Sin ellas en la alzada.

DECISIÓN

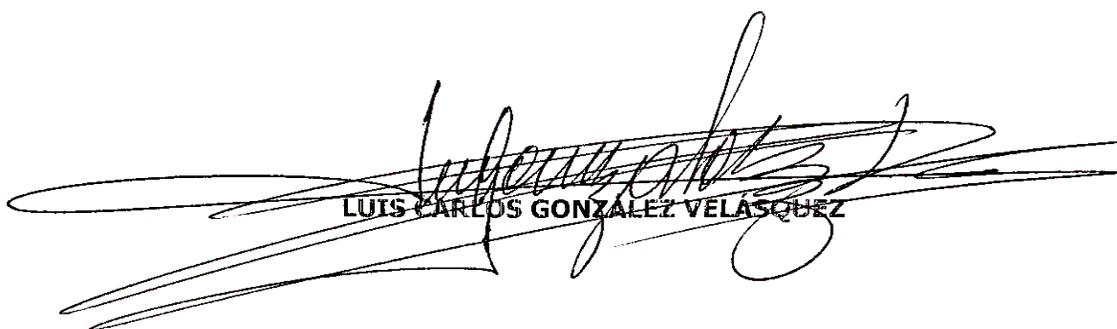
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de marzo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **ABSOLVER** de las pretensiones relativas al pago la indemnización moratoria, en lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman, Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Salvo voto

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 GUSTAVO TABARES VARGAS CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00640 01 Juz 7.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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

GUSTAVO TABARES VARGAS demandó a la AFP COLFONDOS y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 5. Nació el 14 de mayo de 1959. Se afilió al RPM como trabajador dependiente en el extinto ISS. Los asesores de COLFONDOS le informaron que el RAIS tenía muchas ventajas, por lo que se trasladó a esa AFP en el año 1995 en la cual continúa vinculado. Afirmó que en la asesoría se le dijo que tendría una mejor pensión en el RAIS, que podía acceder a la pensión en la edad y con el monto que quisiera sin explicarle como acceder a ello. No le informaron las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensiones. Aseveró no le dijeron las implicaciones del traslado de régimen. No se le explicó durante su permanencia las alternativas referentes a la elección de su régimen

pensional y el plazo para retornar al RPM. Respecto del RAIS señaló no le ilustraron las características del régimen, ni le indicaron la inferencia de la rentabilidad, fluctuaciones del mercado, costos de administración y primas de los seguros, variables que no influyen en el RPM. Agotó ante COLPENSIONES la vía gubernativa.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 38 a 60.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante y que se encontraba afiliado al extinto ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP COLFONDOS** contestó en los términos del escrito visible a folios 89 a 109.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación con esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

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 del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP COLFONDOS de fecha 30 de agosto de 1995. Ordenó a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (COLFONDOS) no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES alegó que se debe tener en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y tal como lo ha expresado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos el traslado puede resultar gravoso, aunado al hecho que no cuenta con una expectativa legítima.

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

Parte demandante: considera se debe confirmar la sentencia proferida en primera instancia, como quiera que el traslado de régimen del actor no estuvo precedido de un consentimiento informado, además que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información, respecto del cual la CSJ tiene una línea jurisprudencial establecida.

Parte demandada: COLPENSIONES considera que se debe revocar la sentencia, por encontrarse el actor dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no se acreditaron los vicios del consentimiento que conlleve a la ineficacia del acto jurídico del traslado, el demandante ratificó su voluntad del traslado pues permitió se le hicieran los descuentos con destino a la AFP. El deber de la carga de la prueba conforme lo

dispuesto en del artículo 1604 del CC recae en la parte demandante, sin que exista prueba que demuestre vicio alguno. En cuanto al deber de información no se pueden imponer requisitos adicionales a los previstos por la ley, que para el momento de los hechos era la suscripción del formulario. La declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Finalmente solicita condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los aportes por parte de la AFP.

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 o ineficacia del traslado de régimen y la procedencia de la condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 8 de agosto de 2018 (fl 27 y 28), con lo 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 30 de agosto de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLFONDOS, según formulario que reposa a folio 87.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que 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 no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 30 de agosto de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS (fl. 87), 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 y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor 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 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 encuentran las fechadas el 9 de septiembre

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)

de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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 a 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.

² “No desde 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, ya ún al llegar, si se 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.

Nada de lo anterior demostró la AFP COLFONDOS, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, respecto de las documentales se advierte que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor. Sin embargo COLFONDOS no acreditó haber expuesto 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 informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 25 años para alcanzar la edad de pensión. No obstante el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información que sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es de advertir que 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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es

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"

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

por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

En cuanto a la petición de COLPENSIONES de no condenarla en costas, ésta se despachará desfavorablemente, ya que su condena procede de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP.

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 la administradora recurrente. 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.

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).

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de diciembre 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 administradora recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

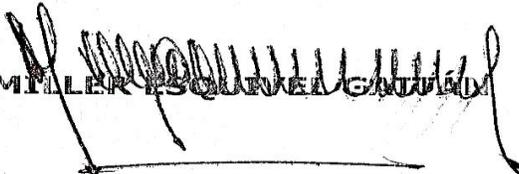
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 JOSÉ AGUSTÍN POSADA ACEVEDO
CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00645 01 Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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 AGUSTÍN POSADA ACEVEDO demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 55 y 56.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 56 a 59. Nació el 2 de mayo de 1957, bajos los empleadores NUEVA COOP DE BUSES, PAVIMENTOS COLOMBIA y TRANSPORTE MULTIGRA efectuó aportes al ISS entre los años 1987 a 2001, periodo en que acumuló 366 semanas. En junio de 2001 la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. le brindó asesoría para su traslado, le indicó que el ISS se iba a liquidar y que el fondo le ofrecía mejores beneficios al momento de pensionarse como obtener la prestación antes y con mayor mesada, sin que le fuera informado las implicaciones y desventajas del traslado de régimen. Entre el 2001 y 2008 laboró para COLTANQUES S.A.S., desde 2008 en adelante con INVERSIONES NUEVA SANTA FE, TRANSPORTES SERVICIOS TRANSFER S.A., con lo que acumuló 877 en

el RAIS, para un total de 1.243 de semanas cotizadas. Solicitó el 12 de julio de 2018 ante PORVENIR la nulidad del traslado, petición que en el mismo sentido elevó ante COLPENSIONES 13 de julio de 2018, a lo que obtuvo de parte de las entidades respuesta negativa. La AFP PORVENIR le realizó simulación pensional con una proyección de mesada de \$781.242 en el 2018. En COLPENSIONES la misma operación arroja una mesada de \$1.799.099.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 81 a 101.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS y la vinculación laboral con NUEVA COOP DE BUSES, PAVIMENTOS COLOMBIA y TRANSPORTE MULTIGRA, la petición elevada ante AFP PORVENIR y que fue resuelta de manera desfavorable, la solicitud presentada ante esa entidad y que fue negada.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 124 a 130.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la petición elevada ante esa entidad y que fue resuelta de manera desfavorable, la simulación pensional emitida en septiembre de 2018 conforme las particularidades del actor.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

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 del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR de fecha 27 de junio de 2001. Ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP (HORIZONTE hoy PORVENIR) no desplego su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La demandada AFP PORVENIR dijo que dada la diferencia entre ineficacia y nulidad, el presente asunto se debió estudiar como una nulidad relativa; que el demandante realizó el traslado de manera voluntaria por lo que no proceden las pretensiones, aunado que el actor no es beneficiario del régimen de transición y no se encuentra excluido del RAIS. Solicitó se revise la condena frente a los gastos de administración los que se utilizaron para la salvaguarda de las contingencias aseguradas en virtud de la afiliación. Respecto de los rendimientos de los aportes señaló que no es procedente su devolución por cuanto de haber permanecido en el RPM no tendrá derecho a estos. Pidió no se le condene en agencias y costas.

La demandada COLPENSIONES alegó que la obligación que se le impone a futuro lleva implícito un reconocimiento pensional que afecta los intereses económicos de la entidad que deriva en la descapitalización del sistema al no haber cotizado al RPM. Dijo que la motivación del demandante para solicitar la nulidad es el monto de la mesada a percibir más no la falta de información al momento del traslado.

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

La Parte demandante: requiere se confirme el fallo de primera instancia, por cuanto considera que AFP PORVENIR incumplió con el deber de información y asesoría al momento de la vinculación al RAIS.

Parte demandada: COLPENSIONES solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, en cuanto manifiesta que el traslado pretendido por la parte actora no es procedente por encontrarse inmersa en la prohibición legal consagrada en el artículo de la Ley 797 de 2003.

La parte demandante: AFP PORVENIR, considera que se debe revocar en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, por haberse probado que el traslado efectuado por la parte actora se hizo de manera libre y voluntaria, así mismo que se dio cumplimiento al deber de información y asesoría contemplado en la normatividad aplicable.

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 o ineficacia del traslado de régimen y el traslado del capital acumulado junto con los rendimientos.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 13 de julio de 2018 (fl 44 a 51), con lo 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 del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 27 de junio de 2001, cuando solicitó su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR, según formulario que reposa a folio 53.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que 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 no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 27 de junio de 2001 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR (fl. 53), 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 y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las

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 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)

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 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 encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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 la trabajadora, 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 a 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.

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.

En cuanto al análisis entre ineficacia y nulidad, resulta oportuno recordar que si bien existe diferencia entre estos términos y que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya ha indicado que el camino para abordar estos temas es la ineficacia tal como se desprende de la interpretación de los artículos artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, la jurisprudencia también ha precisado en SL4360, SL1688⁴ y SL3464 de 2019, que al no haber previsto el legislador un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, sus consecuencias prácticas eran idénticas, y acogió por analogía el mandato previsto en el art. 1746 del Código Civil que gobierna régimen de nulidades para aplicarlo a estos casos.

Es de advertir que 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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad

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, ya ún al llegar, si ese fue 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 in conveniencia 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”

4

⁵ “ 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 retomar 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).

ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si se encuentra o no excluido del RAIS o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”*.

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692/94, sin embargo, no demostró que su actuar se ajustó al deber de información al momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada PORVENIR al aseverar que cumplió con tal deber, pues tal actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 24 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

Insuficiencias que tampoco se subsanan por el hecho de que el actor reconociera que PORVENIR le informó algunas de las características del régimen de ahorro individual, pues tal información sin una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por COLPENSIONES, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración y rendimientos, que apela la AFP PORVENIR, es de advertir que como el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP

que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁶), concluye La Sala que ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, por lo que la AFP debe asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁷).

En cuanto a la petición de AFP PORVENIR de no condenarla en costas, ésta se despachará desfavorablemente, ya que su condena procede de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del art. 365 del CGP.

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 AFP recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

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.

⁶ "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[...]

⁷ "La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

⁷ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de febrero de 2020, 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. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

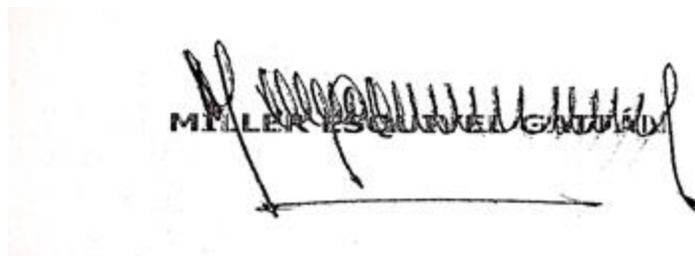
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GÓMEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO DE JOHNN CHRISTIAN DÍAZ ROJAS contra
ELEVISYS S.A.S. Rad. 2019 – 00020 Juz. 31**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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

JOHNN CHRISTIAN DÍAZ ROJAS demandó a ELEVISYS S.A.S. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folio 47.

- Se declare un contrato de trabajo con la demandada ELEVISYS S.A.S., desde el 2 de enero de 2013 hasta el 15 de enero de 2016.
- Salarios de diciembre de 2015 y enero de 2016
- Prestaciones sociales
- Vacaciones
- Indemnización por despido injusto
- Indemnización moratoria
- Indemnización por no consignación de las cesantías
- Aportes en salud y pensión al sistema de seguridad social
- Indexación, intereses corrientes, intereses moratorios y reajustes
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen en el escrito de reforma de demanda a folio 47 vto a 48 vto. El demandante se vinculó mediante contrato de prestación de

servicios con la demandada el 2 de enero de 2013, en el cargo de ingeniero “líder de proyectos”, el último salario que devengó ascendió a \$1.500.000 más un bono de prestación de servicios por valor de \$500.000. La demandada afilió al señor DÍAZ ROJAS el 11 de agosto de 2015 al sistema de seguridad social en salud y pensión, sin realizar el pago de estos aportes de manera oportuna, no se afilió el demandante a un fondo de cesantías. El 15 de enero de 2016 ELEVISYS S.A.S. decide dar por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa, bajo el argumento de falta de capacidad económica de la demandada, en la carta que comunica la decisión al empleado se le manifestó que sus acreencias se iban a cancelar mediante cheque de gerencia, previo la entrega del programa ASTRA junto con los planos y documentos técnicos. Entre el 2 de enero de 2013 y 11 de agosto de 2015 el demandante prestó sus servicios bajo los parámetros de un contrato laboral a la demandada. Aduce que se le adeudan dos meses de salarios, prestaciones sociales, liquidación de prestaciones e indemnizaciones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, **ELEVISYS S.A.S.**, contestó; dentro del término previsto el demandante presentó reforma de la demanda, la cual contesto la empresa demandada en los términos del escrito visible a folios 59 a 71.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la certificación que señala como inicio de la relación laboral el 12 de agosto de 2015, no se realizaron los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión con antelación a esa fecha por no ser trabajador de la empresa y no fue afiliado a un fondo de cesantías. Se le envió carta de terminación al demandante, en la que se solicitó la entrega de los programas a su cargo. La demandada atraviesa dificultades de tipo económico. Las funciones realizadas por el señor DÍAZ ROJAS se encontraban dentro del giro ordinario de la demandada, bajo la subordinación laboral de **ELEVISYS S.A.S.** En cuanto a los demás dijo que no eran ciertos.
- Formuló como excepciones de mérito; pago, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, buena fe de la demandada, condición suspensiva, compensación, prescripción y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de agosto de 2015 y el 16 de enero de 2016, y absolvió de las demás pretensiones a la demandada. Para llegar a esa determinación tuvo en cuenta que de las pruebas recaudadas no se corroboró lo plasmado por el empleador en la certificación laboral que señalaba como extremo inicial enero de 2013 aunado a la confesión plasmada en la demanda primigenia que señala esta fecha; frente a la terminación, concluyó que fue sin justa causa por parte del empleador, respecto de las acreencias que se derivan señaló se cancelaron en su totalidad en aplicación de la compensación solicitada por la parte demandada.

Recurso de apelación

Parte demandante: La parte actora está en desacuerdo con la decisión del A quo. Considera que se deben tener en cuenta los extremos plasmados en la certificación laboral expedida por la empresa demandada, dentro de los cuales se cumplió con los elementos del contrato de trabajo. Señala que los dineros pagados en exceso que fueron aceptados como provenientes de la demandada, corresponden a pago de servicios anteriores entre enero de 2013 y agosto de 2015.

Parte demandada: Indica que al declarar probada de la excepción de compensación se debe calcular y ordenar al demandante el pago de las sumas pagadas en exceso.

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

Parte demandante: señala que en relación con la existencia del contrato de laboral a partir del 2 de enero de 2013 que se incluyó en la reforma de la demanda, lo que se pretendía era demostrar que el vínculo laboral existió desde esa data tal como se demostró en la certificación laboral aportada. Frente a los pagos realizados por ELEVISYS SAS afirmó que correspondían a las obligaciones laborales pendientes con antelación a agosto de 2015 a favor del demandante. En relación con la excepción

de compensación considera que para que se ordene el pago de ellos dineros pagados en exceso se debió interponer demanda de reconvención, por lo que no es viable su condena.

Parte demandada: Solicita se confirme la sentencia apelada, por cuanto el contrato de trabajo cuya existencia no se discutió, tuvo como extremos el 12 de agosto del 2015 y el 15 de enero de 2016, si bien en la certificación laboral se incluyó un periodo anterior, lo cierto se certificó como fecha de inicio del contrato el 12 de agosto del 2015, sin que sea posible la fecha pretendida por el actor, pues no se había constituido ni funcionaba la demandada para esa calenda. La compensación se debe confirmar como quiera que los dineros pagados en exceso se debió a la coacción ejercida sobre el representante legal de la demandada por parte del actor.

CONSIDERACIONES

Previo a iniciar el análisis correspondiente, precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto se procede a determinar si entre JOHNN CHRISTIAN DÍAZ ROJAS y la demandada ELEVISYS S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 2 de enero de 2013 y 11 de agosto de 2015, pues de ello depende la prosperidad de las demás pretensiones.

Ahora, para definir la existencia de la Relación Laboral con ELEVISYS S.A.S., se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato

y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem 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. Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral.

Al cartulario se aportaron por el demandante los siguientes documentos: Certificación laboral de fecha 21 de agosto de 2015 que da cuenta de la relación laboral desde el 12 de agosto de 2015 bajo un contrato a término indefinido, en la misma se consignó la vinculación del señor DÍAZ ROJAS con la empresa desde enero de 2013 hasta el 31 de julio de 2015 bajo la modalidad de contrato por prestación de servicios (fl. 9), carta comunicación terminación laboral (fl. 10) y carta terminación unilateral contrato laboral (fl. 11-12) de fecha 15 de enero de 2016 que evidencian la terminación unilateral por parte del empleador, incapacidad médica (fl. 13) y formula médica (fl. 14) que acreditan los pagos realizados por el demandante; la demandada allegó planilla de pago de aportes para los periodos de agosto de 2015 a enero de 2016 (fl. 77 a 86), formulario inscripción del trabajador a CAFAM de fecha 11 de agosto de 2015 (fl. 25), extractos bancarios de BANCOLOMBIA de la demandada, que acreditan los pagos realizados entre el 9 de marzo de 2016 a 6 de enero de 2018, por valor total de \$11.800.000 (fl. 26 a 31).

En cuanto a las declaraciones, **el representante legal de la demandada** dijo que el actor se vinculó a través de un contrato verbal a partir del 12 de agosto de 2015 el que se extendió hasta el 15 de enero de 2016, el cargo desempeñado fue el de líder de proyectos con una asignación mensual de \$1.500.000, sin estar sujeto a un horario de trabajo. El contrato terminó sin justa causa por parte del empleador. Posterior a la finalización se le realizó pagos por la suma de \$11.800.000, suma con la cual se cubren las acreencias por prestaciones sociales, intereses e indemnización por despido sin justa causa. Afirmó que la certificación laboral la expidió en virtud de la relación de confianza y a solicitud del señor DÍAZ a fin de acreditar una mayor

experiencia laboral, anotó que la empresa se creó el 4 de marzo de 2013 por lo que no es posible la vinculación laboral con una fecha anterior.

El **actor en su interrogatorio** dijo que la afiliación a la caja de compensación CAFAM se debió a que él lo solicitó al advertir que sus compañeros gozaban de sus beneficios, afirmó ser correcta como fecha de inicio de su relación laboral el 11 de agosto de 2015 fecha que se consignó en el formulario. Señaló que el pago de sus aportes a seguridad social no se realizaba de manera oportuna. Aceptó haber recibido pagos por la suma de \$11.800.000 añadiendo "*pero no correspondía con lo que se estaba pagando de la deuda*". Indicó no tener conocimiento de la parte administrativa de la empresa en consecuencia su creación y el cambio de razón social que surgió. Añadió que la certificación le fue expedida a su solicitud bajo el argumento de solicitar "*un crédito de vehículo o para otra cosa no recuerdo bien*".

El testigo **Nelson Quevedo Díaz** (fue compañero de trabajo del demandante), indicó que laboró para la demandada en el cargo de conductor de agosto de 2015 hasta el 2016, periodo en el que fueron compañeros. Afirmó que antes de agosto de 2015 el demandante ya trabajaba en la empresa sin precisar la fecha de la vinculación. Aseveró fue vinculado de manera inicial por prestación de servicios. Indicó que el actor estaba directamente vinculado con la demandada y por ello tenía seguridad social. Señaló que el actor recibía órdenes del Ing. Alberto Peña y que las funciones desempeñadas eran de ingeniero electrónico, añadió que no cumplía horario. Dijo no saber sobre la remuneración, pagos oportunos a seguridad social, el estado de salud, la constancia de trabajo que le expidieron, el motivo de la terminación del contrato y los dineros pagados al demandante.

Del análisis del caudal probatorio para definir el asunto, La Sala se remite al valor que la Corte Suprema de Justicia ha impartido para las certificaciones expedidas por el empleador, indicando en Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO que:

"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)."

Dicho esto, La Sala debe indicar que la convocada a juicio ejerció su carga probatoria para desvirtuar la existencia de la relación laboral alegada por el actor del 2 de enero de 2013 al 11 de agosto de 2015, como quiera que entre el 12 de agosto de 2015 y el 15 de enero de 2016 se tiene por acreditada tal como fue reconocido por el a quo y las partes. Frente a la certificación laboral, se precisa que el lapso en debate se incluyó en "OTROS" como prestación de servicios, información que no se corroboró con las demás pruebas, en contrario el demandante afirmó que esta fue expedida con destino a un crédito de vehículo u otra razón que no precisó y el representante de la demandada señaló que las fechas las editó a solicitud del actor para que acreditara una mayor experiencia laboral, sin que se hiciera mención sobre los elementos constitutivos de la relación laboral, pues no obra prueba de que a DÍAZ ROJAS se le hubiere exigido el cumplimiento de órdenes por parte de ELEVISYS S.A.S. en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

De conformidad con lo anterior, colige La Sala que los elementos probatorios que reposan en el expediente no son suficientes para demostrar siquiera la prestación personal del servicio de JOHNN CHRISTIAN DÍAZ ROJAS a favor de la demandada ELEVISYS S.A.S. en el periodo del 2 de enero de 2013 al 11 de agosto de 2015, a efectos de dar paso a la presunción contenida en el art. 24 del CST, aunado a la confesión que tuvo en cuenta la juez de instancia, donde en la demanda primigenia sus pretensiones tienen como sustento el lapso que se encuentra acreditado.

Respecto de la finalización del contrato se aceptó la comunicación de fecha 15 de enero de 2016 que evidencia la terminación unilateral por parte del empleador, aspecto que no fue objeto de controversia.

Frente a la compensación, se ha definido por la Corte Suprema de Justicia la Radicado No 63129 - SL 1982-2019, M. P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, como:

"La compensación es un modo de extinguir las obligaciones, acorde con lo previsto en el artículo 1625 del Código Civil, y para que se configure, se requiere la existencia simultánea de obligaciones recíprocas entre las partes.

Tal figura resulta aplicable al campo laboral, y de hecho, la jurisprudencia de la Sala, en diversos temas la ha aplicado, con el fin de mantener un equilibrio en el patrimonio de los contendientes, cuando quiera que éstos resultan deudores y acreedores entre sí.

Así, por ejemplo, cuando ha encontrado que las sumas pagadas en exceso al trabajador afectan al empleador, ha ordenado su descuento; también ha permitido la compensación de los salarios y prestaciones a cancelar por efectos del reintegro, de manera que ha autorizado al empleador descontar lo pagado por despido injusto (CSJ SL20195-2017, CSJ SL7805-2016); igualmente, ha habilitado al empleador para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato (CSJ SL6794-2015); incluso, pese a que en la contestación de la demanda no se haya alegado esta figura como excepción, al determinarse la procedencia de la pensión de sobrevivientes, ha aceptado que la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva se tenga como un pago parcial de la obligación (CSJ SL11546-2015), o la posibilidad de descontar las sumas pagadas por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o sobrevivientes, de la suma que se debe pagar por la prestación pensional principal (CSJ SL1624-2018, SL1515-2018, SL6106-2017), como ejemplos más próximos.”

En el caso bajo estudio, de una parte están las acreencias laborales a cargo de la demandada por valor de \$4.770.512 que fueron determinadas por la a quo, y de otra parte los pagos que recibió el actor en cuantía de \$11.800.000 y que no fueron desconocidos en su declaración de parte, que se encuentran acreditados en los extractos bancarios de la cuenta de la empresa demandada. A pesar que el actor afirmó que no correspondían con los pagos de estas consideraciones, no existe en el plenario acreditación a que conceptos pertenecen. En contraposición la demandada aseveró que su destino era el pago de las acreencias laborales que aquí se pretenden, en este sentido los concibió el juzgador de instancia y de igual manera los entiende esta sala por haberse realizado luego de finalizada la relación laboral, por lo que coincide con su compensación.

A pesar de encontrar probada esta excepción, no es viable ordenar el pago de las sumas pagadas en exceso por parte la empresa demandada al demandante, en atención a que no existen pretensiones en este sentido tal como lo indicó la juez, pues para proceder con su estudio se debió interponer demanda de reconvención en la que se incluyera esta pretensión.

En consecuencia encuentra La Sala que no se equivocó la juez de instancia al absolver a la demandada ante la falta de demostración de los elementos que integran la relación de trabajo entre el 2 de enero de 2013 al 11 de agosto de 2015 y la declaratoria de la compensación, por lo que se **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman, la de alzada están a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Trecientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de mayo de 2019, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera instancia se confirman, la de alzada están a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Trecientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

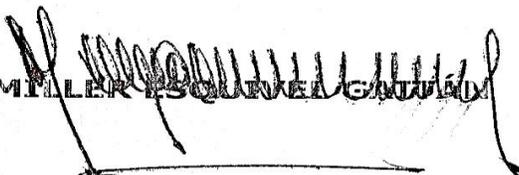
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ISMAEL 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 CECILIA ÑUNGO GAITÁN CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00065 01 Juz 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre 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

CECILIA ÑUNGO GAITÁN demandó a la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 36.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 37 Y 38. Nació el 5 de diciembre de 1964, se vinculó al ISS bajo el empleador COMERCIALIZADORA MUL el 2 de noviembre de 1989, cotizó 216,43 semanas en el RPM. En septiembre de 1995 recibió asesoría por parte de AFP ING hoy PROTECCIÓN donde se le indicó que el ISS se iba a liquidar y que el fondo le ofrecía mejores beneficios al momento de pensionarse como obtener la pensión antes y con mayor mesada. Afirmó que no fue informada sobre las implicaciones y desventajas del traslado de régimen. Señaló que el 1 de septiembre de 1995 se trasladó a AFP ING hoy PROTECCIÓN. Que continúa laborando para COLOMBIANA DE COMERCIO S.A., el 22 de mayo de 2018 solicitó ante PROTECCIÓN el traslado de régimen y el 18 de septiembre de 2018 petitionó

ante COLPENSIONES se le recibiera nuevamente en este régimen. Cuenta con 1.1.62 semanas cotizadas en PROTECCIÓN a julio de 2018 y un total de 1378,43.

Actuación Procesal

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en los términos del escrito visible en fls. 51 a 59.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación de la demandante con el ISS en noviembre de 1989, el número de semanas cotizadas a esa administradora. El 1 de septiembre de 1995 se trasladó a la AFP ING, la solicitud presentada ante esa entidad.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 84 a 93.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el 1 de septiembre de 1995 se trasladó a la AFP ING, las semanas cotizadas al RAIS y el total acumulado por la demandante.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de 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 las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que al darse la re asesoría pensional que recibió la demandante en el año 2011 (fl. 98 y 99) se le indicaron sus condiciones en uno y otro régimen, en particular el monto de su mesada y la conveniencia de trasladarse al RPM en ese momento, con lo que demostró la AFP PROTECCIÓN haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

La parte demandante dijo que al momento de la afiliación no se demostró que hubiera recibido la información que correspondía, sin que esto se subsane con los aportes voluntarios realizados por la demandante con fines y efectos tributarios. Solicita se revoque en su totalidad la sentencia.

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

Parte demandante: Mediante correo electrónico presentó ampliación del recurso de apelación, el cual dado el momento procesal se entiende que hace alusión al traslado de los alegatos de conclusión, y en ellos consideró que se debe revocar la decisión proferida por cuanto manifiesta que AFP PROTECCIÓN incumplió con el deber de información, en consecuencia, se confirme la ineficacia de la afiliación.

Parte demandada: COLPENSIONES, solicita se confirme el fallo de primera instancia, pues considera que no se probó la existencia de vicios del consentimiento al momento de la vinculación al RAIS.

AFP PROTECCIÓN, requiere se confirme la decisión proferida, pues durante el proceso se probó que se dio cumplimiento al deber de información al darse la re asesoría pensional, poniendo de presente las condiciones y beneficios del RAIS a la parte demandante.

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 o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 18 de septiembre de 2018 (fl 26), con lo 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 14 de septiembre de 1995, cuando solicitó su vinculación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 113.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que 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 no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 14 de septiembre de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN (fl. 113), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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.**

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conectora 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, es que la AFP suministre para el momento del traslado 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 encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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 es que apareció 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"

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 la trabajadora, 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 a 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.

La AFP PROTECCIÓN, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692/94, que la actora autorizó el descuento con destino a aportes voluntarios sin que se hubieran realizado, que se le ofreció una re asesoría en el año 2011 la cual es desconocida por la demandante en su interrogatorio, donde

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, ya ún al 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”

se le aconsejó a la demandante el traslado al RPM administrado por COLPENSIONES que cumplió con las proyecciones de forma escrita tal como lo acredita con la simulación de folio 99, consejo aceptado por la actor sin lo hubiera hecho efectivo. Sin embargo, no demostró que su actuar se ajustó al deber de información al momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada AFP PROTECCIÓN al aseverar que cumplió con tal deber, pues tal actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 24 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó ni se saneo con los aportes que la demandante efectuó en el RAIS, ni con la asesoría brindada en noviembre de 2011, pues se reitera, el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

De otra parte, es de advertir que 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, 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 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del

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

traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Así las cosas, es evidente 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, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de CECILIA ÑUNGO GAITÁN al régimen de ahorro individual efectuada el 14 de septiembre de 1995 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fls. 113) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Por lo tanto, y como quiera que actualmente la actora se encuentra vinculada con PROTECCIÓN SA, ésta tiene el deber de devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las

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).

normas procesales, ya que si bien, hace más de 20 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **revocar** la sentencia apelada.

COSTAS

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas en esta instancia.

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.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020, en cuanto absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de CECILIA ÑUNGO GAITÁN al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el día 14 de septiembre de 1995 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS** como actual administradora de la actora, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS: Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de las demandadas. Sin lugar a ellas esta instancia.

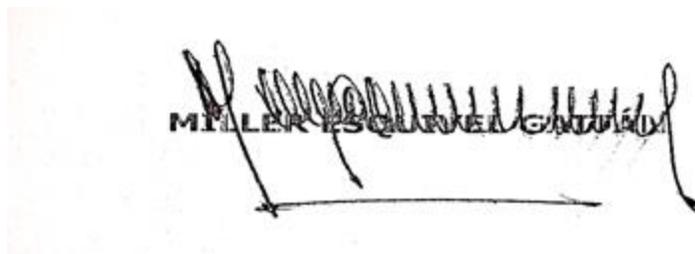
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN