



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2018-659-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSE TOMAS RICO CASTILLO
DEMANDADO: JOSE DANIEL GOMEZ BAUTISTA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer en grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de julio de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

En señor JOSE TOMAS RICO CASTILLO por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de marzo de 1997 hasta el 30 de abril de 2016. Como consecuencia de ello, se condene al pago de prestaciones sociales y vacaciones e indemnización moratoria. (fl.2)



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis, que trabajó para el demandado en el cargo de operario de máquina entre el 1 de marzo de 1997 hasta el 30 de abril del año 2016. Cumplía un horario de lunes a viernes de 8 de la mañana a 6 de la tarde y devengando un salario mínimo legal mensual. Agregó, que el demandado como representante legal de la empresa Textiles y Confecciones Dagoz le daba órdenes, citó al demandado a una audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo pero nunca compareció. (fl.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda el señor José Daniel Gómez Bautista se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 8 y 9 y negó los demás; propuso las excepciones de mérito las de inexistencia del contrato, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, buena fe del demandado, prescripción y la genérica. (fl.22)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante. (fl.47)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, explicando en síntesis los elementos del contrato de trabajo, comenzó por estudiar cada uno de ellos y en el caso de la prestación personal del servicio, indicó que no era posible tenerla por acreditada y aplicar entonces la presunción establecida en el art. 24 del C.S.T., por cuanto ni con las pruebas documentales y tampoco con las demás decretadas y recepcionadas, tal situación no había sido probada por el demandante, quien tenía la carga probatoria de hacerlo.

Agregó que si bien existía una certificación laboral, la misma había sido desconocida por la parte demandada, y ninguna otra prueba había dado certeza al juez para tener como probada la prestación personal del servicio.

CONSIDERACIONES



Al revisar la decisión de primera instancia en **grado jurisdiccional de consulta**, se tiene que tratándose de la existencia de un contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: **i)** la actividad personal del trabajador; **ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y **iii)** el último de los elementos es el salario como retribución del servicio.

Demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser de tipo legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

En virtud de ello, no se debe creer que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata la norma en comento. Esta presunción, como las de su estirpe, **parten de la base de un hecho cierto o indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado; este hecho es la relación de trabajo personal, traducida en el servicio personal**, dependiente y remunerado, siendo en principio, carga probatoria del demandante acreditar el primer requisito para que opere en su favor la presunción del contrato de trabajo, y traslade la intención probatoria al empleador con el fin de acreditar que el vínculo fue de otra naturaleza menos laboral, sin olvidar, precisamente, que en virtud de tal presunción el litigio no se encuentra resuelto a favor del trabajador, pues es el material de prueba que obre en el juicio el que tendrá la capacidad para demostrar una y otra tesis encontrada.

En este asunto indica el señor José Tomás Rico que laboró desde 1 de marzo de 1997 hasta el 30 de abril de 2016 para el señor José Daniel Gómez Bautista, desempeñando el cargo de operario de máquina plana y para acreditar tal situación aportó certificación a folio 8 en donde consta:

“De la manera más atenta me permito informarles a quien corresponda que el señor JOSE TOMAS RICO CASTILLO, identificado con N°19.365.743 expedida en Bogotá,



laboró con nosotros como operario de maquina plana con un contrato de prestación de servicios, (al destajo), tiempo en el cual su desempeño es altamente satisfactorio a toda prueba....

Dada en Bogotá a los siete días del mes de abril de 2016”

Aunado a ello se recepcionó el **interrogatorio al demandado señor José Daniel Gómez**, quien negó tener cualquier clase de vínculo laboral contractual con el señor Rico Castillo, afirmó que conoce al demandante por cuanto fueron vecinos en el mismo barrio en donde vivía; negó haberle dado la certificación que reposa en el expediente, dijo que el accionante le había pedido el favor a su hermano José Flaminio que si le daba esa certificación para un trabajo, pero que eso había sido un favor. En el momento en que el juez le puso de presente la firma contenida en el documento de folio 8, el señor José Daniel indicó **“no, esa no es mi firma”**.

Se escuchó la declaración del testigo **Elkin Alexander Roa Contreras**, quien indicó que el señor José Daniel le había arrendado una fábrica y una maquinaria y que allí él se había puesto a trabajar y había contratado al demandante como operario para mover las máquinas, que esa contratación se dio en virtud a que los vecinos del barrio le recomendaron al señor José Rico. Agregó que nunca supo que el demandante trabajara con el demandado pues había trabajado era con él y que esa relación entre el testigo y el demandante había surgido aproximadamente del 2005 al 2013.

Finalmente el testigo **José Domingo Coy**, manifestó conocer al demandado hace como 25 años por relación de comercio y al demandante hace 40 años en el mismo barrio, que le consta que el demandante le colaboró aproximadamente en el año 2013 y el demandante iba por día por ejemplo a hacer botas y que tal relación había durado entre 3 y 4 meses.

Pues bien, del anterior material probatorio encuentra la Sala acertada la decisión del juez a quo, toda vez que el demandante no logró acreditar el primero de los elementos del contrato, esto es la prestación personal del servicio, para que en su favor operara la presunción mencionada al inicio de estas consideraciones.



Nótese como al absolver interrogatorio el demandado desconoció la firma plasmada en la única prueba aportada por el demandante con la demanda y que hace relación a la certificación de folio 8, la Sala no tiene certeza de la autoría de tal documento y aunado a ese hecho, los testigos que declararon fueron coincidentes en que el actor no prestó ningún servicio para el señor José Daniel Gómez Bautista, por el contrario, lo que dijeron ambos declarantes fue que el servicio se lo prestó el señor José Tomás Rico pero a ellos, más no al accionado.

No desconoce la Sala que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia con radicado SL14426 de 2014 en donde citó las sentencias 34393 de 2010 y 38666 de 2013, señaló que **el juez laboral debía tener como un hecho cierto el contenido de lo que se expresara en cualquier constancia que expidiera el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo**, ya sea, como por ejemplo sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, sin embargo se reitera, la documental de folio 8 no tiene esa virtud de acreditar por lo menos la prestación personal de un servicio y ninguna otra prueba fue arrimada al plenario para tener certeza al respecto.

Así las cosas y como era carga probatoria de la parte demandante acreditar el primer elemento del contrato de trabajo y debido a que ello no ocurrió, no queda solución diferente a la de confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia consultada, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 17 2018 227 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSE FRANCISCO MATIZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Diecisiete laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la demandada COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta misma.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada a COLFONDOS S.A., que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones, títulos pensionales, rendimientos financieros y cualquier otro concepto que se encuentre en su cuenta de ahorro. Que se condene a COLPENSIONES a cobrar o recibir el valor de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual del accionante administrada por COLFONDOS S.A., a realizar el cómputo de las semanas cotizadas por toda la vida laboral. Finalmente solicita se condene a la demandada COLPENSIONES, al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la ley 797 de 2003, a partir del 14 de agosto de 2017. (fl.- 6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 14 de agosto de 1955 y cumplió el estatus de pensionado el 14 de agosto de 2017.
- Que se encontraba afiliado al FONCEP y fue trasladado a COLPENSIONES el día 30 de noviembre de 1995.
- Que se trasladó a COLFONDOS el día 1 de diciembre de 1996, AFP en la que en la actualidad se encuentra afiliado.
- Que no le informaron sobre las desventajas de trasladarse, así como tampoco le informaron que no podía retornar después de los 47 años de edad.
- Que no le explicaron a cerca de los requisitos. Modalidades de pensión, capital que debía tener acumulado para acceder la pensión.
- Que no le indicaron cómo funcionaba financieramente el fondo privado.
- Que no le realizaron un análisis de cuál de los dos regímenes le era más favorable.
- Que la AFP demandada no cumplió con su deber legal de información profesional.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003. (fl.- 1 - 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 5, 6 y 8, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 78 - 104).

Al contestar la demanda **COLFONDOS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 8, 27, 36 y 37, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción. (fl. 140 - 149).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia, del 16 de diciembre de 2019, resolvió:

1. *Declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad y prescripción, propuestas por las demandadas en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia.*
2. *Declarar que la afiliación del señor José Francisco Matiz Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía 19.313.958, al régimen de ahorro individual con solidaridad, rais, administrado por Colfondos s.a. pensiones y cesantías fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*
3. *Declarar que el señor Matiz Rodríguez se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

4. Ordenar a Colfondos s.a., trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del señor Matiz Rodríguez, tales como cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos e intereses y rendimientos sin que haya lugar a descuento de gastos de administración, conforme las razones expuestas.
5. Ordenar a Colpensiones recibir el traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en su historia laboral teniendo en cuenta que la afiliación se deberá contar sin solución de continuidad, según las razones expuestas.
6. Abstenerse de estudiar la pretensión alusiva al derecho pensional que le pudiese corresponder al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, pero ordenar a Colpensiones, que una vez se tenga como su afiliado al señor Matiz Rodríguez, proceda a estudiar el derecho pensional que le pudiese corresponder.
7. Condenar en costas a las demandadas, en firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$800.000 moneda corriente.
8. Se dispone la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones, remítase el expediente al superior.

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que:

“Antecedentes: el señor José Francisco Matiz Rodríguez actuando por conducto de apoderado judicial instauro demanda ordinaria en contra de las administradoras de fondos de pensiones Colpensiones, entidad financiera de carácter especial del orden nacional, vinculada al ministerio de trabajo y representada legalmente por su presidente en la actualidad el doctor Juan Miguel Villalora, o quien haga sus veces, y de Colfondos s.a. pensiones y cesantías administrador en el régimen de ahorro individual con solidaridad constituida como sociedad anónima y representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces. Pretende la parte actora que previo los trámites de un proceso ordinario de la seguridad social de primera instancia se profieran las siguientes declaraciones y condenas según el acápite de su demanda y su corrección folio 5 a 6 y 69 frente y vuelto: que se declare la nulidad total de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos pensiones y cesantías y como consecuencia de lo anterior se decrete la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el 1 de diciembre de 1996; que se declare además que es ineficaz cualquier reconocimiento prestacional que haya realizado o llegare a realizar Colfondos s.a.; que se condene además a esa entidad a entregar o trasladar a Colpensiones el valor de los aportes recibidos por cotizaciones, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que esté en la cuenta de ahorro individual del demandante; que se condene a Colpensiones a recibir a la parte demandante como afiliado al régimen de prima media con prestación definida declarando que no existió solución de continuidad en la afiliación; que a su vez se ordene a Colpensiones a recibir el valor que traslade Colfondos s.a.; y que se condene además a Colpensiones a realizar el computo de semanas cotizadas por toda la vida laboral del demandante; solicita además que se disponga el reconocimiento y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pago de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones bajo los parámetros normativos que se indican en las pretensiones y que se condene además a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como fundamentos facticos relevantes informa el actor folios 1 a 5 y 67 a 69, que nació el 14 de agosto de 1955, que cumplió el estatus para pensionarse el 14 de agosto de 2017, señalando que laboró en empresas privadas desde enero de 1978 hasta diciembre de 1984, luego al servicio de la secretaria distrital de educación de Bogotá desde el 20 de noviembre de 1990 hasta la fecha, dice además que posteriormente fue trasladado al instituto de seguros sociales desde el 1 de enero de 1996, entidad en la que cotizó hasta el 30 de noviembre de ese mismo año cuando se traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos s.a., traslado que se hizo el 1 de diciembre de 1996 y al cual se encuentra afiliado actualmente. Dice entonces que al momento de su traslado los asesores de esa entidad no le prestaron una asesoría técnica y adecuada, pues no le explicaron entre otras, las características de cada uno de los regímenes, los requisitos que exigía el régimen de ahorro individual y el de prima media, las modalidades de pensión y demás aspectos relevantes para acceder a una pensión de vejez. Dice entonces que su decisión de trasladarse no fue espontanea ni voluntaria, pues se vio incitado por presiones, engaños y cautivado por la intención de no perder sus ahorros en pensión y el derecho a adquirir la pensión, por lo que señala que la afiliación está viciada de nulidad y es ineficaz o inexistente. Dice además que el 6 de diciembre de 2017 elevó solicitud a Colfondos en la cual se le comunicó que contaba con 1075 semanas, por lo que lo invitaron a seguir aportando a su cuenta de ahorro individual hasta el momento que cumpliera con el requisito de la densidad de semanas exigidas, señalando además que, según el reporte efectuado por Colpensiones, alcanzó a cotizar en ese sistema al instituto de seguros sociales un total de 44.57 semanas. A continuación hace un comparativo de los posibles montos de pensión que recibiría en cada uno de los sistemas, numerales 28,30 a 32, por lo que dice la diferencia del monto de las prestaciones es importante, dado que Colfondos finalmente le reconocería un valor aproximado de \$857.000; dice además que mediante petición elevada el 21 de febrero de 2018 solicitó a Colpensiones y a Colfondos se efectuara la actualización de su historia laboral que anulara y determinara la ineficacia del traslado de régimen, y que una vez determinada la ineficacia o inexistencia del traslado, aceptara el traslado a Colpensiones, respuesta que recibió el 28 de febrero de 2018 en la cual las entidades luego de hacer alusión a las competencias de Colpensiones y a la oficina de bonos pensionales, según lo describe de manera pormenorizada en sus hechos, finalmente dice que no se pronunciaron frente a la solicitud de traslado y de nulidad efectuado. Dice finalmente que agotó petición ante Colpensiones por lo que está agotada la reclamación administrativa. Como fundamentos de derechos invocó las normas y razonamientos legales que aparecen expuestos a folios 6 a 13 y 69 vuelto a 73.

Tramite procesal. Luego de subsanadas las falencias anotadas, la demanda se admitió por auto del 27 de junio de 2018, folio 75, y en el mismo proveído se dispuso la notificación y traslado a las demandadas para efectos de garantizar su derecho de defensa y se ordenó vincular a la agencia nacional



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de defensa jurídica del estado. Colpensiones y la agencia de defensa jurídica se notificaron según aviso a entidad pública remitidos y la demanda se notificó y la codemandada Colfondos se notificó por conducto de apoderado judicial según actuaciones de folios 76 y 77. La agencia de defensa jurídica no intervino y las demandadas contestaron oportunamente y se opusieron a la prosperidad de las pretensiones. Colpensiones en su escrito, a folio 78 a 104, aceptó los numerales 1,5,6,8,34 y 35, dijo que no le constaban los otros o los negó, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al rpm, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad y no procedencia de condena en costas a esa entidad y genérica. Colfondos s.a. en su escrito a folios 140 a 149 admitió los numerales 8,20,27 y 36, dijo que no le constaban los otros, propuso las excepciones de validez de la afiliación al rais, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica. Luego se surtieron las etapas de rigor y por tanto tramitado el proceso en legal forma y al no advertirse causal de nulidad, se procede a dictar fallo previas las siguientes consideraciones.

Para empezar, resulta importante recordar que el gobierno nacional a través del decreto 2013 del 2012 dispuso la supresión y posterior liquidación del instituto de seguros sociales, pero dejó a cargo de Colpensiones el manejo del régimen de prima media con prestación definida. Esta entidad, recordemos, fue creada por la ley 1151 de 2007 como una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, luego a través del decreto 4121 de 2011 se cambió su naturaleza jurídica y en adelante paso a estar vinculada al ministerio de trabajo, y luego a través del decreto 2011 de 2012 se dispuso su entrada en operación como nueva administradora del régimen de prima media con prestación definida. Lo anterior se menciona para resaltar que al tenor de lo establecido en el artículo 6 del código procesal del trabajo y la seguridad social, el demandante tenía la obligación de agotar el requisito de procedibilidad consistente a someter a conocimiento de Colpensiones las pretensiones que luego serían ventiladas en el proceso, requisito que se advierte fue cumplido en debida forma, conforme se corrobora con la documental de folios 19 a 23. Sentado lo anterior entonces se procede a plantear el problema jurídico a que se contrae la presente controversia de la seguridad social, problemas jurídicos, y que consisten en primer lugar en determinar la procedencia de declarar la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y tener como única afiliación válida la correspondiente al régimen de prima media, hoy a cargo de Colpensiones. Deberá el despacho además definir lo concerniente a la prestación pensional que se depreca a cargo de Colpensiones y determinar la viabilidad de hacer el análisis de ese derecho pensional en este mismo proceso. Así entonces tenemos que el demandante afirma que al momento de gestionarse o de trasladarse, y efectuar el cambio de régimen, a Colfondos s.a. entidad a la que se encuentra actualmente vinculado, no le brindaron una asesoría clara, adecuada, completa y oportuna respecto de las implicaciones de ese cambio de régimen, lo que le impidió establecer y comparar ventajas y desventajas del sistema administrado por esa entidad, frente al régimen entonces a cargo del instituto de seguros sociales; por lo que solicita en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

síntesis que se declare la nulidad, aunque en algunas de las pretensiones también hace alusión a la ineficacia, aspectos que serán analizados por el despacho. A esas peticiones se opusieron las demandadas al considerar en síntesis que el demandante no cumple con los requisitos para retornar al régimen de prima media, y en especial porque aseguran que al actor se le brindó toda la asesoría suficiente para permitirle optar por la decisión que mejor conviniera a sus intereses. Así entonces, para empezar, nos vamos a remitir a lo que muestran las documentales en el expediente, y así se constata que el demandante estuvo afiliado al instituto de seguros sociales, efectuando cotizaciones desde el 20 de noviembre de 1990, conforme se corrobora con la documental de folio 48 y que luego se cambió de régimen habiéndose afiliado al de ahorro individual con solidaridad, a través de vínculo efectuado Colfondos s.a el 10 de octubre de 1996, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1996, como se corrobora con la documental de folio 150 y que es la entidad administradora de fondos de pensiones a la que pertenece en la actualidad el actor. Ahora bien, tenemos como antecedente de este tipo de controversias y resulta importante mencionar que debido a numerosas acciones de tutela instauradas por ciudadanos que se habían trasladado del régimen de prima media, es decir, quienes cotizaban entonces al instituto de seguros sociales o a cajas de previsión social como cajanal e ic, y se habían trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados creados en Colombia en virtud de la ley 100 de 1993 y esperando que a través de ese mecanismo excepcional, pudiesen cambiar de régimen en cualquier tiempo, la corte constitucional profirió una sentencia de unificación a través de la cual reitero los criterios que habían sido asentados en sus providencias c-789 de 2002 y en la 1024 de 2004, que fijaban las reglas para permitirse el retorno que podemos denominar automático al régimen de prima media. En su providencia su 062 de 2010 la corte constitucional fijó el parámetro que solo las personas que fuesen beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, es decir, aquellos afiliados que contaran con 15 años de servicio a esa fecha podrían trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media y recuperar el régimen de transición, aunque les faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional. El punto de discusión se centró entonces en otro de los requerimientos señalados para que fuese viable ese cambio de régimen y consiste en la necesidad de efectuar el traslado de la totalidad de los rendimientos del fondo de ahorro individual al de prima media, el cual no podía ser inferior al monto total del porte de haber permanecido en el régimen de prima media. Para solucionar tal desventaja, puesto que el porcentaje destinado para la cuenta individual del pensionado es menor y difiere del destinado al fondo común del régimen de prima media, lo que impedía cumplir con este requisito, la corte constitucional en su sentencia de unificación fijó los parámetros generales para permitirse ese retorno automático, señalando además que en todo caso el afiliado tenía la opción de aportar el dinero que hiciese falta para cumplir con dicha exigencia. Señalando entonces como requisitos o como condiciones mejor, que si al afiliado le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión requerida, solo podría regresar al régimen de prima media si para el 1 de abril



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de 1994 contaba con 15 años de servicio, los cuales equivalen a 750 semanas cotizadas. De igual manera, solo las personas que tuviesen esos 15 años de servicio al 1 de abril de 1994 podrían recuperar los beneficios del régimen de transición; en tercer lugar señalo que si el afiliado es beneficiario del régimen de transición solo por edad, no podría recupera el régimen de transición aun cuando le faltaren mas de 10 años de servicios para cumplir la edad de pensión o se hubiese trasladado con anterioridad; y finalmente precisó que en aquellos casos donde al afiliado lo separaran mas de 10 años para pensionarse, podría trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, la corte precisó que en todo caso operaba la perdida del régimen de transición de manera automática para aquellos afiliados que únicamente cumplían con el requisito de la edad, 35 años en el caso de las mujeres o 40 años en el caso de los hombres, y no cumplían con el tiempo de servicios. Lo anterior se menciona para resaltar que no se deben confundir los requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición que puede ser edad o tiempo de servicios y los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo y recuperar el régimen de transición que corresponde solo al tiempo de servicios. Debiéndose tener en cuenta, en todo caso, que se debe trasladar la totalidad de los ahorros del régimen de ahorro individual al de prima media, y que el valor debe ser igual al monto total del aporte legal en caso de que el afiliado hubiese permanecido en el régimen de prima media. Lo anterior entonces y aplicando las reglas fijadas por la corte constitucional al caso que nos ocupa, tenemos entonces que le correspondía al demandante demostrar que para el 1 de abril de 1994 contaba con 15 años de servicios cotizados, presupuesto que no alcanza a cumplirse, se tiene en cuenta que empezó a cotizar a partir del 20 de noviembre de 1990, de acuerdo con la documental de folio 48, lo que significa que para el 1 de abril de 1994, tenía cotizados 4 años de servicios lo que representa en tiempo. Lo anterior simplemente para denotar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, lo que significa entonces que para el momento en que decidió cambiarse de régimen no resultó afectada alguna expectativa de alcanzar una pensión con base en las normas del régimen de prima media y menos aún se podría pregonar que el demandante era beneficiario del régimen de transición. Circunstancias que se mencionan simplemente para resaltar que en todo caso, o que para el caso del demandante, no encaja dentro de las previsiones que la corte constitucional prevé para permitirse ese retorno que se denominó como automático, por lo que la única alternativa que le queda al demandante para poderse permitir pensionarse en el futuro con la normas de Colpensiones es que se declare la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que precisamente lo que reclama en su demanda.

Así entonces, remitiéndonos a los supuestos facticos de dicha pretensión que como vemos sería la única vía posible para que el demandante pudiese retornar a Colpensiones, encontramos que todas las aspiraciones del actor se fincan en que se declare la nulidad y se deje sin efectos su vinculación al rais como consecuencia de la omisión en el deber de haberle suministrado una información adecuada, completa, oportuna y suficiente por parte de los asesores de Colfondos s.a que le hubiese permitido conocer las condiciones



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

económicas, jurídicas, financieras y comparativas entre los dos regímenes pensionales. Por ello, nos remitimos entonces al momento del traslado de ese régimen y se puede constatar de las documentales que obran, que al momento del cambio de régimen, el demandante, en el formato de traslado, se consignó una información de carácter general respecto del futuro afiliado, tales como su nombres, apellidos, numero de cedula y datos del vinculo laboral, entre otros, sin haberse dejado plasmado en ese momento la obligación por parte del asesor de Colfondos de haberle brindado una asesoría especial y particular que le permitiera al demandante conocer de esa manera, por ejemplo, las diferencias entre los dos regímenes pensionales, las distintas modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la posibilidad de un retiro programado, la posibilidad de unos ahorros voluntarios y la necesidad de unos aportes obligatorios; características que sin duda no le fueron explicadas ni advertidas al demandante, configurándose de esa manera entonces la omisión que el demandante atribuye; pues en todo caso, lo que advierte este sentenciador es que la gestión del asesor en su momento tuvo como propósito plantear unas posibles ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad sin ahondar en aspectos de índole técnico relacionados, por ejemplo, con la necesidad de reunir un capital para acceder al derecho pensional, la posibilidad de efectuar unos aportes voluntarios en caso de pretenderse un monto superior en la pensión o los requisitos para una pensión anticipada, circunstancias que sin duda, se reitera, no fueron advertidas al afiliado, sin exponerle además las posibles desventajas de cambiarse de régimen, pues recordemos que para esa época de inicio del desarrollo de los fondos privados en nuestro país, más que una gestión técnica, los asesores cumplían una labor de índole comercial que buscaba en principio atraer y cautivar a los afiliados del otro sistema para tratar de fortalecer o engrosar su nómina de vinculados. Por esa razón entonces y teniendo en cuenta lo anterior, era claro que al demandante se le debió brindar una información suficiente, de manera que pudieran respetarse los derechos y expectativas pensionales en el régimen pensional al cual se encontraba afiliado y a fin de constituir en debida forma el denominado consentimiento informado que se constituye como uno de los principales principios de la libertad de información que tienen los afiliados del sistema de pensiones. Y dentro de ese deber de información, resulta importante resaltar en todo caso, el siguiente cuerpo normativo que se encontraba vigente ya para el momento en que el demandante decidió cambiarse de régimen y es así como nos remitimos al decreto 663 de 1993, norma a través de la cual se consagró del denominado estatuto orgánico del sistema financiero y que resultaba aplicable a las entidades administradoras de fondos de pensiones como integrantes a su vez del sistema financiero en calidad de instituciones privadas de carácter previsional encargadas de administrar eficientemente los fondos y planes de pensión del régimen de ahorro individual con solidaridad y de los fondos de cesantías en Colombia, a través de la gestión fiduciaria a ellas encargada. En ese estatuto, reitero, estatuto orgánico del sistema financiero, se consagró precisamente en el artículo 97, el deber de información a los usuarios señalando que las entidades vigiladas debían suministrar a sus usuarios la información necesaria para lograr la mayor



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

transparencia en las operaciones que realizaran, de suerte que les permitiera, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, señalándose entonces de esa manera la obligación de cumplir con los principios de transparencia y de información cierta, suficiente y oportuna. Bajo esas circunstancias se requería establecer que la decisión del demandante de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y vincularse a la entidad que lo representaba, Colfondos s.a, obedeció a una decisión autónoma y consiente que fue resultado de haber recibido una información que contuviera no solo las ventajas, sino también las posibles desventajas o riesgos que para el implicaba ese traslado. Circunstancias que en el presente caso no se logran establecer, pues en todo caso le incumbía a la administradora de fondos de pensiones demandada, demostrar que al momento del cambio de régimen desplegó toda la gestión en aras de ilustrar de manera suficiente al futuro afiliado acerca de los riesgos y de la conveniencia o no de su traslado y lo que es más importante, acerca de las condiciones, características y requisitos de ese régimen pensional. Ese deber de información que aquí se analiza, resulta fundamental en el sistema general de pensiones por los derechos y expectativas pensionales que implica y por la naturaleza misma del denominado consentimiento informado a partir del cual se configura el principio de libertad de información que les asiste a los afiliados del sistema. Con base a lo anterior entonces, se puede concluir que, en el momento en el que se gestionó el cambio de régimen y el actor decidió vincularse a Colfondos s.a., los asesores omitieron el deber legal de brindarle la información suficiente acerca de las características esenciales y las diferencias esenciales de cada uno de los regímenes pensionales. Siendo importante resaltar que dentro de esas diferencias, resulta importante mencionarlo, está lo concerniente a los requisitos exigidos en cada uno de los regímenes, pues mientras el de prima media con prestación definida tiene claramente definido el requisito de la edad y la densidad mínima de cotizaciones, según lo previamente ordenado por la ley, en el régimen de ahorro individual con solidaridad el derecho pensional queda sujeto a reunir un capital que sea suficiente para financiar el derecho pensional y debe contarse además con el valor de los rendimientos, incluso, con el valor de unos aportes voluntarios, lo que presenta diferencias sustanciales entre los dos regímenes pensionales. Siendo importante señalar además que entre los dos regímenes se presentan diferencias importantes en lo referente al monto de la mesada pensional que recibiría el afiliado, e incluso se da la imposibilidad de acceder a una prestación pensional en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues muchos afiliados no alcanzan a reunir el capital suficiente en su cuenta y otros deben someterse a una pensión solidaria, cuando muy posiblemente, en el fondo público su pensión está asegurada al cumplir la edad y la densidad mínima de semanas que contemplan las normas. Por esa razón entonces y como consecuencia de las consideraciones precedentes, se declarará la ineficacia del traslado del demandante efectuado en diciembre de 1994 al sistema de pensiones administrado por Colfondos s.a. y por tanto ateniéndonos a lo que ha orientado la máxima corporación de la justicia ordinaria, en esta especialidad del trabajo, en el sentido de concluir que la desinformación constituye



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por los fondos privados de pensiones, cuando se advierta una omisión en el deber de información de brindar una información de manera integra y adecuada a los afiliados, debe entonces darse como consecuencia la declaratoria de la ineficacia del traslado. Finalmente, recordemos el aparte pertinente de la sentencia que nos ha orientado esas decisiones, entre otras, la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2008, proceso con radicado 31998, oportunidad en la cual, con ponencia de la honorable magistrada doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, la corte suprema de justicia se pronunció en el sentido de precisar que en esas 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 manera que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada, pues finalmente es la entidad administradora de fondos de pensiones la que conoce la forma de funcionar del sistema, las condiciones y los requisitos señalándose en todo caso que al momento de gestionarse el cambio de régimen por parte del afiliado, la entidad debe acatar las obligaciones que prevén los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994, cumpliendo con diligencia, prudencia y pericia, ese deber de orientar y asesorar al futuro afiliado. Conclusión de lo anterior entonces, estamos frente a un traslado ineficaz, lo que conlleva a declarar sin validez jurídica al régimen de ahorro individual con solidaridad y su vinculación actual a Colfondos s.a. Quedando entonces como única afiliación válida la correspondiente al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones y debiéndose señalar que para todos los efectos jurídicos, la vinculación del demandante al rais no produjo ningún efecto jurídico, como también lo ha precisado nuestro tribunal superior de este distrito judicial en sentencias, entre otras, la dictada el 2 de abril de 2018, magistrado ponente doctor Diego Roberto Montoya Millán, dentro del proceso con radicado 20160441, oportunidad en la cual modificó una sentencia de este juzgado para precisar que las consecuencias que se derivan de la falta del deber de información derivan en un traslado ineficaz al tenor de lo que también ha orientado la corte suprema de justicia, y no en la nulidad del traslado, pues no nos encontramos en estricto sentido frente a un vicio del consentimiento, lo cual implicaría, otro tipo de debate probatorio y otra carga probatoria diferente a la que se ha planteado en este escenario procesal. Consecuencia también de esa declaratoria de ineficacia se ordenará a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, traslados de dinero, rendimientos, intereses, bonos pensionales, si a ello hubiere lugar, todo como lo dispone el artículo 1746 del código civil, sin que se autorice en todo caso a Colfondos s.a, para descontar del valor de la cuenta de ahorro individual del demandante gastos de administración o algún otro concepto que no tendría porque asumir en todo caso el demandante como consecuencia de esta ineficacia que se declara. A su vez se le ordenará a Colpensiones recibir al demandante en su



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

nómina de afiliados y convalidar el tiempo en la historia laboral correspondiente.

Solicita también el demandante que se condene, a través de esta misma demanda y en una acumulación de pretensiones, que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez para lo cual invoca la ley 797 de 2003, norma que recordemos, introdujo modificaciones al sistema general de pensiones en nuestro país. En ese sentido y remitiéndonos a ese estatuto normativo, tenemos que en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993, se señalan los requisitos para que los afiliados, que como en el caso del demandante, no se encontraban cobijados por un régimen de transición, y por ende no tenían expectativa de alcanzar un derecho pensional como beneficiarios, se reitera, de ese régimen de transición. Sin embargo, desde ya debe advertirse que ese derecho pensional que se reclama a cargo de Colpensiones, como se dejó anotado, no es posible estudiarlo en esta acción, teniendo en cuenta que en esta providencia a penas se está declarando la ineficacia del traslado. Por lo que resulta prematuro imponer a Colpensiones en esta sentencia la obligación de un reconocimiento de pensión, sin tener previamente definidos el cumplimiento de los requisitos y lo que es más importante aun definido el marco pensional en que habrá de estudiarse ese derecho, lo que solo será posible definir, una vez en firme esta sentencia, por razón más que suficiente por la cual no es posible acometer en esta sentencia el análisis de tal pretensión. Lo que no obsta para advertir en todo caso a Colpensiones que una vez materializados los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, o lo que es lo mismo decir, una vez en firme esta sentencia deberá Colpensiones estudiar la viabilidad del derecho a la pensión que reclama el demandante con base en el estatuto normativo invocado. Luego entonces de esa manera quedan analizadas las pretensiones alusivas a la ineficacia del traslado del demandante o de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, quedando como obligación entonces de Colpensiones recibir al afiliado y en un futuro estudiar, si a ello hubiere lugar, el derecho pensional deprecado. Por esa razón entonces se declarará la ineficacia como lo advertí y se abstendrá el despacho del análisis respecto de la prestación pensional que se deprecó.

En materia de excepciones y para referirme entonces a las excepciones propuestas en defensa de las demandadas habrán de declararse no probadas las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad y validez de la afiliación al rai, propuestas por las demandadas; tampoco prospera la prescripción, siendo de anotar respecto a esta última, que en razón al transcurso del tiempo no puede considerarse afectado el derecho del demandante a escoger el régimen pensional que mejor convenga a su derecho, pues en esencia, mientras el derecho pensional esté en etapa de conformarse, resulta imprescriptible y el mismo principio debe cobijar al marco legal con fundamento en el cual debe estudiarse ese derecho pensional. Lo anterior para resaltar que no es posible acoger la prescripción trienal propuesta por las demandadas porque con ello se atentaría al derecho a la seguridad social



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que resulta tan importante en nuestro ordenamiento jurídico. Por esa razón, no se acoge esa excepción y en materia de alegatos de conclusión simplemente quiero resaltar que de acuerdo con la tesis traída por la parte actora a este proceso, se acogen sus argumentos, pues se muestran conformes con la realidad de pruebas del expediente, y además están conformes con la interpretación y la orientación jurisprudencial que ha sido trazada por nuestras máximas autoridades en la especialidad del trabajo, como criterio orientador para definir esas controversias. No se acogen los argumentos de la parte demandada.

Se impondrá condena en costas a ambas demandadas, pues finalmente, si bien es cierto Colfondos desde el principio planteó su ánimo de aceptar las pretensiones del demandante, en ningún momento dentro de las oportunidades procesales que tenía, se allanó a las pretensiones del actor, lo que significa entonces que quiso mantener su oposición hasta el momento de dictarse sentencia, cuando el código general del proceso consagra plenamente la posibilidad del demandado de optar por esa posición frente a lo pretendido por el demandante. Y que son argumentos finalmente, tanto los de Colfondos como los de Colpensiones, que son argumentos que no son acogidos en esta instancia, lo que significa entonces que hubo necesidad de efectuar el análisis correspondiente para concluir que le asistía razón a la parte actora y ese análisis es precisamente el que conlleva la imposición de condena en costas como se reclamó en la demanda. En firme esta sentencia, se dispone que por secretaria se practique la liquidación respectiva, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas por valor de \$800.000 moneda corriente. Finalmente se dispondrá que esta sentencia sea revisada en grado de consulta a favor de Colpensiones para lo cual se dispondrá remitir el expediente al superior, una vez concluya la audiencia”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

“Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal de distrito judicial, solicitándole revoque parcialmente el fallo y en consecuencia y de acuerdo a lo expresado en los alegatos de conclusión, en esta audiencia se absuelva a mi representada de condena por costas procesales y agencias en derecho, teniendo en cuenta que los hechos constitutivos de la demanda no le constaban teniendo en cuenta que esta no tuvo injerencia alguna en el traslado efectuado por el demandante a la afp Colfondos, por lo anterior le solicito al honorable tribunal, en consideración a tal argumento, se sirva absolver a mi representada de la condena en costas y agencias en derecho, muchas gracias”

CONSIDERACIONES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por esta demandada en su recurso de apelación, procede la Sala al estudio de del presente proceso.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor JOSE FRANCISCO MATIZ RODRIGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

Es así como para estos casos y contrario a lo que señala la recurrente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información, sí como tampoco se requiere la verificación de vicios del consentimiento, como erradamente sostiene la recurrente.

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión en este sentido, proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso.

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 17 2018 227 01 Dte: JOSE FRANCISCO
MATIZ RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2016-529-02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA SOLER DURAN

DEMANDADO: BANCOLOMBIA SA

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

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes presentaron alegatos de conclusión.

P R E T E N S I O N E S

La señora **MARTHA LUCIA SOLER DURAN**, mediante apoderado, instauró demanda contra **BANCOLOMBIA SA**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, terminado en forma unilateral y sin justa causa por el empleador, que se declare que la demandante es beneficiaria de la convención. En consecuencia solicita el pago de indemnización por despido, pago de bonificaciones de cumplimiento de metas, incluyéndolas como factor salarial, auxilio extralegal de

transporte en forma completa, sanción moratoria del art 65 del CST, extra y ultra petita, costas. (fls 4 al 18).

Como fundamento de las pretensiones y en síntesis afirma que ingresó a laborar el 13 de junio de 1991, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que el último cargo desempeñado fue el de asesor integral I, que el 15 de marzo de 2016 se dio por terminado el contrato, que el demandante cumplió cabalmente con las funciones, que estaba afiliada a UNEB, que la demandada no cumplió el procedimiento establecido en el artículo 26 de la convención para dar por terminado el contrato, que el artículo 38 señala la indemnización, que las bonificaciones por metas tienen incidencia salarial, que existe una decisión del Tribunal de Barranquilla que así lo declara. (fls 4 al 18).

La demanda fue contestada a través de apoderado, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que el contrato terminó con justa causa y que las bonificaciones no tienen incidencia salarial, señaló en consecuencia que nada le adeuda al demandado. En cuanto a los hechos aceptó del 1 al 4, aclarando en este último que el contrato terminó con justa causa, aceptó también el 6,8,26 con aclaración, 33 y 34. Negó los demás. Propuso las excepciones de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, inexistencia de procedimiento para dar por terminado el contrato de trabajo, cobro de lo no debido y pago, buena fe, compensación y prescripción. (fls 88 a 115).

Tramitada la primera instancia, el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019), por la que resolvió DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 13 de junio de 1991 y el 15 de marzo de 2016, el cual terminó sin justa causa. CONDENÓ al pago de indemnización y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones de la demanda. DECLARÓ no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas. (fls 585 y SS).

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó el Juez:

“...**De la existencia del vínculo contractual laboral**, considera este despacho que no existe discusión entre las partes frente a la existencia del vínculo contractual laboral entre la señora Martha Lucía Soler y la demandada Bancolombia S.A el cual fue terminado por justa causa por el empleador, así lo aceptó la parte demandada al hecho número 1 y 4 de la demanda así, como lo ratificado en las documentales obrantes a folio 116 a 117 del expediente, del 118 al 166, del folio 20 al 22 y folio 23 del expediente, concernientes a la copia simple del contrato de trabajo, certificaciones laborales, carta de terminación de contrato de trabajo y liquidación definitiva de contrato de trabajo, de lo anterior del despacho entonces debe concluir, **que en efecto, entre la señora Martha Lucía Soler y la sociedad demandada Bancolombia S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 13 de junio de 1991 al 15 de marzo del año 2016, en el cargo de asesor integral y teniendo como asignación básica, una inicial de \$51.720 y final de \$2.307.640 pesos, tal y cómo se deduce documentos señalados en precedencia así como la contestación de la demanda presentada por la parte demandada.** Así las cosas, entonces el despacho procede a resolver cada una de pensiones que solicita la parte demandante como quiera que quedó configurada la entidad del contrato de trabajo. **De la reliquidación de prestaciones sociales por bonificación de cumplimiento de metas:** procede el despacho entonces a pronunciarse sobre posibilidad o no de reliquidar cada una de las prestaciones sociales económicas legales y extralegales de la parte demandante, incluyendo en ella, está denominada bonificación por cumplimiento de metas la cual dice la demandante se percibía de forma permanente y así aparte de su salario como quiera que la misma remuneraba directamente la labor. A su turno la parte demandada contra - argumenta diciendo que dicha bonificación no hace parte de su salario como quiera que es una bonificación que se presenta de manera esporádica, aunado a que entre las partes se acordó que dicha bonificación no hace parte de salario y la misma no remunera directamente la labor de la demandante. Así el despacho entonces con el fin de determinar si tal bonificación de cumplimiento por metas hace parte del salario, debe examinarse a la luz del artículo 127 y 128 del código sustantivo del trabajo, los cuales incluyen elementos constitutivos y no constitutivos de salario así, artículo 127 código sustantivo de trabajo, “constituye salario a la remuneración fija o variable ordinaria sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cual sea la forma o denominación que se adopte como primas sobresueldos, bonificaciones, habituales, valor del trabajo suplementario de horas extras, valor de trabajo el día de descanso obligatorio, porcentaje sobre venta y comisiones” a su turno el artículo 128 del código sustantivo de trabajo también señala que no constituye salario “los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente otorgados de forma legal por el empleador, cuando las partes han dispuesto expresamente que no constituye salario en dinero o en especie”. A pesar de que la lectura de normas no advierte dificultad alguna en la práctica, lo cual es así entonces es como la Honorable Corte Constitucional y la Honorable Corte Suprema de Justicia se han pronunciado sobre dichos artículos así, corte constitucional en sentencia C 521 de 1995 con magistrado ponente Antonio Serra Carbonell señaló "no sólo la

remuneración ordinaria fija o variable siendo todo lo que recibe trabajo en el dinero en especie como contraprestación o retribución directa y una honrosa del servicio y que ingresen real y efectivamente su patrimonio, es decir, no a título liberalidad del empleador ni lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, si no para desempeñar actividad en sus funciones y las prestaciones sociales ni los pagos de los suministros en especie conforme a los acuerdos en las partes, ni los pagos que se unen por su naturaleza no tienen carácter salarial o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos y los beneficios o auxilios habituales y ocasionales o acordados contractualmente u otorgados de forma extralegal por el empleador cuando por discusión expresa de las partes no tienen el carácter del salario con efectos en la liquidación de prestaciones sociales” a su turno en la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de justicia en sentencia del 12 de mayo de 1993 radicación 5841 magistrado ponente Hugo Suescun analiza la interpretación del artículo 127 y 128 del código sustantivo del trabajo señaló "estas normas en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de la ley 50 de 1990 puesto que dicho precepto no dispone como parecía realmente remunera el servicio y por lo tanto constituye el salario, ya no lo es sin virtud de la disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores en efecto si siquiera al legislador le está permitido contraer a la naturaleza de las cosas y por lo mismo no podría disponer con pago que retribuya a la actividad del trabajador que no sea salario, lo que verdaderamente quiere decir, **es que el artículo 15 de la ley 50 del 90 aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia de pagos que son salario, pueden no obstante excluirse de la base de cómputo de prestaciones de otros beneficios o liquidaciones.** Este entendimiento es el único que racionalmente puede ser que, aun cuando habitualmente sea considerado el salario como una medida para calcular las prestaciones sociales y las legislaciones que legalmente se ofrecen a favor del trabajador no existe ningún motivo fundado en lo presente constitucionalmente, que impide al legislador disponer con la determinada prestación social o indemnización se liquide, se de en el monto total del salario del trabajador, esto es que se excluyan determinados factores, no obstante su naturaleza sale y sin que pierdan por ello tal carácter. El legislador puede entonces también y es que es estrictamente lo que ha hecho autorizar a las partes obrantes un convenio individual o de una convención colectiva de trabajo un pacto colectivo para disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal a pesar de tener el carácter retributivo no tenga la incidencia de salario y pago de otras prestaciones o indemnizaciones lo que no puede lógicamente hacer por lo que le celebran un convenio individual o colectivo de su trabajo, de aquello por esencia de salario deje de serlo” Así procede entonces el despacho a determinar la naturaleza propia del denominado beneficio con bonificación por cumplimiento de metas con el fin de determinar si el mismo hace parte o no del salario. Así el despacho encuentra entonces que a folio 116 del expediente obra contrato de trabajo entre la señora Marta Lucia Soler y la sociedad Bancolombia en donde respecto el salario se señala “como retribución de los anteriores servicios personales el banco se obliga a pagar un sueldo al trabajador de \$51.720

pesos con vigencia del 13 de Junio de 1991 se le pagará por quincenas para cada periodo mensual, es entendido que la remuneración mensual queda comprendido el pago de todos los días de descanso remunerado que se interponga en el respectivo mes". Folio 48 al 51 del expediente obra documental denominada políticas plan de gestión comercial, en donde se establece la bonificación por cumplimiento de metas así "todas las bonificaciones generadas por PGC y más bonificación que se determinen para efectos laborales no son constitutivas de salario, más adelante en la banca las personas para alcanzar la clasificación mensual de PGC se deberá obtener un EGQ mayor o igual al 100%, cumplir las variables mínimas establecidas en plan de gestión comercial" destacándose el citado documento, que significa que la efectividad del porcentaje del bono según la categoría entre los cuales se encuentran las reglas de compensación, de excelencia y regla evento y bajo cumplimiento de implicaciones grupales e individuales, al folio 117 al 166, del expediente obra certificación expedida por Bancolombia S.A en donde se detallan los conceptos devengados por la demandante y deducidos por ella durante la relación laboral para los años 2013 al 2016, de folio 243 al 244 obra liquidación al contrato de trabajo de fecha 04 de Abril de 2016 en la cal se indica como salario básico la suma de \$2.307.640 pesos, a folio 248 copia de la planilla de autoliquidación de aportes al sistema general de seguridad social para los años del 2015 al 2016 en donde se registra como ingreso base de cotización diferentes sumas de dinero que oscilan entre los \$2.495.000 a los \$3.007.072 pesos respectivamente, obra también como prueba el interrogatorio de parte regido por el representante legal de la empresa demandada el abogado Andrés Felipe Diaz. En interrogatorio de parte rendido a este estrado judicial el día el día 23 de agosto del 2017 en donde indicó que es cierto que la demandante se encontraba cobijada por los beneficios de la convención colectiva de forma parcial por antigüedad, manifiesta que la terminación del vínculo contractual se presentó por una justa causa al haberse probado que se encontraba haciendo operaciones y transacciones, en lo que hace referencia a las bonificaciones señala que la misma percibió las bonificaciones las cuales se cancelaron cada vez que se cumpliera metas pues tenían un componente grupal y uno individual. El interrogatorio de parte rendido por la señora Marta Lucia Soler no realiza precisión alguna frente reconocimiento y pago de bonificaciones limitando esas, a poner la situación que presentó frente al despido sin justa causa. A su turno los Testigos Francisco Javier López y Ana Carolina Ariza, frente al tema de bonificaciones afirman que efectivamente la demandante devengaba la misma. Se tiene en cuenta que el reconocimiento y pago de pendiente diferentes factores como eran generadas diferentes variables como lo señalaba el banco, de lo anterior entonces el despacho debe concluir **que el cumplimiento de metas no hace parte del salario de la demandante toda vez que es un beneficio extralegal en el cual la empresa y trabajador en primera medida acordaron de forma escrita y de mutuo acuerdo que dicho pacto no hacía parte del salario.** De lo anterior este despacho debe señalar en este punto que dentro del documento denominado políticas de plan de gestión comercial, bonificación por cumplimiento de metas, se excluyó de la base salarial de la misma manera el despacho debe señalar, **que tal bonificación por cumplimiento de metas a lo largo de este de este**

itinerario procesal se demostró que si bien se percibía de acuerdo con los porcentajes e índices realizados por la demandante el mismo también tenía un componente grupal con lo cual el despacho debe señalar en este punto que el mismo no remuneraba directamente de forma individual a la demandante sino también a su grupo o equipo de trabajo. Importa también resaltar en este punto, que si bien es cierto el cumplimiento de metas era un porcentaje que asignaba directamente el banco no es menos que el no cumplimiento de dichas metas no le acarrea ningún tipo de sanción a la demandante respecto de la misma, por lo cual considera este despacho que no hay lugar a declarar que dicha bonificación por cumplimiento de metas hace parte de su salario pues insiste es una prestación extralegal la misma fue excluida como parte acuerdo con lo aceptado por la parte demandante y demandada aunado a que juicio de este despacho la misma no remunera directamente la labor individual de la parte demandante sino también se hace una remuneración o gratificar el trabajo en equipo, razón por la cual el despacho considera que tal prestación no hace parte el salario por ende absuelve a la demanda de todas y cada una de las pretensiones que de ésta se derivan, en especial de las pretensiones 4 a 9 de la demanda, como quiera que de la prosperidad dependen las demás.

De los beneficios convencionales. Solicita la parte demandante se declare beneficiario de la convención colectiva y como consecuencia de ello se acceda al reconocimiento de las prestaciones en especial a la indemnización prevista en el artículo 38 de la convención colectiva de trabajo, ahondando del despacho de estudio, entonces de esta pretensión debiendo presentar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la convención colectiva de trabajo a folio 43 del expediente la cual fue aportada con su respectiva constancia de depósito de folio 39 la cual estaba vigente al momento de la terminación del contrato de trabajo se consigna que son beneficiarios de la convención colectiva todos los trabajadores provenientes de la red Bancolombia, conforme es el caso del aquí demandante en donde su interrogatorio de parte señaló que la misma pertenecía a la organización sindical y por supuesto ha sido parte de la convención colectiva a pesar de que la entidad demandada al momento de contestar la demanda señala que la demandante renunció a la organización sindical no es menos que, **el representante legal en su interrogatorio de parte señaló que la demandante si era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo por lo tanto el despacho así lo declarará en esta providencia.**

De la indemnización por despido sin justa causa, procede el despacho pronunciarse sobre la viabilidad o no de acceder a la pretendida indemnización convencional por despido sin justa causa, sobre este punto sabido es que el trabajador le corresponde la carga demostrar el despido y le corresponde, a su turno a la empresa demostrar los motivos que el invocó al trabajador en la comunicación con el fin de romper el contrato de trabajo a fin de que fallador de turno previa valoración que haga lo pueda ubicar dentro las causales taxativa señaladas por la ley para tener como el despido justo, al respecto a dicho la corte “la demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono, la jurisprudencia tanto el extinto tribunal como de esta sala consideró que el trabajador

le basta con demostrar el hecho del despido y le corresponde comprobar su justificación y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con la obligación de respetar el término del contrato y este último para exonerarse de la indemnización proveniente del contrato debe probar que dejó de cumplir su obligación, para ver si produce alguna de las previstas de la ley” es así entonces que dentro de este trámite considera el despacho que el demandante cumplió con la carga de probar el despido como quiera que a folios 170 al 172 del expediente obra carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa aducido por la parte pasiva, procede entonces el despacho a verificar si los argumentos dados por la entidad demandada el día 15 de marzo de 2016 fecha de terminación del vínculo contractual se acomodan o no a una justa causa de terminación del contrato de trabajo. Se lee entonces cómo terminación del contrato de trabajo lo siguiente folio 170 al 172, **“le informamos que Bancolombia decidió dar por terminado su contrato de trabajo de forma unilateral y por justa causa a partir de la finalización de jornada laboral del día 15 de marzo del 2016, el contrato suscrito con usted con fundamento en el artículo 62 del código sustantivo del trabajo subrogado por el artículo 7 decreto 2351 65 en concordancia con numerales 58, 1 y 5 del código sustantivo del trabajo y los artículos 55 literales L y G y Art. 60 numerales 1 y 5 y Art. 67, todo el reglamento interno de trabajo de la institución, así como fundamento en el código de ética.** Los hechos con los que se fundamenta su despido son los siguientes: usted en el ejercicio de sus funciones de asesor integral de la sucursal Banco Santander incumplió gravemente las normas con las cuales fue contratada, como quiera que no observó rigurosamente las políticas y las normas que el banco tiene establecidas para el correspondiente procesamiento de transacciones que el cliente demanda, en efecto a raíz de una investigación interna realizada por parte del área de auditoría interna que culminó con el informe del 9 de febrero 2016 se logró establecer que usted el día 21 de enero 2016 encontrándose radicada en la sucursal realizó 4 notas y se discrimina, más adelante de las citadas transacciones en el momento de cuadrar sucursal no fue posible obtener los documentos soporte de la misma” es así entonces como la parte demandada Bancolombia arguyó que la terminación del contrato de trabajo se daba por justa causa y que la misma se encuentran inmersas en el artículo 62 del código sustantivo del trabajo y en las demás normas que así lo reglamentan entre ellos el decreto 2351 el artículo 58 numeral 1 y 5 del código sustantivo del trabajo los liberales E y G el artículo 55 del código sustantivo del trabajo, artículo 60 numerales 1° y 5 y los artículos 67 del reglamento interno de trabajo así como las normas del código de ética del banco. Al respecto entonces el despacho conviene precisar qué revisadas dentro de este trámite encuentra que las faltas cometidas por la parte demandante según el banco son de este tenor, artículo 62 código sustantivo del trabajo “son justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador numeral 6 cualquier violación grave a las obligaciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del código sustantivo del trabajo, porque otra falta grave calificada con tal impacto en las convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos” a su turno el artículo 58 del mismo compendio normativo numeral 1 señala, realizar

personalmente la labor en los términos estipulados que observa los preceptos reglamentarios, acatar y cumplir órdenes instrucciones de modo particular comparten empleador o su representante y el numeral 5, oportunamente el empleo de las operaciones que tiene conducente y evitar daños y perjuicios” a su turno el artículo 55 señala como deberes que los trabajadores también los que se le endilgan a la señora demandante los siguientes, literal E ejecutar el trabajo que se le confíe con compromiso, eficiencia y de la mejor manera posible, a su turno el artículo 60 también que invoca la parte demandada como fundamento de su despido señala 1 revisar personalmente la labor y servicios estipulados bajo los preceptos del reglamento y acatar y cumplir órdenes e instrucciones de manera particular, 5 comunicar claramente bajo las observaciones que estime conducentes, y respecto del artículo 67 reglamento de trabajo señala se califiquen como graves y dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa además del artículo 62 del código sustantivo del trabajo señala el banco y literal C poner en peligro o actos oficiales la seguridad de personas y de no cumplir oportunamente las prescripciones para la seguridad de locales equipo y operaciones o valores que la empresa imparta autoridades dentro del banco, también señala en el literal L y continúa “realizar operaciones y desempeñar funciones cuya ejecución esté atribuida o expresa e inequívocamente a un empleado del banco, salvo el caso de necesidad efectiva e inaplazable previa orden del superior” ver reglamento de trabajo folios 316 y siguientes del expediente. También argumenta como causa del despido el incumplimiento al código de ética del banco, tal como se advierte a folios 323 y siguientes del expediente en el cual se encuentran las faltas que le endilga la parte demandada entre ellos el uso adecuado de la información y por supuesto los reportes y el control de las actividades financieras de los clientes dentro del Banco. De lo anteriormente señalado el despacho también debe constatar que obran como pruebas ya las señaladas en presidencia tales como el interrogatorio del representante legal de la empresa demandada, las declaraciones rendidas por los señores Francisco Javier López Pérez Maribel Ruiz Pavón, testigos de la parte demandante y los señores Pilar Alexandra Luna, Ana Carolina ariza y José Vicente Castro testigos de la parte demandada y las cuales se logra corroborar respecto del despido lo siguiente, señala la representante legal respecto de la terminación del contrato de trabajo que se dio por justa causa, que la demandante realizó las transacciones de varios de sus clientes en especial de señor Raúl Peña sin que dejara registro sobre la autorización del cliente por lo que pone en riesgo los productos del banco y estando la conducta sujeto y regularidad la misma cometió una falta grave, indica que desconoce si realizó un acta de explicaciones prendidas por la demandante frente a las notas débito, la señora Martha Lucía Soler como demandante dentro de ese trámite también señaló que no recuerda si efectivamente en la nota débito de la que alude la carta de terminación del contrato la revisó ya que diariamente efectuaba múltiples operaciones de dicho tipo, indica que el día de los hechos que se le endilgan tuvo un reemplazo en su turno, por lo que no sabe si la transacción fue realizada por ella misma o no, manifiesta que no fue llamada ningún momento descargos y que no se le dio la oportunidad defenderse de las acusaciones: manifiesta que el señor Raúl Peña es su cliente y titular de las cuentas que le practicó

una transacción y manifestó que autorizó las mismas y que ningún momento presentó queja o reclamación alguna al Banco y tampoco hubo algún tipo de daño. Los señores Francisco Javier López y Maribel testigos de la parte demandante en su calidad de miembro del sindicato y miembros de comité de empresa respectivamente son coincidentes en indicar que conocía el caso del despido al encontrar unas presuntas irregularidades cometidas por la parte demandante ya que por parte del sindicato se realizó la investigación posterior en el cual no se lograron determinar con precisión los procedimientos efectuados específicamente lo referente a los registros de la demandante y que no se dejó registros en las planillas correspondientes de novedad y el soporte de autorizaciones para la realización de notas débitos y que finalmente señala que no se llamó a descargos a la demandante y tampoco se le dio la oportunidad de defenderse, los testigos de la demanda Pilar Alexandra Luna, Ana Carolina y José Vicente Castro señalan en sus cargos de asesores pymes gerentes de sucursal barrio Santander y auditor respectivamente que tuvieron conocimiento del caso de la terminación del contrato de trabajo con la demandante pues indican que en especial la señora Pilar luna, que buena persona que realizó el reemplazo a la demandante el día de los hechos, siendo quién al realizar el cierre correspondiente se da cuenta que faltan los soportes de una las transacciones realizadas por la parte actora y le reporta a su jefe inmediato mediante correo electrónico indicando que no se registró una novedad en las planillas, por su lado la señora Carolina Ariza indica que una vez le fue reportada la novedad solicitó auditoría en el área correspondiente a fin de determinar si se encontraba o no los soportes archivos de la empresa, finalmente señor José Castro indica que se realizó la auditoría solicitada por la señora Carolina Ariza dando resultado que no había soporte de autorizaciones de notas de débito y que el código con el cual se realizaron las misma pertenece a la demandante. De igual forma a folio 581 a 583 obra informe de investigación que es realizado por dos miembros de sindicatos, el caso de la señora Martha Lucía Soler en el cual se concluye grosso modo que no se pudo verificar que la demandante hubiere realizado todas las transacciones generadas el día 21 de enero 2016 señala que no existe constancia de que se hubiese pedido explicaciones de dicha novedad a la demandante que tampoco existe constancia que el 21 de enero 2016 hicieron falta documentos, del cual, el movimiento derivado que no encontró ninguna novedad y por último señala que se incumplió el deber de la demandada de llamar a la demandante a descargos, es en especial en este punto donde el despacho se detendrá a examinar si efectivamente antes de verificar si se cometieron las presuntas faltas si realmente se agotó o no el requisito de llamarla descargos a la demandante como quiera que es un presupuesto a efectos de imponer una sanción, importa resaltar en este punto que de vieja data Corte Suprema de Justicia y ha distinguido y ha señalado que el despido no es una sanción y al no ser una sanción la parte demandada no está obligada a llamarlo a descargos. **No obstante lo anterior la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que cuando las partes a través de reglamento interno de trabajo o a través de convención colectiva imponen el despido como una falta disciplinaria es deber inexorable de la empresa llamarlo a descargos al infractor, así lo señaló la honorable corte suprema de justicia en sentencia del**

09 de marzo del año 2016 radicación No. 47.346, la cual señaló “lo dicho en casación es suficiente para negarle la razón al apelante en razón a que no cabe duda para esta corte que en el reglamento que gobierna las relaciones laborales al interior de la demanda del despido fue categorizado como una sanción por lo tanto al tener tal naturaleza en el caso particular si resulta indispensable para su aplicación dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97 del reglamento interno de trabajo en concordancia con el artículo 115 del código sustantivo del trabajo, de forma excepcional la jurisprudencia laboral reconoce carácter sancionatorio el despido así se ha establecido en cualquiera de los instrumentos normativos que pueden regular las relaciones laborales entre ellos el reglamento interno de trabajo” sentencia reiterada también por la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral sentencia SL 4485 de 2018 radicación 62.367 del 5 de septiembre del año 2018, a su turno sobre este punto también la corte constitucional ha sido pacífica señalar en su jurisprudencia que si se ha catalogado el despido como una sanción se debe respetar el debido proceso y llamar a descargos a la demandante, señaló en sentencias de 546 de 2000 sentencia T 92, 93 de 201, T 014 de 2018 que la sentencia T94 también del año 2018, así las cosas el despacho entonces procede examinar los documentos señalados en presencia con el fin de determinar si la parte demandante consideró como una falta que generará una sanción disciplinaria. Debe el despacho empezar por señalar que en efecto a pesar de que la parte demandada dice que se cometió una falta disciplinaria pretermitió el proceso de llamar a descargos a la parte actora, así estaba obligada a realizarlo como quiera que dentro de este trámite obra reglamento interno de trabajo de la demandante folios 302 y siguientes en especial el folio 316 lado reverso en el cual señala que son faltas y sanciones disciplinarias y endilga y señala cuáles son en el artículo 64, dicho sea de paso la parte demandada también argumenta que la demandante incurrió en una falta disciplinaria señala que la misma cometió una falta señalada en el literal C de dicho reglamento interno de trabajo aunado a lo anterior en el artículo 67 de ese mismo reglamento de trabajo establece que se califiquen como graves y por lo tanto dan lugar a la terminación del contrato de trabajo, la falta que se le indica la demandante la cual consiste en poner en peligro a través de sus actos omisiones la seguridad de las personas y el banco no cumplir oportunamente con las prescripciones de seguridad y retener o distraer o apoderarse de forma indebida de bienes o beneficios del banco, de la misma manera el despacho debe señalar que en el código de ética del banco a folio 323 que dicho sea de paso también fue endilgado como falta por parte de la demandante se verifica en el folio 328 dicho reglamento en régimen sancionatorio y en él se logra extraer lo siguiente, capítulo 5 “todos los directivos empleados y funcionarios colaboradores del banco que voluntariamente incurren en conductas que violen los principios éticos y las normas consagradas en el presente artículo serán sancionados de acuerdo con el reglamento interno de trabajo ello incluye el comportamiento o la negligencia de tratamiento de situaciones de riesgo y debilidades del sistema de control así como el encubrimiento de cualquier señal o acto incorrecto utilización de los procesos

investigativos denuncias falsas temerarias malintencionadas etcétera” también **en el artículo 26 de la convención colectiva de trabajo y suscrita por el banco frente al proceso disciplinario “el proceso disciplinario está contemplado en Bancolombia como una oportunidad de aprendizaje y en virtud de ello la aplicación del mismo estarán para los principios de equidad y proporcionalidad de la sanciones, el proceso disciplinario se adelanta permitiendo el derecho de defensa trabajador y cumpliendo con el siguiente trámite uno llamada descargos mediante memorando se le comunicará al trabajador de la presunta falta, dando inicio de esta forma trámites disciplinario se enviará este memorando dentro de 60 días calendario contados a partir de la fecha en que el banco tenga conocimiento del hecho por escrito a través del superior inmediato del trabajador o los Superiores inmediatos de aquel, comunicación en la que le indican al empleado que debe dentro de los 15 días calendario presentar descargos por escrito y verbalmente a su escogencia asesorando si lo considera pertinente por dos representantes del sindicato al que está afiliado”.** En el presente caso el despacho debe señalar que las faltas endilgadas a la parte demandante, que presuntamente cometió, era una falta disciplinaria no solamente incluida dentro del reglamento interno de trabajo sino también en el código de ética señalado por el banco y por ende al tener la categoría de falta y así consagrarlo tanto en la convención colectiva como en el reglamento interno de trabajo y en el código de ética, **el banco estaba obligado a rendir a solicitar de la demandante los descargos** y no cualquier tipo de documento ni tampoco a través de una información verbal que le pudiera hacer la parte demandada en la que a la demandante se le informara acerca de las presuntas faltas encontradas, la parte demandada el banco Bancolombia S.A. estaba obligada a seguir el procedimiento establecido en el artículo 26 de la convención colectiva de trabajo y realizar un proceso disciplinario de acuerdo con los tiempos y modalidades señaladas en precedencia. **Así las cosas considera este despacho que dentro de este trámite la parte demandada no logró demostrar que se hubiera llamado a la demandante a descargos principio indispensable para poder dar por terminado el contrato de trabajo pues insiste en todo este trámite la parte demandada señaló en su reglamento interno de trabajo que se consideraba como falta grave y por ende daba lugar al despido de su puesto de trabajo la demandante.** por tal razón al pretermitir tal procedimiento el despacho debe concluir que el despido devino en un despido sin justa causa y por ende acceder a la pretensión de indemnización por despido sin justa causa solicitada por la parte demandante y para tal efecto aplicará el artículo 38 de la convención colectiva de trabajo como quiera que la demandante se encuentra beneficiada, fue beneficiaria de dicha convención así “el caso de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del banco de un contrato indefinido sin justa causa comprobada se pagarán el trabajador las indemnizaciones previstas en el numeral 4° del artículo 6 de la ley 50 de 1990 literal C con un incremento de 60% si el trabajador tuvieron tiempo de servicio continuo de 10 o más años y menos de 25 años” a su turno el artículo 6° de la ley 50 de 1990 señala los contratos a término indefinido se

pagará a 45 días de salario por cada año de servicios por el primer año más adelante si trabajador tuviese más de 10 años se pagarán 45 días adicionales sobre la base y proporcionar” **en este orden de ideas el despacho debe destacar que laboró por un periodo de 24 años 9 meses y 3 días, y que su último salario fue de \$2.307.640 pesos** por lo que valor de la indemnización arroja un total de \$122.485.838 pesos teniendo en cuenta que la indemnización corresponde a 76.553.649 más el 60% de 45.932.189 pesos arroja un valor ya señalado en precedencia...”

De la indemnización moratoria, considera el despacho desde ya que dicha indemnización no está llamada a prosperar como quiera que dentro de este trámite, no hubo ningún tipo de prestación social cesantía interés a la cesantía o prima de servicios que eventualmente pueda generar dicha indemnización aunado a lo anterior la condena sobre la cual se imparte es una condena relacionada con la indemnización por despido sin justa causa la cual no genera indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo por lo cual el despacho deberá absolver a la pasiva de este concepto, no obstante y por lo anterior y como quiera que la condena que impone a favor de la demandante ha perdido la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta que el despido se generó en el año 2016 y a la presente fecha, el despacho ordena a la entidad demandada a indexar dicha condena aplicando la fórmula valor inicial multiplicado por IPC final, dividido por IPC inicial, tomará como IPC inicial la fecha de terminación del contrato de trabajo y como fecha final la fecha en la que la entidad demandada se haya a cumplir esta obligación”.

Inconformes con esta decisión las partes interpusieron recurso así:

La parte actora

“Dentro de la oportunidad procesal interpongo el recurso de apelación contra sentencia proferida por el despacho con el fin de que se sirva el honorable tribunal a modificar el numeral segundo de la sentencia relacionada con el valor de la condena de la de la indemnización por despido injusto, el numeral tercero también que se revoque y para lo cual me sustentó el recurso en el mismo orden en que fue proferida la sentencia. En relación por las bonificaciones por cumplimiento de plan de gestión comercial manifesté el despacho que haciendo referencia a todo el acervo probatorio obrante en el expediente se concluye que las bonificaciones se pagan por el cumplimiento de las variables individuales y grupales que consideraba que las bonificaciones no tenían carácter salarial porque no solamente hablaba de una labor individual sino que además de eso cubrían una labor grupal y adicionalmente a eso existía un acuerdo entre las partes de que no constituya factor salarial esto y adicionalmente a eso por el documento expedido por el banco de políticas del plan de gestión comercial, sobre este particular quiero solicitarle al honorable tribunal que revoque la decisión por lo siguiente, **quedó evidentemente probado que la labor principal de la demandante era la venta de producto así está consignado en las funciones allegadas por parte de Bancolombia que le asignaron un código de venta es decir la demandante vendía los productos, que en el plan de gestión comercial para poder hacerse**

acreedora al pago de la bonificación debía cumplir con una gestión mínima del 100% de las exigencias establecidas en el plan de gestión comercial, que había unas variables y unas variables grupales, en este proceso no se estableció primero qué porcentaje cubría la variable individual qué porcentaje cubría la variable grupal, pero aun dando por cierto que efectivamente no sólo premiar una labor individual sin una labor grupal ya la corte sobre este particular se ha referido en reiteradas veces y pacífica jurisprudencia del cual yo me permito traer a colación la de Radicación 33790 del 2010 magistrado ponente Gustavo Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas “anudado en este discurso del recurrente se encuentra aprisionado un juicio de linaje estrictamente jurídico como lo es el de negar el carácter salarial a los premios que no obedezcan a la exclusiva sesión individual de un trabajador sino que se derivan de un trabajo en equipo en el que participan distintos trabajadores amén de que este planteamiento jurídico se ofrece con cargo orientado por la vía fáctica y probatoria resulta oportuno precisar que el hecho de que los premios estén condicionados al logro una meta de ventas de un grupo específico no tiene la virtud de desfigurar el sello salarial de un pago toda vez que su sola correspondencia con una gestión de grupo y no individual no es sin título válido para desconocer que en última instancia es restrictivo del trabajo particular de cada uno de los miembros que integran el grupo entonces no solamente está probado que efectivamente la demandante debía cumplir con un 100% de su trabajo individual lo que además de eso colaboraba en la variable grupal y como lo ha señalado la corte pues ese trabajo es calificado considerado por cada uno de los integrantes de ese grupo en consecuencia así aceptando la tesis del despacho pues claro como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia, que sí tienen carácter salarial, ahora bien frente al tema de los acuerdos el mismo despacho hizo referencia a una de las sentencias y de las muchas que existen sobre el particular que sabe que dichos acuerdos no tienen validez. Ahora no esperemos que Bancolombia con todo el procedimiento que ha utilizado con todo el andamiaje que tiene establecido para el pago de las bonificaciones encontremos un documento que diga que las bonificaciones constituyen factor salarial, claro que ellos lo van a negar ante todo momento pero tiene validez esos documentos tiene la validez para restarle méritos a un pago pues ya la corté lo ha manifestado, dichos acuerdos no tienen validez porque aquellos que son espacialmente que ya que la ley fija como salario como es en el caso particular donde se retribuye la labor de la demandante no puede ser modificado ni por las partes y mucho menos por un documento del empleador, en consecuencia yo solicito al despacho que revoque la sentencia en este punto. **En relación con la reliquidación de las prestaciones** quiero solicitarle al honorable tribunal que le da aplicación a lo que ella también ha establecido la Corte Suprema de Justicia y es que la sentencia debe ser coherente con la demanda y la contestación no precisamente con las pretensiones sino el libelo de la demanda como el libelo de la contestación son un todo para definir cuál es el derrotero a seguir, así por ejemplo nosotros en los hechos nos referimos a las prestaciones extralegales que Bancolombia y sobre eso llamó la atención, toma para las cesantías y no solamente auxilio alimentación, el auxilio de transporte extralegal, en las primas de extralegales de semestrales, las vacaciones extralegales ahí incluye todos esos factores sino que en el

caso de las primas haciendo ejercicio matemático podemos encontrar qué son esos mismos factores exceptuando las vacaciones extralegales eso está relatado en los hechos de la demanda pero aun así y yo por eso me remití al numeral 6° verdad no solamente a los hechos sino al numeral 6° de la demanda donde nosotros aclaramos ahí y que no solamente son las bonificaciones las que estamos reclamando sino todos aquellos factores salariales legales y convencionales es que las bonificaciones no sean pactadas en la convención y mucho menos en la ley, las bonificaciones las da Bancolombia por una labor que le ordenó a la demandante que cumpliera entonces en ese orden de ideas claro que en el numeral 6° comprende tal situación **es decir las prestaciones legales prestaciones extralegales que Bancolombia no toma**, entonces no solamente están en los hechos sino también están incluidos en los textos y además de eso como si fuera poco pues en la sustentación de la demanda hay un acápite donde a lo de las prestaciones extralegales y ahí resume hay alguna aplicación de cada una de esas prestaciones entonces debidamente están sustentados la pretensión que nosotros estamos solicitando el honorable tribunal **se pronuncie en relación a definir si efectivamente Bancolombia liquidó bien las prestaciones legales y extralegales no solamente en relación con las bonificaciones** sino además respecto de las primas extralegales, las vacaciones, y en transporte solicitó al honorable tribunal relación con el auxilio extralegal de transporte con el debido respeto en la en el la norma convencional no manifiesta si el auxilio extralegal de transporte es o no es factor salarial, lo cierto es que Bancolombia lo toma para las para liquidar las cesantías y para liquidar las primas, pero además de eso nosotros no solicitamos que se liquidará en forma completa porque la convención colectiva no establece como sí lo señala el auxilio alimentación del artículo 15 convencional que los y la alimentación se pagará por días el auxilio de transporte no sepa esto así y por eso es que nosotros estamos solicitando y así le pido a la al honorable tribunal que se pronuncie sobre este punto finalmente lo concerniente con la el numeral segundo de la sentencia solicitó que se modifique por cuanto el despacho únicamente tuvo en cuenta fue el salario básico devengado por la demandante por lo que nosotros precisamente en el alegato de conclusión solicitamos que se tuviera en cuenta cuál había sido el salario que Bancolombia tomó para efecto de liquidar, las cesantías la cesantía fueron \$775.000 y nosotros le indicamos al despacho que la el salario que había tomado haciendo el ejercicio matemático era de \$3.710.369 ahora bien hablando del salario básico que tomó el Bancolombia para liquidar las estampillas y sobre eso el salario que debe liquidar la indemnización en principio pero sin el honorable tribunal revoca la sentencia relacionada con la bonificaciones entonces también será menester tener en cuenta las bonificaciones como factor salarial no sólo para liquidar las prestaciones legales y convencionales, sino además de esos para liquidar la indemnización por despido Injusto en los anteriores términos dejó sustentado el recurso de apelación.

La parte la demandada señaló:

“Interpongo recurso apelación para que el honorable tribunal en todo aquello que le fuere desfavorable a mi representada, inicialmente en lo que va de indemnización por despido

injusto la cual de forma muy confusa fue resuelta por el despacho inicialmente se entra a hablar de la justificación cuando en tal sentido jamás se concluyó su justificación o no simplemente se dio como un salto de garrocha para trasladarse al trámite disciplinario, en lo que atañe a la justificación. Solicitó que el tribunal estudie ese punto pues aunque fue ambigua en tal sentido la decisión de primera instancia, lo cierto es que se encuentra interrogatorio de la demandante el cual pretende evadir su responsabilidad diciendo que no recordaba ni siquiera si había realizado las cuatro transacciones y no obstante que se le pregunta dentro del interrogatorio que si su código asignado es el usuario 153 con el cual están identificadas las transacciones dentro del expediente, después de forma espontánea dice que sí reconoce que realizó las transacciones pero su argumento para justificar la falta dice que sí se le pidió la autorización al cliente incluso en el momento en que hace el interrogatorio pero obviamente las autorizaciones debían ser en ese momento como dice uno de los testigos el señor Francisco, citado por la demandante, es decir no se puede actuar de forma caprichosa y porque se logró también dentro del proceso demostrar que sí sería como una relación comercial entre el cliente y la demandante, porque además se realizan investigación se advierte también que habían otras acciones de tiempo atrás y tampoco se pudo encontrar las autorizaciones para que el cliente validara esas mismas, además se encontraron saldos, unas consignaciones, que eran trasladadas a la cuenta del titular para luego sacarlas usándolas en su favor, donde había un conflicto claro de intereses. Solicito se tenga en cuenta el interrogatorio de la demandante y los testigos donde también incluso el expediente obra un correo, donde se le dio la oportunidad de que las trajera, lo cierto es que dilató el tema diciendo si las traigo, mañana pasó mañana, nunca fueron encontradas y dice la traigo el día que absuelva el interrogatorio, una autorización para hacer una transacción que en el caso, como lo decía una de las testigos, pues cuando el cliente va a reclamar no hay como validar esa transacción porque el banco no contaba con la autorización, si la tenía o no la tenía la demandante, realmente nunca pudimos validar esa información dentro de la documentos que reposan dentro de la entidad y la demandante lo confesó en el interrogatorio, y solicito se tenga en cuenta eso. Ahora nos vamos con el tema del procedimiento disciplinario que echó de menos el despacho, no es la primera vez que se ha tratado el tema del procedimiento disciplinario en el Banco, de la terminación del contrato de trabajo hay múltiples decisiones que incluso han llegado a la Corte, en el Tribunal son cientos de decisiones y el Tribunal y tanto los juzgados han avalado que efectivamente por ningún lado el reglamento interno de trabajo ni la convención colectiva le impone al banco realizar un procedimiento disciplinario, incluso como lo dijo el juez y lo leyó en su procedimiento es un procedimiento de trabajo de aprendizaje y pues la terminación del contrato de trabajo no tiene eso, incluso en tutela reciente interpuesta por la organización sindical T 014 del 2018 la Corte Constitucional vuelve a ratificar y dice, no es un proceso disciplinario el que aplica en este caso. El juez hace referencia al artículo 64, dice que la sanción es realmente una sanción disciplinaria, si nos vamos al artículo 67 del reglamento interno de trabajo se califica como grave y da por lo tanto lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral del banco por justa causa además establecidas en el artículo 62 del código sustantivo de trabajo las siguientes: el

artículo 64 y clasifica las faltas y a su vez la convención colectiva pues dice que hay un procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias no para terminar el contrato de trabajo y repito por ser de vital importancia en su momento en alegaciones con el tribunal traeré en el presente los casos que incluso han llegado a corte y han sido reiterados en el tema del reglamento interno de trabajo interno de Bancolombia ni en el trabajo del específico caso con la demandante ni la convención colectiva regula un procedimiento para terminar el contrato de trabajo, lo que hay es para aplicar sanciones disciplinarias. Lo cierto es que está probado que la demandante hizo las transacciones, que está probado que para el momento que las hizo no han llegado las correspondientes autorizaciones del cliente que dijo que las enviaba después, el día que iba a absolver el interrogatorio, solo trajo la autorización para las transacciones ese día y para algunas transacciones porque eran varias, está probado que existía un conflicto de intereses, está probado que se puso en riesgo que incluso la corte dice que no es necesario demostrar el perjuicio que se le haya causado en el tema económico, pero aquí está probado, porque si se puso en riesgo porque si lo hablamos de manera clara la demandante, a bueno que era mi amigo o una persona con la que tengo determinada relación de tipo comercial o lo que sea, pues el banco no puede limitarse a eso porque ese mismo rasero utilizarlo, lo cierto es que el banco tiene establecidos unos procedimientos que se allegaron que la demandante aceptó y dijo que los conocía, lo cierto es que no los acató, lo cierto es que el banco le dio la oportunidad de explicar que había pasado pero la demandante simplemente se limitó a guardar silencio y esperó que el tiempo pasará, los trajo como regalo, los trajo aquí al absolver interrogatorio. La autorización, que dice el reglamento interno, la demandante declaró que conocía y en el expediente también está probado, en el numeral que fue justamente el que se le mostró a la demandante se le calificó como grave, poner en peligro por actos u omisiones la seguridad de las personas o de los bienes del banco o de los bienes afectos, eso no tiene que terceros confiados al mismo no cumplir oportunamente las pretensiones por la seguridad en los locales, los equipos, las operaciones o los valores de la empresa o que en ella se maneje e impartan las autoridades del banco, realizar operaciones o desempeñar funciones cuya ejecución atribuye expresamente al empleado del banco salvo en el caso de la necesidad efectiva y previa orden del superior, en este caso la demandante y lo decía una de las testigos citadas por Bancolombia la operación que requería la aprobación y si se ve en el soporte de la transacción la hizo ella, ella concentró todas estas funciones además omitió el tema de las autorizaciones y además había un procedimiento en el caso de conflicto de intereses y era que ella tenía que haberle dicho a su jefe mire voy a hacer la operación, voy a ingresar un dinero a mi cuenta, entonces solicitó la aprobación o algo, no sé, informar de alguna forma al banco sobre lo que ese tipo de operaciones como de costumbre lo venía haciendo y además poniendo en riesgo porque no se repite, no había autorización y tan cierto es que la trajo el día que absolvió el interrogatorio. Finalmente entonces le solicito pues al tribunal que resuelva todo el tema de la justificación que se le dio para terminar el contrato de trabajo, que sí está demostrado por parte del empleador aunque sobre ese punto, repito el despacho no se pronunció sino que se saltó directamente al considerar que debía habersele aplicado un procedimiento para la

sanciones disciplinarias, que además se tenga en cuenta que no hay procedimiento para terminar el contrato de trabajo y finalmente en lo que atañe la prescripción y teniendo en cuenta los puntos apelados por la parte actora téngase en cuenta que ha operado el fenómeno de prescripción respecto de aquellas prestaciones, que en lo sucesivo se hayan causado por cuanto el demandante está solicitando reliquidación derivadas de las de las bonificaciones extralegales y adicionando aquí la demanda sobre otros conceptos, obviamente si ha existido prescripción y en tal sentido también solicitó al honorable tribunal que vuelva a realizar el análisis y revoque esa decisión y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones gracias.”

CONSIDERACIONES

Bonificaciones por cumplimiento de metas

En este asunto señala la parte actora que las bonificaciones por cumplimiento de metas señaladas en el Plan de Gestión Comercial sí constituyen factor salarial.

Para resolver este punto se tiene que existen elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario en los términos de los artículos 127 y 128 del C.S. del T. y debe analizarse si se reúnen los elementos fácticos que le puedan dar ese carácter, **si realmente se trata de un beneficio que retribuya directamente el servicio o, de igual modo, la periodicidad y la regularidad en su pago, su finalidad y la forma como está concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador**, así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia con radicado SL 7820 de 2014 en donde se rememoró la sentencia 32657 de 2009.

Ahora, no puede pensarse que por el hecho de estipular en el contrato de trabajo que determinado valor no forma parte del salario, con ello basta para que se le reste la naturaleza salarial pues es necesario verificar en cada caso la finalidad que se le daba a dicho pago, sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 39475 de 2012.

En cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta para delimitar qué compone el salario, la misma Corporación en sentencia SL5159 de 2018 señaló:

*“Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. **De esta forma, no son tal, (i)** las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; **(ii)** las prestaciones sociales; **(iii)** el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; **(iv)** las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*

*Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que **el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.***

*De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. **Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.**”*

Y más adelante en la misma providencia se dijo en cuanto a los pactos de exclusión salarial lo siguiente:

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que **esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»** (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), **no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.** Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.”

Frente a la carga de la prueba, tiene adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL 7820-2014 y SL 435-2019, lo siguiente:

“En efecto, al referirse sobre a quién le corresponde probar el carácter salarial de un beneficio, la Sala ha precisado:

*De lo anterior se sigue que **para efectos de reconocer un pago como salario debe estar definido que este se hace como contraprestación directa del servicio, condición que debe probar la parte que aspira a que se le dé esta connotación**, pues, de lo contrario, no resultará próspera su pretensión. Para tener éxito en esta causa, la parte interesada deberá acreditar no solo que, en efecto, se recibió el pago por el trabajador, sino también el origen de este, así como las condiciones y términos requeridos para su reconocimiento (CSJ SL7820-2014)”.*

Pues bien, a folio 41 a 47 se encuentra PLAN DE GESTION COMERCIAL y a folio 48 milita el documento denominado “POLITICAS PLAN DE GESTION COMERCIAL” en donde se establece:

“Todas las bonificaciones generadas por PGC y demás bonificaciones que Bancolombia determine para efectos laborales, no son constitutivos de salario.

...

En la banca Personal y Pymes para alcanzar la clasificación mensual en el PGC se deberá obtener una ejecución mayor o igual al 100,00% y cumplir con las variables mínimas establecidas en cada Plan de Gestión Comercial”

Y en el mismo se explica cómo serán las reglas de compensación y de qué manera se pagará la bonificación, ello dependiendo si el bono fue grupal o individual así:

“Bono Grupal

Para ganar el bono grupal se debe tener una ejecución acumulada en el periodo mayor o igual al 100.00% y tener un cumplimiento mínimo del 80% en el PGC individual.

Bono Individual

Para ganar el bono individual se debe tener una ejecución acumulada en el periodo mayor o igual al 100.00%” (fls.48 a 50)

A folio 117 a 166 reposa certificación expedida por Bancolombia el 18 de abril de 2017, en donde consta la vinculación de la demandante del 13 de junio de 1991 al 16 de marzo de 2016, aspecto que sea dicho de paso mencionar no fue objeto de discusión por ninguna de las partes y en ese documento se describen los conceptos devengados por la demandante desde el año 2013 hasta el año 2016.

A folio 169 obra detalle de lo devengado por la señora Martha Soler por concepto de comisiones durante los años 2013 a 2016 y que la demandada en la contestación aceptó devengar la señora Soler Durán así:

FECHA	CONCEPTO	DEVENGADO
14/03/2013	Bono Plan Gestión Comercial año anterior	\$1.200.000
30/01/2014	Bonificación salarial	\$9.619
27/02/2014	Bono Plan Gestión Comercial año anterior	\$2.000.000
27/02/2015	Bono Plan Gestión Comercial año anterior	\$2.000.000
27/02/2016	Bono Plan Gestión Comercial año anterior	\$2.856.738

Se practicó el interrogatorio al representante legal de la demandada, quien señaló que la señora Martha Soler sí devengaba las bonificaciones indicadas en la demanda y manifestó que las mismas eran grupales e individuales.

Pues bien, conforme a la normatividad, jurisprudencia y pruebas relacionadas anteriormente, **encuentra la Sala que las bonificaciones plan de gestión comercial sí constituyen factor salarial.**

A dicha conclusión se llega porque dependiendo de las metas cumplidas por cada trabajador, como se describe en el PLAN DE GESTION COMERCIAL, se recibía tal bonificación, como por ejemplo dependía de factores o indicadores como créditos otorgados, tarjetas de crédito, CDT y otros productos, experiencias del cliente, seguros, etc, lo que presenta relación con las funciones y servicio desempeñado por la demandante tal y como se observa en el documento que reposa a folio 167 y 168 del plenario, en donde se describen las funciones del cargo de la actora como ASESOR INTEGRAL I, entre otras las de “Realizar las labores que permitan promocionar los servicios y vincular clientes al Banco” y “Asesorar y atender todas las consultas que tengan los clientes sobre los productos y servicios del Banco”.

Nótese como, aunque Bancolombia excluyó las pluricitadas bonificaciones de tener connotación salarial, en el mismo documento denominado “POLITICAS PLAN DE GESTION COMERCIAL” se establecen las condiciones y términos en que dicha bonificación se recibía y lo que se desprende del mismo es que **tenían la finalidad de retribuir directamente el servicio prestado por la actora**, ya fuera de manera grupal o de manera individual, situación que sea de paso no se pudo establecer, sin embargo, aunque no se probó el porcentaje que la actora ganó de manera grupal y cuál de manera individual, lo cierto es que en la certificación de folio 117 en adelante y documental de folio 169 se indica un valor determinado y probado por dicho concepto y que será el que la Sala tendrá en cuenta a efectos de liquidar las prestaciones devengadas por la demandante.

Frente a este tema y de vieja data se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 33790 de 2010 en donde señaló:

*“Amén de que este planteamiento jurídico se ofrece exótico en un cargo orientado por la vía fáctica y probatoria, resulta oportuno precisar que **el hecho de que los premios estén condicionados al logro de unas metas de ventas de un grupo específico no tiene la virtud de desfigurar el sello salarial de un pago, toda vez que su sola correspondencia con una gestión de grupo y no individual, no es título válido para desconocer que, en últimas y en realidad, es retributivo del trabajo particular de cada uno de los miembros que integran el grupo.**”*

Con todo, la reliquidación se efectuará para las primas y vacaciones legales y extralegales, cesantías e intereses a las cesantías y aportes en seguridad social como se pide en la demanda (fl.8), únicamente en los periodos en que la actora probó haber devengado la bonificación y que son las siguientes:

- Marzo de 2013 = \$1.200.000
- Enero de 2014 = \$9.619
- Febrero de 2014 = \$2.000.000
- Febrero de 2015 = \$2.000.000
- Febrero de 2016 = \$2.856.738

Se aclara que **si bien se observan montos devengados por la actora con el nombre de “B Mer Lib No Sal Fza Vta”** y devengado en agosto y diciembre de 2013, mayo, agosto y noviembre de 2014 y mayo y agosto de 2015, **no se tendrán en cuenta para la reliquidación de prestaciones**, toda vez que como se indicó en precedencia, era carga probatoria de la demandante acreditar no sólo el origen, su destinación, sino además las condiciones y términos en que se establecieron dichos rubros para que pudieran incluirse como factor salarial, sin embargo como quiera que ello no ocurrió, la reliquidación indicada se hará teniendo en cuenta los montos antes señalados por bonificación de plan de gestión.

Así las cosas y debido a que el Banco accionado propuso la **excepción de prescripción**, que fue además un punto de apelación de Bancolombia en donde pidió se tuviera en cuenta este medio exceptivo en caso de alguna condena, se tiene que el contrato que unió a las

partes finalizó el 15 de marzo de 2016 y la demanda se presentó el 29 de septiembre de ese mismo año (fl.56), **se encuentra prescrita la reliquidación de prestaciones causada con anterioridad al 15 de marzo de 2013.**

Efectuadas las operaciones matemáticas pertinentes, se condenará a la demandada al pago de las diferencias surgidas entre lo pagado y lo que realmente debe cancelarle a la demandante en los periodos en que devengó las bonificaciones para un total de \$1.904.174 conforme a la liquidación que se anexa.

En los anteriores términos se revocarán los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada.

En relación con el argumento del apoderado de la parte actora en cuanto a que en los hechos de la demanda mencionó factores salariales diferentes a la bonificación plan de gestión para que se tengan en cuenta como factor salarial, sin mayores disquisiciones se dirá **que esos “demás factores” no se encuentran especificados en las pretensiones de la demanda, tan sólo se pide la reliquidación de prestaciones legales y extralegales teniendo como factor constitutivo de salario las bonificaciones** por cumplimiento de metas señaladas en el “Plan de Gestión Comercial”; motivo por el cual acertó el juez de primera instancia al no analizarlas.

Indemnización por despido

Como bien es sabido al demandante le corresponde probar el despido y a la demandada la justa causa invocada.

A folio 20 del expediente se observa la comunicación por medio de la cual se da por terminado el contrato de trabajo a la actora, en donde se le indica lo siguiente:

“Usted, en el ejercicio de sus funciones como Asesor Integral I de la Sucursal Barrio Santander, incumplió gravemente las labores para las cuales fue contratada, como quiera que no se observó rigurosamente las políticas y normas

que el Banco tiene establecidas para el correspondiente procesamiento de las transacciones que la atención de clientes demanda.

En efecto, a raíz de una investigación interna realizada por parte del Área de Auditoría Interna, que culminó con informe de fecha 09 de febrero de 2016, se logró establecer que usted el día 21 de enero de 2016, encontrándose radicada en la Sucursal Barrio Santander, realizó cuatro notas débito así...

De las citadas transacciones, en el momento del cuadro de la sucursal, no fue posible obtener los documentos soportes de las mismas y por lo tanto la persona que se encontraba este día en reemplazo suyo, y llevando a cabo el proceso de cuadro, le llamó a usted y le solicitó información sobre dónde podía ubicar la documentación respectiva, a lo cual usted le indicó que la enviaría al día siguiente, esto es el 22 de enero de 2016 como rezago. No obstante lo anterior, y de acuerdo a la investigación efectuada por la parte de Auditoría Interna, se validó con el área de Gestión Documental lo dicho por usted, y allí con fecha 28 de enero de 2016, indicaron haber realizado la búsqueda de estos soportes en el movimiento físico pero no fueron encontrados. De esta manera se establece que usted con su actuar incurrió en una omisión de controles y posible riesgo de pérdidas monetarias, al procesar operaciones sin las correspondientes autorizaciones por escrito de los titulares de las cuentas, tal como lo establecen los procesos “Elaborar Nota Débito” y “Cuadre de Movimiento Diario”...”

Ahora, si bien es cierto y de vieja data la jurisprudencia ha considerado que la terminación unilateral del contrato con justa causa por parte de empleador no es una sanción,- como afirma Bancolombia en su apelación al señalar que no era necesario seguir un procedimiento para despedir a la señora Martha Soler pues ni el Reglamento, ni la Convención así lo disponía- , también lo es **que el empleador no puede dar por terminado el contrato invocando una justa causa sin escuchar previamente al trabajador, pues evidentemente la H. Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra.**

Aunque en esa sentencia se refirió solo a una de las justas causas, en sentencia T-546 de 2000 señaló que en todas las causales debe el

empleador otorgar esa oportunidad de defensa, pues de lo contrario el **despido se torna ilegal.**

Y es que dicho criterio de la Corte Constitucional fue reiterado en **reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral**, en donde indicó que debía dársele la oportunidad al trabajador de ser escuchado previo a efectuarse el despido invocando el empleador una justa causa.

Fue así como en sentencia SL2351 del 8 de julio de 2020 señaló:

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

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

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

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

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

Así las cosas, en este asunto lo que se analizará, en primer lugar, es si a la demandante Bancolombia le concedió la oportunidad de ser escuchada por los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato y en caso que ello resulte afirmativo, se determinará si existió o no justa causa para despedirlo.

Como **pruebas documentales** reposa el informe de auditoría efectuado el 9 de febrero de 2016 por la Gerente de Auditoría de Personas y Pymes Regiones Bogotá, Sabana y Centro de Bancolombia en donde se establecieron las omisiones y faltas señaladas en la carta de terminación a la actora (fls.341 a 344) y carta de terminación del contrato (fl.20).

Se escuchó el **interrogatorio a la demandante**, quien al respecto dijo que al momento en que el Banco la había despedido, no le dijeron nada, no la llamaron, ni la citaron a descargos.

Se escucharon los **testimonios** de Francisco Javier López Pérez, trabajador de Bancolombia en sucursal de San Gil Santander cargo de cajero, José Vicente Castro Rojas auditor interno de Bancolombia y Maribel Ruiz Pabón empleada de Bancolombia sucursal Éxito Poblado-Medellín, sin embargo, ninguno de ellos estuvo presente al momento en que ocurrió el despido y tampoco cuando acaecieron los hechos.

Por su parte las señoras Pilar Alexandra Luna Segura Asesora Pyme oficina sucursal Santander Bancolombia y Ana Carolina Ariza Sánchez Gerente de la oficina Bancolombia sucursal Santander, quienes sí estuvieren presentes al momento del despido, frente al hecho de si se le otorgó la posibilidad a la señora Martha Soler de pronunciarse frente a los hechos endilgados en la carta de despido, **señalaron de manera general, que “varias veces”** la gerente de la oficina le había solicitado explicaciones sobre el tema y la testigo Ana indicó que una vez la había

requerido vía correo electrónico una semana después del 21 de enero de 2016 pero para que allegara las notas débito, y otras veces de manera verbal, después de que se había tenido conocimiento del informe de auditoría.

Con lo anterior se tiene que, **Bancolombia no acreditó por ningún medio haberle garantizado el derecho de defensa a la demandante**, no se probaron las “varias veces” que manifestaron las dos últimas testigos se le requirió a la demandante; **la demandada, en quien recaía la carga probatoria y como era su obligación, no demostró haber escuchado a la señora Soler Durán para que ella tuviera la oportunidad de dar explicaciones** respecto de los hechos enrostrados en la misiva que reposa a folio 20 del plenario.

Así las cosas, al no habersele otorgado la oportunidad de defensa, se torna, sin duda, el despido en ilegal y en consecuencia acertó el juez a quo al condenar por concepto de indemnización a la demandada, aunque no por las razones por él expuestas, ya que concluyó que las conductas impuestas por Bancolombia a la demandante constituían una falta disciplinaria y por tanto sí debía seguirse el procedimiento establecido en el Reglamento Interno de Trabajo y Convención Colectiva de Trabajo, sino por lo las razones aquí expuestas.

No coincide la Sala con los argumentos expuesto por Bancolombia en la apelación, en cuanto a que el juez debió haber analizado si existía o no justa causa para llevar a cabo el despido, pues como se dijo, lo primero que debe revisarse es si se otorgó o no la oportunidad de defensa, para luego sí estudiar lo relativo a la justeza o no del despido.

Finalmente, solicita en la apelación el apoderado de la parte actora que se **revise el monto a que fue condenada la demandada por esta indemnización**, argumentando que debe tenerse en cuenta lo devengado por la demandante por concepto de bonificación, empero, como quiera que para liquidar esta indemnización se debe tener en cuenta el último salario devengado (sentencia SL13518 de 2017) y **en este asunto no se acreditó haberse devengando la bonificación plan**

gestión en el mes de marzo de 2016, por tanto, acertó el juzgador de primera instancia al calcular la misma con el salario de \$2.307.640 como se desprende de la documental de folio 23.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal tercero de la sentencia apelada, para en su lugar condenar por concepto de reliquidación de prestaciones teniendo como factor salarial la bonificación plan de gestión, por la suma de \$1.904.174 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción de la reliquidación de prestaciones causada con anterioridad al 15 de marzo de 2013.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada

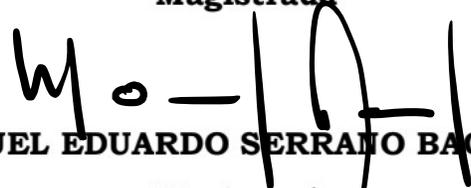
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican en **ESTRABOS**.



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

Magistrado

**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 19 2018 585 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: HUGO ARMANDO REY GUTIERREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 17 de octubre de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 585 01 Dte.: HUGO ARMANDO REY
GUTIERREZ Ddo.: COLPENSIONES**

El señor HUGO ARMANDO REY GUTIERREZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de la condena y a las costas del proceso. (fl. 4).

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue pensionado por el ISS, mediante Resolución No. 002017 del 27 de febrero de 2003, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, que contrajo matrimonio católico con la señora ANA MARIA SANDOVAL QUECANO; que su esposa depende en su totalidad de sus ingresos; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos, pero los mismo fueron negados. (fls. 4-5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 al 9, 14 y 15, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, afectación al principio constitucional de sostenibilidad fiscal, falta de demostración de requisitos de causación y prescripción. (fls. 28 - 44).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 17 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra a la demandada y condenó en costas a la parte actora. (fl. 62).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que los incrementos por personas a cargo solicitados en la demanda se encuentran consagrados en el acuerdo 049 de 1990.

Señaló que el actor causó su pensión, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y que para dicha data ya no se encontraba vigente el mencionado incremento. así las cosas y como quiera que el

incremento reclamado sólo procede para aquellos afiliados que directamente consolidaron su derecho pensional bajo la vigencia del acuerdo 049 de 1990 y no, para quienes se ven beneficiados por la protección del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 como es el caso objeto de estudio, por lo que absolvió a la entidad demandada de todas y cada uno de los pedimentos de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

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

“Gracias señora juez con todo respeto me permito interponer el recurso de apelación, en contra de la sentencia de primera instancia y por consiguiente solicito que se reconozca el pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo a favor de mi poderdante HUGO ARMANDO REY GUTIERREZ, a partir del 11 de julio de 2002, de conformidad con lo establecido en el decreto 758 de 1990, pues la cónyuge de mi poderdante la señora ANA MARIA SANDOVAL, no realiza ninguna actividad económica que la ayude a subsistir, si bien es cierto las consideraciones del despacho, las consideraciones de la H. Corte Constitucional mediante sentencia t-217 de 2013 estableció que tales incrementos pueden ser reclamados en la medida en que persistan las condiciones que a ellos dieron lugar, así mismo aclarando que la ley 100 de 1993, no hizo mención alguna de los incrementos, por lo tanto no fueron derogados de la vida jurídica con la expedición de esta ley y por el contrario el legislador con la expedición de la ley 100 de 1993, preservó su vigencia al definir por intermedio de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, el régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del decreto 758 de 1990. Gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

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

**Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 585 01 Dte.: HUGO ARMANDO REY
GUTIERREZ Ddo.: COLPENSIONES**

Para resolver el problema jurídico se tiene que en este caso al demandante HUGO ARMANDO REY GUTIERREZ, COLPENSIONES, mediante Resolución No. 002073 del 27 de febrero de 2003, le reconoció pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así las cosas, tal y como lo señaló el Juez de primer grado, debe estudiarse primero si tal prestación se encuentra vigente, para luego sí analizar si existe o no el derecho al pago del incremento pensional.

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

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

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

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de

pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

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

En dicha providencia se indicó:

“Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

...Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

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

anterioridad a la expedición de tal normatividad, sin que sea dable como lo solicita la apoderada de la parte actora en su recurso, en virtud del principio de favorabilidad reconocer el incremento petitionado, ya que el principio de favorabilidad parte de la existencia de dos normas **vigentes** y como ya se indicó la norma que los consagra perdió su vigencia.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado la señora GLORIA ELIDA PARRA RUGELES, a partir del 1 de mayo de 2014, cuando cumplió los 57 años de edad (fl.- 12), se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto de habrá de confirmar la sentencia recurrida.

SIN COSTAS. En esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Proceso Ordinario Laboral No. 19 2018 585 01 Dte.: HUGO ARMANDO REY
GUTIERREZ Ddo.: COLPENSIONES



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 21 2018 531 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: PEDRO ENRIQUE BETANCOURT CADENA
DEMANDADO: COLPENSIONES

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 30 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Veintiuno laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte actora.

ANTECEDENTES

El proceso está orientado a que se reconozca y pague al actor los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la ley 100 de 1993, a partir el 10 de marzo de 2010 y hasta el ms de julio de 2018, fecha en la cual la demandada pagó el retroactivo pensional, la indexación de la condena y las costas del proceso. (fl.- 5)

SÍNTESIS DE LOS HECHOS:

Fundamenta las pretensiones en los hechos que se resumen así:

Que mediante oficio de fecha 22 de mayo de 2015, expedido por COLPENSIONES se solicitó certificado expedido por la UGPP, entidad que asumió las funciones de CAJANAL.

Que mediante radicado No. 1 2018 – 009460 de fecha 6 de febrero de 2018, se solicitó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que se corrija la demarcación el aplicativo de bonos pensionales donde el riesgo a reportar es de muerte y no de vejez, para la prestación concedida mediante la resolución No. 17546 del 8 de julio de 2002.

Que mediante solicitud con radicado No. 201850050216912 requirió respuesta de fondo a la UGPP y mediante radicado No. 201814000354151, la UGPP, señaló que revisadas las bases de datos no se encontró que se le hubiese reconocido pensión de vejez, pero sí una sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge.

Que nació el 26 de junio de 1948, cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes del año 2008, por lo que solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero ésta le fue negada aduciendo que no cumplía con el requisito de densidad de semanas cotizadas.

Que ante una nueva solicitud, la demandada expidió la resolución No. GNR 169085 del 3 de julio de 2013, en la que niegan la pensión de vejez indicando que una vez revisada la página de bonos pensionales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se encontró que se encontraba pensionado por CAJANAL. Que como se indicó anteriormente la pensión de que goza el actor, lo era de sobrevivientes y no de vejez.

Indica que es beneficiario del régimen de transición y contaba con un total de 1050 semanas de cotización, de las cuales más de 750 semanas antes de la entrada en vigencia del acto legislativo No. 01 e 2005.

Finaliza indicando que la demandada COLPENSIONES mediante resolución No. SUB 142205 del 28 de mayo de 2018, le reconoció la pensión de vejez, a partir del 28 de noviembre de 2009 y en la misma no le fueron cancelados los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993. (fl.- 2 – 5)

RESPUESTA A LA DEMANDA:

Notificado el libelo demandatorio, en debida forma, la demandada COLPENSIONES, procedió a dar contestación a la misma, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, aceptó la totalidad de los mismos. Finalmente, propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe, improcedencia de los intereses moratorios e indexación e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl.- 103 - 110)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Tramitada la litis ante el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de agosto de 2019, resolvió ABSOLVER a la entidad demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandada. (fl.- 132 - 133)

La juez *a quo* en la sentencia recurrida, manifestó en que:

“El problema jurídico se extrae en determinar si existe derecho a que se condene COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecido en el artículo 141 de la ley 100 de

1993, por no pago oportuno de las mesadas pensionales desde el 11 de marzo de 2010 hasta el mes de julio 2018.

En este asunto se encuentra probado y es aceptado por COLPENSIONES y se corrobora con la documental obrante de plenario que mediante resolución 17546 del 8 Julio 2012 por la entonces CAJANAL le fue reconocida una sustitución pensional con ocasión el fallecimiento de su cónyuge ANA PIÑEROS BETANCOUR, que mediante resolución número 108067 del 25 de mayo 2010, el entonces ISS niega la pensión de vejez al señor Pedro Enrique Betancourt Cadena por no acreditar la semanas cotizadas para acceder a la prestación solicitada, como se observa a folios 27 y 28. A folios 30 – 31 está la resolución GNR 169085 el 3 de Julio 2013 donde COLPENSIONES confirma en todas sus partes la resolución No. 108067 ya citada. Con resolución VPV 24025 del 11 diciembre 2014, COLPENSIONES nuevamente confirma en todas y cada una de sus partes las anteriores resoluciones, alegando que es posible recibir más de una pensión del tesoro público, remitiendo entonces a la pensión que percibe el demandante por parte entonces CAJANAL – UGPP, conforme se observa a folios 32-34, a folios 8 y 9 hay una solicitudes del 22 de mayo 2015, en atención a la solicitud pensional radicada por el señor Pedro Enrique Betancourt Cadena a COLPENSIONES en donde requiere al demandante para que aporte entre los 30 días siguientes al recibo la comunicación, la certificación expedida por la UGPP, en el cual se especifique de forma clara el tipo de prestación que había recibido con CAJANAL también esta resolución GNR 227329 del 28 Julio de 2015 donde COLPENSIONES niega el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante baja documento de que peticionario se encontraba gozando de pensión de vejez la cual se forma, se ve reflejado el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y refiriendo que en caso de tratarse un error debería tramitar ante la entidad la demarcación de la pensión de vejez para culminar el proceso y la entidad pudiera entrar a verificarlo, como se observa a

folios 35 al 38. A folios 39 al 41 COLPENSIONES en resolución 4053 del 6 de enero de 2016 resuelve la solicitud de revocatoria directa no accediendo a la misma. A folios 15 y 16 el demandante radica solicitud de corrección escrita o corrección de error que presentaba la página de bonos pensionales atendiendo a que lo que recibía era una sustitución pensional y una pensión de vejez. También se observa, finalmente que con resolución SUB 142205 del 28 de mayo 2018 COLPENSIONES les reconoce la pensión de vejez al Señor Pedro Enrique Betancourt a partir de 28 de noviembre de 2009 en cuantía de \$513.800, con base en la ley 71 de 1988 como se observa a folios 40 a 53 ordenando cancelar un retroactivo de \$ 66.9093.228 pesos, finalmente 26 de junio 2018 radica solicitud de reconocimiento y pago los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 del 93, junto con la indexación de los valores que se llegaren a reconocer, prestación que fue despachada de manera favorable mediante resolución SUB 1855 del 16 del 12 de julio 2018 como ésta folios 93-95.

Estos intereses moratorios, sin duda alguna están establecidos en la norma ya citada, en el artículo 141 de la ley 100 del 93, que señala que a partir del 1 enero 94 en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de qué trata esa ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado además de la obligación a su cargo, sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe su pago al respecto, frente a la Corte Suprema de Justicia, la Sala de Casación laboral ha preceptuado, en sentencia de radicado No. 43564 de 4 de abril de 2011, que estos intereses tienen carácter resarcitorio y no sancionatorio, es así como lo entendido nuestra jurisprudencia indicando que son para resistir los perjuicios causados a aquellos asegurados que sean afectados por la morosidad de las entidades administradoras de pensiones ahora bien, se tiene que también constituye un criterio de esta Sala Casación Laboral de la Corte Suprema justicia que los intereses en mención se causan a partir del momento en que surge esa

obligación y que según su jurisprudencia es en el vencimiento del plazo que legalmente se encuentra establecido para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y sobrevivientes esta manera se expuso en también la sentencia del 3 de junio 2009 de la corporación que los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 del 93 únicamente se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a qué se refiere el artículo 19 del decreto 164.

Ahora Bien también sea considerado por esta corporación que los intereses moratorios de qué trata este artículo 141 ya citado se la aplica al respecto a las pensiones concedidas íntegramente con apoyo normativo de dicha ley y muy excepcionalmente ha permitido para aquellas otorgadas al Amparo del régimen de transición siempre y cuando el régimen anterior sea aplicable y sea el del acuerdo 049 de 1990, pues así se haya concedido bajo el amparo del citado acuerdo 049 de 1990, por hacer parte del régimen solidario con prestación definida contenido éste en el sistema general de seguridad social y de la ley 100, son procedentes los intereses moratorios previstos en su Artículo 141 sin que ello implique la violación del principio de inescindibilidad de la norma, así tenemos la sentencia 36218 componential Doctor Javier Osorio López del 4 noviembre 2009, en ese sentido es como nuestro órgano de cierre, la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, al realizar el estudio de las pensiones reconocidas en regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, se refirió que su aplicación únicamente tiene cabida para las pensiones reconocidas por el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año de gemelos de la ley 100 de la aplicación únicamente tiene cabida para las prestaciones administradas por el acuerdo 049 de 1990 aprobado toda vez que se entienden incorporadas al sistema general de seguridad social Pero no para las pensiones reconocidas con normatividades distintas anteriores a la ley 100 del 93, para lo cual, hizo mención a los trabajadores privados y funcionarios, empleados y servidores

públicos de elegir la norma más favorable respecto a la ley 100 del 93 y las normas anterior sobre las materias siempre que se sometan éstas en su integridad a las disposiciones de la mencionada normativa haciendo alusión al artículo 188 de la precitada ley 100 de 1993, este criterio ha sido mantenido reiterado en diferentes sentencias como la del 25 mayo 1010 radicado No. 38008 del 23 de marzo 2011, radicado 39830, SL 10030 de 2014, SL 5702 de 2015, SL 1854 2015, SL 16 del 2018, SL 3608 del 2018 y SL 7236 de 2018 entre otras.

Es de acotar que no desconoce este despacho que existen posturas diferentes al aquí establecida por nuestro órgano de cierre y entre ellas también están la en la sentencia SU 065 de 2018, con ponencia del Dr. Alberto Rojas Ríos en el que se ha dicho que la aplicación del artículo 53 Superior, las entidades encargadas del reconocimiento de las prestaciones propias del sistema seguridad social que están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora de los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho en virtud del mandato legal, convencional o particular inclusive, se dice sentencia que con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la ley 100 del 93 o una ley del régimen anterior por lo que la causa de la moratoria sostiene en sentencia de unificación es el hecho de la cancelación tardía las prestaciones sin embargo, si este despacho conoce esta postura, y de la obligatoriedad del precedente, no lo es menos que también se ha establecido en la sentencia, SU 357 de 2017, quién no es ajeno, que en virtud del principio de la autonomía judicial, artículo 230, el juez puede apartarse del mismo, eso sí sustentando y motivando en debida forma las razones por lo que lo hace, luego de visto lo anterior, se tiene que no obstante existir sea precedente la Honorable Corte Constitucional , este Despacho se aparte en tanto no comparte la interpretación dada en ese proveído de unificación, por las mismas razones es que expuesto nuestro órgano de cierre la Corte Suprema de Justicia y además por las siguientes argumentaciones; se tiene para esta juzgadora que

interpretación como respuesta por la corte constitucional contraría el principio de inescindibilidad de la ley en tanto estaría reconociendo una prestación bajo la norma anterior en vigencia de la ley 100 de 1993, y el tiempo se vendrían aplicar intereses moratorios que fueron establecidos Y regulados a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones con la ley 100. También se tiene que el art. 288 de la ley 100 del 93 Establece textualmente que las exposiciones de la mencionada ley, entre las cuales se encuentran los intereses moratorios podrían ser aplicables cuando resultarán más favorables a todos los trabajadores, privados, oficiales, funcionarios públicos, empleados públicos y servidores públicos, siempre y cuando se sometan en su integridad de las disposiciones de esta ley situación que consiguiera este despacho, no se presenta en este asunto pues el tipo de pensión fue reconocida y no fue discutido y no fue controvertido para cambiar el régimen, la Norma que reconoce la prestación, esto es la ley 71 de 1988 y por tanto no se somete esta prestación esta pensión a la integridad la ley 100 del 93”

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

“la corte que debe considerarse cada caso en particular y aquí la discusión es si se dio sobre ley 71 del 88 y con él Sí con esa ley perjudicó el no pago de la demora de 10 años causados por el estado, es que fueron 10 años los que duró el estado tomando el pelo a este señor, para que el tribunal tenga en cuenta una posición un poco más más decente que no la tuvo el COLPENSIONES, que no la tuvo el extinto seguro social, debe enunciarse cada una, la resolución 108067 del 25 de mayo del año 2010 y aquí comenzó la tomadera de pelo, usted puede considerar que se demora en 10 años el estado para reconocer la pensión, bueno este es un caso especial donde le pido el tribunal, tómelo en cuenta, no sólo por la demora de los 10 años sino por los conceptos jurídicos diversos que han tenido los mismos magistrados con

respecto al tema los intereses moratorios, si bien es cierto la ley 71 del 88 no permite que se generen esos intereses moratorios porque no se desprenden del acuerdo 049 de 90 y el decreto 758 mismo año, es no menos cierto es que esta posición deberá de haber argumentado si se trataba de pensión de jubilación o pensión de vejez, era no pasando por el principio de inescindibilidad porque aquí se puede argumentar que se podía dar pensión de vejez no por el hecho de haber sido funcionario público, por el número de semanas que este señor tenía y por ese número de semanas que este señor tenía estaba dentro del régimen de transición, es decir aquí, estaba en la artículo 36 de la ley 100 del 93, acuerdo 049 de 1990, el decreto 758 del mismo año, el acto legislativo 01 el año 2005, es decir porque se le dio ley 71 del 88 si tenía derecho la pensión de vejez, ese es el punto. Ahora bien, cómo se le dio la reparación a este señor, que se le dio, cuál fue la forma de repararlo, yo veo que aquí se le dieron 66 millones de pesos y el retroactivo está sumamente mal liquidado, acá no se tuvieron en cuenta las 14 mesadas, cuando usted hace el cálculo de 9 años que demoró la pensión, 9 años y medio sobre el valor de \$716.000 que creó el ingreso base de liquidación multiplica por 14 y es todo un año, este da un total \$9.000.000 anuales y \$9000000 por 9 años que duró, nueve por nueve 81, son 81 millones de pesos que debió haber dado COLPENSIONES, no entiendo de salió esta suma, por eso el objeto de la demanda y en la pretensión de la demanda se habla claro, retroactivo pensional, pensión de vejez o jubilación, todo el retroactivo, usted vio cómo se efectúa la reliquidación, la liquidación de la pensión, mire acá le pusieron 66 millones y creyeron que con esto se iba a contentar, el pago del retroactivo pensional a partir de la fecha de adquisición y de causación la cuando usted hace esa suma se da cuenta que hay unas diferencias notables cómo se la acabo de efectuar y no solamente la diferencia notable sino la forma en la que establece la indexación a la hora de traer el pago de los valores del año 2009 a la fecha, usted vio cuanto tomaron de salario mínimo, esto dio un promedio de \$650.000 y da una indexación de \$456.000, usted vio

que formula tomaron para efecto liquidar esto, no tomaron ninguna fórmula establecieron el precio pero no pagaron absolutamente nada, es decir como liquidaron un retroactivo, como liquidaron ellos la indexación de valores, cómo trajeron ellos el pasado al presente los valores reconocidos de 10 años en el que tomaron del pelo, es que es que es vulgar ver, excúseme por favor la expresión, 10 años en donde el estado decía que esto no era responsabilidad COLPENSIONES, si no de ISS en liquidación y así simultáneamente fueron manejando y cada resolución, cosas absurdas y respuestas absurdas, como que no sé tenía número de semanas cotizadas para efecto reconocimiento, entonces si usted ve la burla de 10 años, y el tribunal ve la burla y en ese caso Espero llegar yo a la Corte para que se revise si eran notables sí o no del acuerdo 049 90 o no y si se dio con la forma que se debió haber efectuado para reparar esta persona y la forma de reparar, no es como dijeron acá muchas gracias dieron 67 millones y hasta luego, de eso no se trataba, era de condenar al Estado a que reparará desde el momento en que radicó los documentos el 25 de Mayo 2010 tenían 4 meses y se tomaron 10 años entonces aquí el consejo estado en sentencias ha tomado posiciones de decir que no puede pasar por encima de la inescindibilidad de la norma o aplica la y 71 acuerdo 049 para efecto intereses pero en este caso específico, la Corte tiene que darse cuenta que ya había efectuado el acuerdo 049, es decir se tenía más de 1000 semanas cotizadas, tenía el derecho ese reconocimiento y por lo tanto se hace el equilibrio entre la una y la otra pues está debería pagar por lo menos otros 70 millones de peso de intereses moratorios en 2010 para acá y lo que ha dado son \$456.000 como efecto una indexación que no se sabe quién la líquido, como la líquido, como debieron haberlo hecho, entonces una burla completa todas formas así dejó señora jueza el recurso planteado.”

CONSIDERACIONES:

Previo a abordar el estudio del presente proceso, es necesario señalar que pese a que el apoderado de la parte actora objeta en su recurso, el valor o la cuantía que le pagó la demandada COLPENSIONES, por concepto de retroactivo pensional, lo cierto es, que revisada la demanda, tanto en sus hechos como en sus pretensiones, así como la totalidad del trámite surtido, no se encuentra que en ninguno de ellos, se hubiese, siquiera mencionado este aspecto, por lo que al tratarse de un hecho nuevo, esta Corporación no se pronunciará del mismo, ya esto sería violatorio al debido proceso.

Por lo anterior, encuentra esta Colegiatura que el problema jurídico, se centra en establecer si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993,

Teniendo claridad en lo anterior, es necesario señalar que los intereses moratorios, que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Ahora bien, revisado el expediente se encuentra que se reconoció una pensión de jubilación post mortem, mediante resolución No. 143 del 05 de febrero de 2002, por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a la señora ANA PIÑEROS DE BETANCOURT. (fl.- 20 – 22)

A folio 24, se encuentra la **resolución No. 17546 del 8 de julio de 2002**, en la cual se le reconoció la sustitución pensional al actor, por el fallecimiento de su cónyuge ANA PIÑEROS DE BETANCOURT. (fl.- 24).

Mediante resolución **No. 108067 del 25 de mayo de 2010**, el extinto Instituto de Seguros Sociales, negó la pensión de vejez que solicitó el

actor, señalando que no acreditaba el requisito de densidad de semanas cotizadas, ya que tan solo contaba con 222 semanas. (fl.- 27 – 28)

Mediante resolución No. **GNR 169085 del 03 de julio de 2013**, se resolvió el recurso de reposición en contra de la resolución **No. 108067 del 25 de mayo de 2010**, pero en esta ocasión se argumentó que revisado el historial de bonos pensionales, se encontró que el actor es pensionado por vejez, por parte de CAJANAL y que por ello no podía ser reconocida su pensión.

Mediante resolución **VPB 24025 del 11 de diciembre de 2014**, se resolvió el recurso de apelación en contra de la resolución **No. 108067 del 25 de mayo de 2010**, en la que se confirman las anteriores resoluciones, insistiendo en que el actor cuenta con una pensión de vejez, por parte de Cajanal y que no es dable recibir más de una asignación que provenga el tesoro público.

En resolución **GNR 2273 del 28 de julio de 2015**, se indica que el actor solicitó nuevamente el estudio de su pensión de vejez el día 12 de septiembre de 2014 y por ello se esbozaron los mismos argumentos de la resolución inmediatamente anterior a fin de negar el derecho pretendido, esto es, que el actor cuenta con una pensión de vejez, por parte de Cajanal y que no es dable recibir más de una asignación que provenga el tesoro público.

En resolución **GNR 4053 del 6 de enero de 2016**, se da respuesta a la solicitud de revocatoria directa de acto administrativo, en la que nuevamente niega la prestación solicitada, con el mismo argumento.

Finalmente, mediante resolución **SUB 142205 del 28 de mayo de 2018**, la demandada reconoce la pensión de vejez el actor, a la luz de lo normado en la Ley 71 de 1988, por considerarlo beneficiario el régimen de transición y por contar con 1.050 semanas de cotización, entre tiempos públicos y privados. Así mismo señaló que la misma procedía a

partir de la última cotización, esto es, desde el 28 de noviembre de 2009. (fl.- 42 – 53)

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior y si bien, la suscrita en anteriores pronunciamientos dejaba a salvo su voto, respecto de la posición mayoritaria de la Sala, en cuanto la procedencia de los intereses moratorios en pensiones que fueron reconocidas con fundamento en la Ley 71 de 1988, en aplicación del régimen de transición, como es el caso que nos ocupa, por cuanto siempre ha considerado que se trata de personas que se encuentran en iguales circunstancias, a los pensionados a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990, ya que son pensionados bajo el régimen de transición que se han visto afectados por la demora en el pago de sus pensiones después de haber cumplido los requisitos necesarios para adquirir el status pensional y por ello debe darse un trato idéntico y en consecuencia, reconocer los intereses de mora para aquellas pensiones que son reconocidas con fundamento en el régimen de transición conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la mayoría de la Sala considera que éstos no proceden por no encontrarse regidas en su totalidad por la Ley 100 de 1993.

Lo cierto es, que este criterio que se tiene, que este tema ya fue zanjado y definido por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en reciente pronunciamiento SL 1681 del 3 de junio de 2020, en el que abandonó su criterio jurisprudencial anterior, y en su lugar postuló que los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, indicando de manera expresa que también les asiste el derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a las pensiones reconocidas a la luz de lo normado en la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición, en los siguientes términos:

“Considera la Sala oportuno replantear ese criterio jurisprudencial, dada la existencia de razones poderosas y convincentes que obligan a su

revisión. Para sustentar este cambio de pensamiento, la Corte, primero, sostendrá que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho universal de los pensionados, que tiene un claro referente constitucional y legal. En segundo término, discernirá sobre el propósito útil del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a fin de defender la tesis de que esa norma tenía la función de clarificar y sentar las pautas para la liquidación de todas las pensiones legales, incluidas las del régimen de transición. Y, por último, planteará que las pensiones adquiridas en virtud del régimen de transición, son pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones y, en esa medida, los pensionados tienen derecho a obtener las prestaciones y beneficios derivados de este sistema.

(...)

La Ley 100 de 1993 tuvo como eje central la necesidad de unificar la pluralidad de regímenes pensionales preexistentes, en un sistema único y universal denominado «sistema general de pensiones». En este sentido, el artículo 15 del citado estatuto de seguridad social prescribe que son afiliados obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo y los servidores públicos, sea que se incorporen por primera vez a la fuerza laboral o que estuvieran laborando con anterioridad.

Ahora bien, frente a ciertos segmentos de la población que tuvieran una proximidad a pensionarse –por edad o tiempo de servicios– de acuerdo con las reglas anteriores, la Ley 100 de 1993 instituyó en su artículo 36 un régimen de transición, el cual, sin aislarse de los principios y preceptos del sistema general de pensiones, otorga ciertos privilegios a esas personas en tres materias puntuales: edad, tiempo de servicios o semanas de cotización, y monto de la pensión, dejando claro que «las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley (sic)».

De esta forma, el régimen de transición no es un cuerpo separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación especial englobada en la misma, a través del cual se otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de

cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de aquella normativa.

Lo anterior derrumba el argumento expuesto desde la sentencia CSJ SL, 28 nov. 2002, rad. 18273 según el cual «los intereses del artículo 141 de la ley (sic) 100 de 1993 se imponen cuando se trata de una pensión que debía reconocerse con sujeción a su normatividad integral», dado que, una pensión otorgada al amparo del régimen de transición, no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación. Simplemente se trata de una pensión con unas exigencias específicas más favorables, de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo, las cuales tienen condiciones pensionales más benéficas que las de la pensión de vejez ordinaria, sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993. En este orden de consideraciones, no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición (Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1988, entre otras) a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues, se repite, estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones. Para ahondar en razones, el artículo 11 de la citada ley dispone que las pensiones reguladas integralmente por normas anteriores son aquellas adquiridas con antelación «a la fecha de vigencia de esta Ley (sic)». En otras palabras, las pensiones obtenidas después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, sea en virtud del régimen de transición o según las reglas de la pensión ordinaria de vejez, se entienden incluidas en este sistema, con todo lo que ello implica en materia de convalidación de tiempos, instrumentos de financiación (cálculos actuariales, los bonos pensionales o las cuotas partes pensionales), topes pensionales, reajustes, ingreso base de liquidación, causación de intereses moratorios, entre otras materias.

(...)

4. Conclusión:

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye: (i) El artículo 53 de la Constitución Política obliga al Estado y a las entidades de previsión social a garantizar «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales», premisa que no distingue la fuente legal o el tipo

de pensión. En tal dirección, no hay una razón objetiva y plausible para excluir a los pensionados del régimen de transición del derecho a percibir los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, con mayor razón si se tiene en cuenta que, sin distinción alguna, todos ellos pueden ver comprometido su mínimo vital y sufrir perjuicios con ocasión de la dilación injustificada en el pago de las pensiones.

(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal.

(iii) Si bien las pensiones del régimen de transición se rigen en tres aspectos puntuales (edad, tiempo de servicios o semanas y monto) por las reglas anteriores, en todo lo demás les aplica la Ley 100 de 1993. Debido a ello, se trata de pensiones englobadas en el sistema general de pensiones, cuyas condiciones de causación son más flexibles o favorables que las del resto de pensionados.

Con lo anterior, la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.”

De conformidad con lo anterior, la Sala acoge el criterio antes señalado y por ello, es claro que en el presente asunto, le asiste el derecho al actor al pago de los intereses moratorios que reclama, a partir del 11 de marzo de 2010, fecha en que se cumplieron los 4 meses con que contaba la entidad para reconocer la prestación desde la fecha en que recibió la solicitud.

De la prescripción

Sobre este fenómeno, se observa que la naturaleza de los intereses moratorios, que irradian a la pensión, hasta tanto sea reconocida por la entidad que retarda tal reconocimiento, se afectan por el fenómeno

jurídico de la prescripción como derechos económicos derivados de la prestación, extinguiéndose la incidencia de los causados sin que el acreedor hubiera reclamado su pago durante el término trienal.

En este caso el demandante y del resumen de la actuación surtida por parte de la demandada se evidencia que mediante resolución No. 118067 del 25 de mayo de 2010, se negó el reconocimiento pensional, mediante resolución No. GNR 169085 del 3 de julio de 2013, se resolvió el recurso de apelación en contra de la anterior resolución, confirmando la negativa dada y mediante resolución No. VPB 2405 del 11 de diciembre de 2014, resolvió la apelación interpuesta, confirmando las demás resoluciones.

Así las cosas y como quiera que la presente acción fue interpuesta, solo hasta el 6 de junio de 2018, se tiene que se superó el término trienal de prescripción, por lo que se encuentran prescritos los intereses reclamados sobre las mesadas causadas con anterioridad al 6 de junio de 2015, por lo que se declarará parcialmente probado este medio exceptivo.

Finalmente y como quiera que la pensión le fue reconocida al actor mediante resolución No. SUB 142205 del 28 de mayo de 2018, se condenará a la demandada al pago de los intereses moratorios, liquidados sobre cada una de las mesadas pensionales causadas y en mora entre el 6 de junio de 2015 y el 30 de junio de 2018, fecha en la que fue incluido en nómina de pensionados.

Sin costas en resta instancia

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en consecuencia, se CONDENA a la demandada COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contenidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, liquidados sobre cada una de las mesadas pensionales causadas y en mora entre el 6 de junio de 2015 y el 30 de junio de 2018, fecha en la que fue incluido en nómina de pensionados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada y en favor de la parte actora.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del C.P.L. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 21 2018 560 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO ROJAS DIAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

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

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la ineficacia del traslado realizado de régimen pensional, se condene a PORVENIR S.A. al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES y que esta última acepte los aportes a registrar al actor como afiliado sin solución de continuidad desde el 27 de mayo de 1985. (fl.- 6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el día 27 de mayo de 1985, aportando un total de 458,71 semanas.
- Que se encontraba afiliado al ISS al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.
- Que se afilió a Colfondos S.A. el día 28 de julio de 1997.
- Que los asesores de COLFONDOS S.A. no le informaron que el monto de su mesada pensional sería inferior a la podía recibir en el ISS.
- Que le informaron que no se podría pensionar, porque el ISS se iba a acabar.
- Que no le informaron las desventajas del traslado.
- Que la información que le fue brindada le fue entregada de manera sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado y así recibir la comisión correspondiente.
- Que posteriormente se afilió a PROTECCIÓN, de quien tampoco recibió información o asesoría.
- Que ha solicitado la invalidación de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, pero sus solicitudes han sido despachadas de manera desfavorable. (fl.- 6 - 8)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó el hecho



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

contenido en el numeral 5, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de prescripción falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 148 - 154).

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2, 4 y 15 a 18, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 166 - 188).

Finalmente, la demandada **COLFONDOS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3, 4, 15 y 18, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena, fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación, compensación y pago. (fl. 2123 - 227).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró en providencia del 06 de diciembre de 2019:

1. Declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el señor Cesar Augusto Rojas Díaz al régimen de ahorro individual el 28 de julio de 1997 y con fecha de efectividad a partir del 1 de septiembre de 1997, por intermedio de Colfondos pensiones y cesantías y en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
2. Condenar a la sociedad administradora de pensiones y cesantías porvenir a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales y cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y traslado, contenidos en la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- cuenta de ahorro individual del aquí demandante, señor Cesar Augusto Rojas Díaz, para ello se le concede el término de un mes.
3. Condenar a la administradora de pensiones y cesantías protección a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de gastos de administración y de traslado, se le concede el término de un mes.
 4. Condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de gastos de administración y de traslado, concediendo también el término de un mes.
 5. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, actualizar entonces su historia laboral
 6. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva.
 7. Sin costas en esta instancia.
 8. Consúltese con el superior esta decisión por ser adversa a los intereses de Colpensiones.

Fundamentó su decisión señalando que:

“Decisión: se tiene en el presente asunto que la parte demandante, el señor Cesar Augusto Rojas Díaz por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, Colfondos pensiones y cesantías, la sociedad administradora de pensiones y cesantías porvenir, la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección, con el fin de que se declare ineficaz el traslado del señor Cesar Augusto Rojas Díaz del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Colfondos s.a. pensiones y cesantías, y en consecuencia se condene a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir a realizar el traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, quien deberá aceptar dicho aporte y registrar al actor como su afiliado sin solución de continuidad desde el 27 de mayo del 85. Se sustentan esas pretensiones en hechos que dan cuenta a folios 6 8 del expediente, se admite la demanda, se notifica a todas las demandadas, quienes contestan en oportunidad, Colpensiones y porvenir han mantenido su oposición a las pretensiones, así mismo han mantenido la solicitud de no acceder a las mismas. No obstante lo anterior, tanto protección como Colfondos se



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

han allanado a las pretensiones, allanado a los hechos, no obstante lo anterior, como ya refirió este despacho, frente al allanamiento en virtud del artículo 99 en su numeral 6, no es posible, o no tiene eficacia el allanamiento cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados, por lo tanto en ese sentido, fue resuelto en sus oportunidades respectivas. Y pues esta el despacho a lo que ya había decidido y decisiones en firme de esta juzgadora. Ahora bien, frente a los presupuestos procesales, encuentra el despacho que se encuentran reunidos todos los presupuestos procesales en este asunto, no existen tampoco ninguna causal de nulidad que pudiese invalidar lo que hasta aquí se ha actuado. El problema jurídico será determinar si es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor Cesar Augusto Rojas Díaz a través de Colfondos s.a. pensiones y cesantías y por ende si deben trasladarse los aportes que posa en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. En este asunto, se allega un reporte de semanas cotizadas en pensiones obrante a folio 107 a 111, 191 a 195, en el que se evidencia que el aquí demandante estuvo afiliado al is desde el 20 de mayo de 1985, al igual que se cuenta con la historia laboral o con lo que se desprende de esta historia laboral del bono pensional del ministerio de hacienda y crédito público, que está a folio 161 a 163. Se allega certificación por parte de Colpensiones de traslado de fondo al 28 de julio de 1997, como se observa a folio 181, a folio 99 se observa formulario de vinculación de fecha 28 de julio de 1997, en el que consta el traslado efectuado por el señor Cesar Augusto Rojas Díaz del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, esto es a Colfondos; a folio 230 se allega certificación por parte de Colfondos en donde se indica que las fechas de sustitución es del 28 de julio de 1997, con fecha de efectividad 1 de septiembre de 1997, con estado trasladado; a folio 160 se observa formulario de solicitud de vinculación o traslado de fecha 23 de septiembre de 2015 en el que consta el traslado efectuado por el señor Cesar Augusto Rojas Díaz de protección a porvenir; a folio 155 se allega certificado por parte de porvenir en donde se señala que el señor aquí demandante se encuentra afiliado a dicho fondo a partir del 1 de noviembre de 2015; y finalmente se ve a folio 156 se tiene historial de vinculación de Asofondos en el cual se evidencia que el aquí demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, esto es en Colfondos, el 28 de julio de 1997 y los demás traslados que se han ido reportando.

Debe acatar el despacho que la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre la corte suprema de justicia ha señalado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que las administradoras de ahorro individual hayan suministrado una información completa, clara, oportuna y comprensible de las condiciones de información de la situación personal del afiliado. Además se tiene que en sentencia 1668 de 2019, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo indicó que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, como usuario, como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado. Recabamos entonces que en el campo de la seguridad social existe un verdadero deber de obtener un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza antes de aceptar el ofrecimiento de un servicio, la comprensión del usuario de todas las situaciones, consecuencias y afiliación de este nuevo régimen, vale decir que el afiliado antes de dar su consentimiento tenga una información, cierta clara y comprensible como lo ha señalado en sentencia 19447 de 2017. Aunado a lo anterior se tiene que, bajo el entendido que el régimen de seguridad o como está definido el régimen de seguridad social en su artículo 1 de la ley 100 de 1993, y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida como el régimen de ahorro individual con solidaridad, son determinantes para la situación pensional y para acceder a una pensión por parte de los afiliados, es de acotar que eso exige para las entidades que se encargan de administrar dichos fondos tengan o demuestren que existe una decisión informada, que esta verdaderamente fue autónoma, consciente, libre, voluntaria, pues de otro modo no se puede entender que se haga un traslado de régimen a otro, mas tampoco no se le informan solamente los beneficios sino también deben informarse los riesgos adversos o implicaciones que tiene ese traslado. Tiene que ser de información lo que está contemplado en el estatuto del consumidor financiero en el artículo 97 de la ley 653 de 1993, que ahí están definiendo que las entidades vigiladas tienen que dar elementos de juicio para que los usuarios puedan tomar las mejores decisiones y de elección en el mercado.

Frente a la carga de la prueba se tiene que el artículo 167 del código general del proceso establece que el que hace una negación indefinida o niega un hecho no tiene porque demostrarlo, pues en ese sentido le corresponde a la parte complementaria demostrar con el hecho positivo contrario a esto para desvirtuar esa negación. Con base en esta normativa y también en el artículo 1604 del código civil que señala que la prueba de diligencia o cuidado incumbe a quien debe emplearlo, es que nuestra corte suprema de justicia ha establecido entre otras sentencias 1688 de 2019, sentencia 19447 de 2017, que el deber de información recae en las afp que tienen el traslado, y que corresponde a las administradoras demostrar con el hecho positivo contrario de que si suministró la información al afiliado al momento del traslado. Teniendo en cuenta lo anterior y lo esbozado y conforme al material probatorio que se ha allegado al proceso, y esto es, pues lo que observamos en el interrogatorio de parte del aquí demandado donde no se observa ningún tipo de confusión o ningún aspecto adverso a su declaraciones frente a la información que pudiera recibir cuando se traslada, incluso cuando se traslada posteriormente a porvenir, dejando claro que cuando se traslada a porvenir ya no podía tomar la opción de retornar al régimen de prima media con prestación definida porque ya en ese entonces conforme a su cedula de ciudadanía, tenía 54 años de edad. Adicional a lo anterior se observa que Colfondos, fondo donde se trasladó el demandante inicialmente, traslado que se cuestiona principalmente, aceptó los hechos de la demanda tendientes a demostrar que no se le informó el valor de la mesada pensional, que no se le dio una información completa sobre el valor de su mesada



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

teniendo en cuenta el valor pensional, que no se le informaban las desventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, que si bien se le indica que se puede pensionar a cualquier edad sin explicarle la afectación, no se le explica la afectación que esto pudiera tener frente a su mesada pensional; en tal sentido, bajo esta argumentación, y conforme a la documental que obra en el expediente, que no es otra que los formularios de afiliación, que está a folio 39, que no está de mas decir que pues si bien es un formulario con forma preimpresa, tampoco la leyenda que se consigna es clara ni es legible, no obstante lo anterior, no hay ningún otro medio probatorio que también pudiera demostrar que en un caso de se pudiera tener un consentimiento informado del aquí demandante al momento de que efectúa ese traslado para el año de 1997. Es de acotar que frente a estos formularios preimpresos la sentencia de 145299 señala que en caso de que se suscriba este formulario o estos formatos preimpresos se tiene un consentimiento pero no un consentimiento informado. Adicional a lo anterior, se tiene que si bien se dan traslados entre los fondos aquí demandados, posteriormente el traslado al Colfondos, no le es menos que estos simples traslados no podían tener la realidad de ratificar o de desconocer ese deber de información que se tiene a cargo, y mas aun cuando no se puede demostrar con los fondos posteriores tampoco se ha indicado concretamente, hablando concretamente de protección, se haya indicado concretamente las condiciones de pasarse de un régimen a otro, los beneficios que le reportaría, las desventajas y pues si bien cuando se informa frente a porvenir por el demandante que allá se le informo unas ciertas características especiales de ese traslado, pues no es menos como se puso de presente por parte de esta, por mas que se le hubiera dado una información aun mas completa y oportuna, ya no sería oportuna esa información porque ya no podría trasladarse o retornar al régimen de prima media con prestación definida. De acotar que existe documental frente a comunicados de prensa que obra en el expediente a folio 164, 165, 228, 258, 259, pues es una información general sobre un traslado de régimen pero para ciertas particularidades sin que se determinen esta información en el momento oportuno, como fue el traslado y que se puede hablar de la situación personal concreta del aquí demandante. Así las cosas, pues también se debe poner de presente que el demandante, que el hecho que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición pues no cambiaría una conclusión diferente o no lo exhortaría el deber que tenía Colfondos al momento de dar la información que como incluso manifiesta y acepta no se le dio en debida forma o en la forma indicada en los preceptos ya señalados y conforme a la jurisprudencia en los términos señalados, una información completa y comprensible, incluso se señala concretamente en el hecho 10 de la demanda que no se le informó sobre las desventajas que podía tener, situación claramente que ha sido definida, establecida por nuestro órgano de cierre, que si bien podría cuestionar si constituye o no precedente judicial, no lo es menos que si no es menos no deja de ser un criterio auxiliar de interpretación de lo que puede valer el juzgador o juzgadores para tomar las decisiones que considere y con apoyo a las mismas. Frente al régimen de transición, pues nos remitiremos a las sentencias sl49964 de 2018, sl1450 de 2019, 1688 de 2019, aclarando que donde



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el legislador no ha diferenciado no es posible tampoco al interprete hacerlo, y el legislador no diferencio que el deber de información que está en el estatuto del consumidor financiero tuviera que darse solamente a las personas que eran beneficiarias del régimen de transición o que tuvieran derechos adquiridos. Así las cosas, y frente al caudal probatorio y los hechos probados en este asunto, pues se tiene que no se le da una información en los términos debidos al aquí demandante y pues no se pudo probar tampoco con el interrogatorio rendido, que alguna situación fuera diferente o desvirtuar esta información y este hecho que no tendría ni siquiera que ser objeto de prueba ya que pues fueron aceptados por las partes, que tenían disposición de ello. Ahora bien, ante este deber o esta falta de información, se torna ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que este acto de traslado no produce efectos, pues ante la violación del deber de información, dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del señor Cesar Augusto Rojas Díaz al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. Como consecuencia se ordenará a porvenir, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada el promotor de la litis para que dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión proceda a efectuar el traslado de los aportes pensionales y cotizaciones con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, contenidos en la cuenta de ahorro individual del aquí demandante a Colpensiones, entidad que deberá proceder a aceptar dicho traslado, su afiliación, sin dilación alguna y actualizar su historia laboral. Igualmente se ordenará a Colfondos y protección para que en el término de un mes trasladen a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de gastos de administración y traslado. Frente a estos gastos de administración debe señalarse y pues no tiene incidencia en nada los allanamientos que han efectuado frente a los hechos y la solicitud de no imposición de costas, toda vez que estos se ven al declararse la ineficacia del traslado, debe tenerse que estos gastos de administración deben estar asumidos por los propios recursos de las afp aquí en este caso porvenir, Colfondos y protección, desde el momento del nacimiento del acto ineficaz ha debido regresar al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto esta situación así se señalara y tal como se ha sostenido en sentencias 1421 de 2019, 1688 de 2019 y 3464 de 2019.

Frente a las excepciones presentadas y concretamente la excepción de prescripción, se debe señalar que esta excepción no estaría llamada a prosperar y ya como lo ha sostenido este despacho en reiterados pronunciamientos apoyándose en la sentencia sl1421 de 2019, con ponencia del doctor Gerardo Botero Zuluaga, y la SL1688 de 2019, donde ha señalado que tratándose de pretensiones declarativas encaminadas a buscar la ineficacia de un traslado no puede ser aplicados los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, pues se trata de un derecho de carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable, imprescriptible y toda su extensión para el transcurso del tiempo. Así las cosas se deberá declarar no probada esta



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

excepción, igualmente no probadas las excepciones de porvenir de prescripción, falta de causal para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, igualmente no probada la de Colpensiones, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicio del consentimiento, buena fe y prescripción y pues como toda vez que no se aceptó el allanamiento frente a las pretensiones pero con las resultas del proceso, se tendrá no probadas las excepciones de Colfondos, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones administrado por Colfondos, la compensación y pago, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado; y no probadas las de protección, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.”

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, así:

COLPENSIONES.

Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación para que sea el tribunal superior sala laboral revoque de manera total el fallo por usted proferido, toda vez que si existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, tenemos como lo ha manifestado el honorable tribunal de Bogotá, que no se debe aplicar este de manera objetiva ya que se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en especial lo atinente a los derechos adquiridos y expectativas legítimas; pues es de anotar que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no teniendo en este caso en concreto una expectativa legítima real sobre el derecho a la pensión. Por otra parte, nos encontramos frente a una prohibición legal de acuerdo a la ley 797 de 2003, y en consonancia con la su 062 de 2010, de igual forma ruego al honorable tribunal se tenga en cuenta la figura de la sostenibilidad financiera consagrada en la sentencia c242 de 2009, en este orden de ideas, ruego se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra. Gracias.

PORVENIR.

En la oportunidad procesal pertinente señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión proferida por este despacho el día de hoy y que en consecuencia el tribunal revoque específicamente la condena en cuanto a la devolución de gastos de administración de mi representada, toda vez que es una medida un poco injusta, teniendo en cuenta que este porcentaje de gastos de administración, componen un amplio capital como lo son la prestación de invalidez y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

sobrevivientes y hoy se encuentran en cabeza de la aseguradora. También por otro lado, la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante también necesita unos movimientos que hacen parte dentro de los gastos de administración, por lo cual es injusto si porvenir ha cumplido con su obligación de administrar correctamente esta cuenta y generarle unos rendimientos como nos comprometimos desde el momento en el que el demandante se traslado con nosotros, pues es una medida injusta teniendo en cuenta que porvenir ha cumplido con su deber. Muchas gracias señoría.

PROTECCIÓN.

Gracias su señoría, estando en la etapa procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación a la decisión emanada de su despacho, solicitándole respetuosamente a los honorables magistrados del tribunal, se permitan revocar las consideraciones y las condenas dejadas o puestas en cabeza de mi representada por parte de la juzgadora de primera instancia, en el entendido que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, exequible, aplicable y vigente y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, en el hipotético caso que se asuma que protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces el traslado de los aportes del demandante con todos los rendimientos generados, pues esos se generaron producto de la gestión y de la buena administración de mi representada, y en ese sentido solo habría lugar a que se trasladara los aportes pero sin los rendimientos generados, pues la única causa de los mismos es la buena gestión de administración de mi representada, y además en caso de que se declare la ineficacia del traslado, como tuvo a consideración la juzgadora de primera instancia, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentran acreditados para el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante. Maxime cuando la discusión que se tiene con relación a este litigio está en cabeza de demostrar o no si la afp Colfondos aquí codemandada cumplió con el deber de información que le asistía para el momento en que el demandante se vinculó a este régimen, siendo protección un tercero de buena fe en el entendido que no fue la entidad originadora de dicho traslado y mas cuando hoy por hoy tampoco mi entidad tiene ningún tipo de vinculo contractual con el demandante, por lo que esta medida impuesta por la juzgadora de primera instancia no es solamente inconstitucional en el entendido que la deducción de este dinero de la cuenta de ahorro individual pues ha sido una disposición legal valida y exequible, que bajo el principio de legalidad mi representada ha estructurado y materializado durante la vigencia de su actividad comercial, sino que a su vez, es exorbitante en el entendido que protección no solamente le generó unas rentabilidades ostensibles al aquí accionante durante su permanencia en mi representada, sino que pues posterior a este hizo todas las gestiones



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

administrativas de cara al traslado de los dineros que se encontraban consignados en la cuenta de ahorro individual con destino a la afp porvenir, entidad que actualmente administra estos aportes; sumado a que durante el desarrollo de este litigio, también procuró por no dilatar sino por facilitar las pretensiones del accionante, en la medida en que si bien no se allanó como lo manifestó la juzgadora de primera instancia en las consideraciones de la sentencia, no hubo un allanamiento por parte de protección, lo que si se tuvo en claro es que Colfondos al allanarse y ser la entidad originadora de dicho traslado, pues protección no se iba a oponer en el entendido en que había ejercido de manera eficaz y legal su actividad comercial durante el tiempo en que el demandante estuvo vinculado con esta entidad y pues ya había adelantado las gestiones administrativas tendientes a efectuar dicho traslado de estos aportes a la afp porvenir, con ocasión a la solicitud de traslado que el mismo accionante también en su momento realizó para el año 2015. Por todas estas consideraciones solicito muy respetuosamente al honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, se absuelva a mi representada de esta condena exorbitante esbozada por la juzgadora de primera instancia en cuanto a la devolución de los gastos de administración. Gracias.

DE LOS RECURSOS

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., señaló:

“Su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: dentro de las consideraciones a tener en cuenta por el fallador de primera instancia se tuvieron en cuenta aspectos jurisprudenciales que ha centrado la sala laboral de la corte suprema de justicia referente a este tema de la nulidad y la ineficacia del traslado, sin embargo, bien es clara la corte también al indicar dentro de un aspecto concreto y por reglas de aplicación de una línea jurisprudencial, que deben ajustarse no solo frente a aspectos jurídicos sino facticos referente a los casos en cuestión, situación pues que claramente es disímil al presente caso referente a que la demandante no presenta ni siquiera una expectativa legítima al momento de realizar el traslado de régimen, contando a penas con 260 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, lo que conlleva claramente a que su decisión de trasladarse era libre y voluntaria y estaba reglamentada por la ley 100 de 1993, y que si bien es claro que no se está evadiendo por mi representada ese deber de información, también es claro que la misma ley 100 indicaba que ninguna administradora de pensiones de ningún régimen podía negarle su vinculación o traslado a ningún afiliado. En ese sentido, se está hablando o se está fallando frente a aspectos que se desconocen porque no hay medios probatorios que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

haya allegado la parte demandante o que menos se puedan deducir o concluir de que mi representada faltó a ese deber de información, simplemente se están adoptando decisiones frente a supuestos de que la demandante tal vez no recibió una información referente a que si nos atenemos a los aspectos probatorios, se realiza un interrogatorio de parte al representante legal donde claramente no sale ninguna confesión y un interrogatorio de parte a la demandante donde si bien el despacho considera que conoce la demandante unas características propias del régimen de ahorro individual, se confunde que al no tener la demandante un conocimiento en el seguro social es mi representada la que está faltando a un deber de información, cuando bien indicó la demandante en su interrogatorio que no recordaba aspectos concretos como si le habían indicado unos requisitos para acceder a determinados beneficios como una pensión anticipada o una pensión superior a la que podría otorgar el seguro social; y frente a tal información, no puede concluirse, como bien lo llevó a hacer el fallador de primera instancia, que mi representada está faltando a este deber de información. Se le da aplicación también a figuras como una inversión de la carga de la prueba, que debe cumplir en su momento las administradoras de pensiones, concretamente el régimen de ahorro individual, pero volvemos al mismo aspecto y es que la jurisprudencia ha centrado frente a situaciones fácticas disímiles a la demandante como que se le aqueja o se le reprocha esto a las administradoras de pensiones porque no se les indicaba a los demandante situaciones especiales en las que se encontraban, no solamente un régimen de transición, sino que tenían incluso ya derechos adquiridos frente a su situación pensional, como lo que podría ser en edad o incluso en semanas y realizaban este traslado de régimen pensional, situación pues que en el caso de la demandante no ocurrió y considera este apoderado pues que no puede dársele aplicación directa a este tipo de figuras jurídicas, también por parte de que mi representada se vea perjudicada de no realizar un descuento en los gastos de administración, pues no solamente se está desconociendo el carácter legal que le suministró o que le otorgó y que declaro exequible la misma corte constitucional a la ley 100 de 1993 de realizar estos descuentos o gastos administrativos a los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, viendo evidentemente los beneficios que le generaba en la cuenta de ahorro individual los rendimientos en este caso, para la demandante. Entonces por un lado se está desconociendo el carácter legal y constitucional, y por otro lado se está llevando a que la demandante obtenga un enriquecimiento sin justa causa porque mientras que no se tiene que hacer un descuento por gastos de administración, si se está haciendo una devolución de unos rendimientos que claramente no obtendría si hubiese continuado en el seguro social, hoy administrado por Colpensiones. Por los anteriores



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

argumentos, solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho, y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias.

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

“Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados que se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta en primera medida, honorables magistrados, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado contaba con tan solo 259 semanas cotizadas al ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, también no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia su 130 del 2013, por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso la AFP PORVENIR. En segunda medida téngase en cuenta, honorables magistrados, que en el presente caso se evidencia que la demandante tenía conocimiento de las condiciones del traslado al RAIS, pues como lo manifestó en su interrogatorio de parte, tenía conocimiento y sabía que la pensión tenía una rentabilidad, es decir, que esos rendimientos ayudaban a tener más dinero acumulado, que se podía pensionar en cualquier tiempo, que en régimen de prima media se podía pensionar solo hasta cuando cumpliera la edad, también tenía conocimiento sobre los beneficiarios, es así que se acredita que la AFP si brindó información a la demandante a la hora del traslado, por lo que se evidencia que no existió un vicio del consentimiento, esto también teniendo en cuenta que para el año del traslado que realiza la actora, es decir, en 1998, los fondos tenían solo la obligación de informar, de brindar información sobre las condiciones a la hora del trasladarse los afiliados, por lo tanto pues no hay lugar a la ineficacia declarada por lo que existe en el presente caso es desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella cotizó al rais de manera libre y voluntaria, por lo tanto solicito honorables magistrados se revoque la sentencia de primera instancia. Gracias”.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora CESAR AUGUSTO ROJAS DÍAZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS S.A. y el posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso.

Igualmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 21 2018 560 01 Dte: CESAR AUGUSTO
ROJAS DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-203-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DIANA CONVERS LOZANO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de octubre de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora DIANA CONVERS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE nula y/o ineficaz la afiliación efectuada por ella al RAIS y promovida por Colfondos S.A., por el incumplimiento de esta al deber de información; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se realice el traslado de sus aportes a Colpensiones, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003, intereses moratorios y costas del proceso. (fl.4)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 23 de octubre de 1959, cotizó al ISS desde febrero de 1988, en octubre de 1995 suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., sin embargo, no se le otorgó ninguna información adicional al formulario de afiliación.

Indica que ya cuenta con los requisitos tanto de edad y semanas para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y aunque ha solicitado el reconocimiento pensional, el mismo ha sido negado. (fl.5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 4 y 17 a 20 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación prescripción y la innominada o genérica. (fl. 40).

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 y 4 y negó los demás. Como excepciones de mérito propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, falta y la innominada o genérica. (fl. 84).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de la demandante el 18 de octubre de 1995. Condenó a Colfondos a trasladar los aportes pensiones, frutos e intereses sin deducción de gastos de administración a Colpensiones en el término de un mes.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Condenó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez a la demandante de bajo los presupuestos del art. 33 de la Ley 100 de 1993 y liquidada según el art. 34 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003. (fl.216)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Que se tenía acreditado que la demandante había pertenecido al RPMPD, que se vinculó el 18 de octubre de 1995 a Colfondos y actualmente se encuentra activa en esa entidad. En el RPM tiene 345.14 semanas y en RAIS 1516 semanas. Indicó que la Corte Suprema de Justicia había señalado que se debía suministrar una información clara y suficiente, como por ejemplo en la sentencia 1688 de 2019, en donde dicha Corporación había señalado que dicha información debía estar precedida de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas, así como los riesgos y consecuencias que conllevaba el traslado.

Sobre la carga de la prueba dijo que la misma se invertía en favor del afiliado y quien debía probar el hecho de suministrar la información era el Fondo Privado, en este caso Colfondos. Que revisadas las pruebas no se cumplía con el deber de información, porque aunque reposaba en el expediente un formulario en donde se firmaba, tal documento no tenía la virtud de probar esa información, que además la Corte ya había expresado, como en sentencia 1452 de 2019, que esos formatos preimpresos no eran suficientes para demostrar la información, porque a lo sumo demostraban un consentimiento pero no informado.

Señaló que por eso debía declararse la ineficacia del traslado y que no podía Colfondos descontar ningún concepto por gastos de administración, agregó que la acción no estaba prescrita pues el proceso era declarativo y estaba en juego un derecho irrenunciable, sentencia 1421 de 2019 y 1668 de 2019.

En relación a la pensión indicó que la actora no era beneficiaria de transición, que los 57 años los había cumplido en 2016, fecha para la cual ya contaba con más de 1300 semanas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Para efectos del disfrute, como no se encuentra acreditada la desafiliación, dijo que el disfrute de la misma sería a partir de ese momento, cuando ocurriera y liquidarse conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

Colfondos

En lo relacionado únicamente a la condena impuesta a Colfondos respecto a la devolución de los gastos de administración. El art. 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de dichas comisiones en razón a que en el RAIS se administran recursos públicos y privados destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse, por lo anterior la defensa no comparte, por cuanto permanecer en el RAIS le ha permitido a la actora tener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado, por lo que en razón al fallo emitido, hubiese sido pertinente que se ordenara la devolución de los rendimientos de los cuales se ha beneficiado la demandante, puesto que de no tener dichas cotizaciones no hubiese sido posible que se beneficiara de tener rendimientos, toda vez que esa no es la funcionalidad del RPM.

Colpensiones

Existe un presente del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Laboral, tenemos como lo ha manifestado el Honorable Tribunal que no se debe aplicar éste de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso y en especial lo atinente a los derechos adquiridos, la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no tenía una expectativa real sobre el derecho a la pensión. Por otra parte, nos encontramos frente a una prohibición legal conforme a La ley 797 de 2003 y en la SU 062 del 2010, de igual forma, ruego al Tribunal se tenga en cuenta lo consagrado en sentencia C-242 de 2009, la cual refiere la reforma a los regímenes pensionales, en particular garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional y de otros potenciales pensionados.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado tanto por el apoderado de Colfondos como de la apoderada de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora DIANA CONVERS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con **Colfondos S.A. el 18 de octubre de 1885**, como se verifica de la copia de formulario de afiliación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

visible a folio 107 del plenario.

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

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

Es así que en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado** por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante, pues aunque hubiere indicado que tenía un conocimiento en matemáticas y una maestría en estadística, no contaba con los conocimiento respecto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Diana Convers se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media **al momento de su traslado, por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A. faltó al deber de información**, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional-artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte: DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJSL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

En cuanto al argumento de Colpensiones según el cual el traslado de régimen que será objeto de confirmación, perjudica **la sostenibilidad del Sistema**, suficiente resulta indicar que se ordenó igualmente trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la accionante a órdenes de Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 De: DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Respecto de los **gastos de administración**, cuestión que es objeto de reproche por parte de Colfondos S.A., los mismos al haber sido descontados de la cuenta individual de la demandante, deben ser objeto de traslado hacia Colpensiones como consecuencia de la ineficacia del traslado que será objeto de confirmación en esta oportunidad; así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019). (negrilla fuera del texto original)

Es así como la administradora del RAIS demandada, debe efectuar el traslado de lo descontado por gastos de administración a órdenes de Colpensiones como se determinara en primera instancia y por lo mismo, no es posible descontarle a la actora ninguna suma por concepto de rendimientos.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues COLFONDOS S.A. no demostró, como le correspondía, que indicó a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

accionante las desventajas como consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a la actora de manera completa toda la información al respecto.

Ahora bien, realizado un nuevo estudio del presente tema, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

Pensión de vejez

Sobre este punto, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso la Magistrada sustanciadora, para confirmar en grado jurisdiccional de consulta la condena por este concepto, por ende se **revocará** el numeral 4 de la sentencia recurrida, para en su lugar absolver a Colpensiones de dicha pretensión.

Consideran las restantes Magistradas quienes conforman esta Sala, que COLPENSIONES tiene a cargo la obligación pensional de la demandante DESDE el momento en que se haga efectiva la anulación o devolución de los aportes que la financiarán, pues no se le puede endilgar responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones, momento en el cual deberá la entidad definir si la demandante tiene derecho al reconocimiento to pensional conforme la actualización y consolidación de su historial de cotizaciones, aspecto sobre el cual, la Ponente **la Ponente salva voto por las siguientes razones:**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte: DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En mi criterio el demandante sí tiene derecho a la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, por cuanto **el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003** dispone que “el afiliado deberá reunir 60 años si es hombre, a partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará en 62 años para el hombre y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

En este caso la actora nació el 23 de octubre de 1959 (fl.25), **cumpliendo entonces los 57 años el mismo día y mes del año 2016** y en cuanto a las 1300 semanas requeridas en la actualidad, conforme a las documentales de folios 61 a 62 y 119 a 159, se tiene que la accionante **tiene más de 1300 semanas cotizadas**, cumpliendo así con los requisitos exigidos por la norma señalada para pensionarse por vejez.

Valga aclarar que **la demandante cuenta con 1377.86 semanas a junio de 2019** conforme lo señaló la juez a quo, asistiéndole así el derecho a que le sea reconocida la prestación pensional que solicita, en los términos señalados por el Juzgado de instancia, esto es, a partir de la fecha en que acredite su retiro del sistema pensional, pues debido a que continúa afiliada, esta circunstancia impide cuantificar el valor de la mesada pensional y por ende la fecha de disfrute de la misma, debiéndose liquidar conforme se señaló en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 Dte. DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones de la pretensión de reconocimiento pensional.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

(salvamento de voto parcial ya expresado en esta providencia)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21-2018-203-01 De: DIANA CONVERS LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

PROCESO ORDINARIO No. 23 2019 219 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIA DELPILAR TORO CASTEÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 11 de noviembre de 2019, por la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora se declare la nulidad el traslado efectuado por el actor en el mes de abril de 1998, con la AFP PORVENIR S.A. por existir engaño y asalto en su buena fe induciéndole a error y viciando su consentimiento, para que se trasladara de fondo, que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. a entregar o restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora y que COLPENSIONES reciba los dineros que le serán entregados y que se condenen a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 5 de abril de 1963.
- Que desde el 10 de marzo de 1993, estuvo afiliada al ISS.
- Que desde el mes de abril de 1998, recibió acoso sistemático por parte de los asesores de Porvenir S.A. en los que le ofrecían beneficios superiores a los que podría obtener con el régimen de prima media con prestación definida.
- Que pese a la decisión de querer pertenecer en el régimen de prima media, el asesor de la AFP PORVENIR S.A. lo indujo en engaño y al error viciando su consentimiento.
- Que el asesor le indicó que el ISS se iba a acabar en los próximos años y que no se iba a pensionar.
- Que el asesor le aseguró que iba a recibir una pensión superior a la que le podría otorgar el ISS.
- Que presentó derecho de petición para retornar al régimen de prima media con prestación definida, petición que fue despachada de manera desfavorable. (fl.- 6 - 7)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Al contestar la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 11, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de prescripción de la acción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (fl. 87 - 98).

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 13 y 14, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación. (fl. 121 - 129).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera el demandante a PORVENIR S.A. y la condenó a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido y declaró para efectos pensionales, se encuentra afiliada a COLPENSIONES, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y condenó en costas a POVENIR S.A.. (fl. 154 - 155).

Fundamentó su decisión señalando que:

“Escuchados los apoderados de las partes, procedemos a cerrar la etapa de alegatos. Como última etapa vamos a proferir la sentencia que pone fin a la presente instancia, se procede en los siguientes términos: María del Pilar Toro Castaño mediante apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir y la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para que previo los trámites que le son propios a esta clase de procesos se declare la nulidad o ineficacia a la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual en abril de 1998 hacia la afp porvenir, se ordene a porvenir retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de aseguradora con todos los frutos e intereses causados y entregarlos a Colpensiones. Se ordene a Colpensiones recibirla y mantenerla como afiliada desde el 10 de marzo de 1993, sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho y lo que resulte extra y ultra petita. Las anteriores pretensiones se fundamentan en que nació el 5 de abril de 1963,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que desde el 10 de marzo de 1993 al 30 de abril de 1998 estuvo afiliada a Colpensiones acumulando 259 semanas cotizadas en el régimen de prima media. Agrega que el asesor de porvenir le indico que el is se iba a terminar y que lo mas seguro era que no se podía pensionar, que en porvenir tendría una pensión superior y podría retirarse en cualquier momento. Que cuenta con 1188 semanas cotizadas al mes de agosto de 2018 al sistema general de pensiones, señala que en octubre de 2018 radicó derecho de petición ante porvenir solicitando el retorno del régimen individual al de prima media con prestación definida. Que el 9 de octubre de 2018 mediante radicado 2018-12757764 presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando igualmente el traslado de régimen, siendo o existiendo respuestas negativas en ese sentido. Por último, señala que la afp porvenir le realizó simulación pensional para cuando cumpliera 57 años de edad, arrojando una mesada pensional de \$782.242, y en Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$2.830.371. Como trámite procesal, admitida la demanda le fue notificada a las demandadas en debida forma, quienes dieron contestación. Colpensiones se opuso a la mayoría de las pretensiones, manifestando que el actor no tiene derecho a la nulidad solicitada, pues la afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho fondo de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte en el expediente que demuestre lo contrario, en su defensa formuló excepciones de fondo, 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, indexación, compensación y nominada genérica. Igualmente la demandada porvenir se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que el traslado efectuado por la demandante al rais es perfectamente válida y legal y por consiguiente no hay lugar a traslado de aporte alguno, porque nació y subsisten todos sus efectos del negocio jurídico celebrado con la demandante; formuló excepciones de fondo, prescripción de la acción que pretende declarar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y nominado genérica. Tramitado el proceso en legal forma y surtido el debate probatorio sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el juzgado a resolver el problema jurídico planteado previas las siguientes consideraciones:

Respecto a la ineficacia o nulidad de traslado de régimen pensional, en el presente proceso se controvierte por las partes la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, pues mientras las demandadas aducen que la misma es válida, la parte demandante asegura que es ineficaz o nula y solicita así se declare, dado que no se le suministró la información necesaria sobre las reales consecuencias del traslado de régimen pensional; es claro conforme a lo manifestado por las partes y lo discutido en el presente juicio que el litigio o controversia en el presente asunto, tal y como se determinó en el momento de la fijación del mismo, radica principalmente en establecer si se puede declarar la ineficacia o nulidad en la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la afp porvenir s.a., ante la falta de información necesaria sobre el cambio de régimen pensional. En tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilia, tal como lo indica el literal E artículo 13 ley 100 de 1993, pero esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social, y en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio de su producción o por la indebida información o su ausencia, será susceptible de declarar la ineficacia de tal escogencia. A su vez el artículo 1604 código



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de los contratos incumbe a quien ha debido emplearlo, por tanto para el despacho el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional. Al analizarse las pruebas allegadas al proceso de conformidad con los artículos 60 y 61 del cpt ss, encontramos documentos que informan del traslado de la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, en efecto, se advierten como pruebas documentales referentes a la afiliación de la parte demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones el expediente administrativo visto a folio 139; en cuanto a la afiliación al fondo de pensiones porvenir se aportó copia del formulario de solicitud de vinculación de fecha 7 de abril de 1998, folio 99 y relación de aportes, folio 104 a 116. De estas pruebas puede establecerse que la parte demandante se afilió al entonces instituto de seguro social, estuvo afiliada hasta el 31 de mayo de 1998, cuando decide trasladarse a la afp porvenir, 7 de abril de 1998, en este fondo efectuó cotizaciones a partir del 1 de junio de 1998 a la fecha. De esta forma, la parte actora permanece en el régimen de ahorro individual con solidaridad el cual pretende retornar al de prima media con prestación definida aduciendo que no se le brindó información necesaria sobre las implicaciones que tendría ese cambio de régimen, es especial las consecuencias jurídicas de cambio de régimen pensional. En relación con este asunto y la necesidad de que se brinde información suficiente y completa al afiliado que pretende trasladarse de régimen, la honorable Corte suprema de justicia sala de casación laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos, donde ha concluido este alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria que es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras. Uno de los primeros pronunciamientos de esta honorable corte es la sentencia con radicación 319892008 magistrado ponente Eduardo López Villegas, es relevante en el presente asunto y se trae a colación, pues luego de analizar las responsabilidades especiales de las administradoras de fondos de pensiones concluye con la necesidad de información a la que hemos venido haciendo referencia, criterio que se ha venido reiterando y ampliando por esta honorable corte a lo largo del tiempo, sentencias como la sl121362014, sl194472017, sl49642018, sl49892018, sl14522019, entre otras, donde la regla jurisprudencial identificable de todas estas sentencias es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de cambio de régimen pensional, además en estos procesos se establece que opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado. De la lectura de estas mismas sentencias también extraemos que esta ineficacia es procedente sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no frente a un beneficio de la transición, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado. Así las cosas, en gracia de discusión aunque en este caso no estamos frente a la pérdida del régimen de transición, lo cierto del caso es que si se está discutiendo la validez del traslado con ocasión a la falta de información que debió recibir la afiliada al momento de suscribir el documento de afiliación, donde efectivamente se concluye que se debió brindar una información clara y suficiente respecto de las implicaciones de este cambio de régimen pensional, sus características, sus diferencias; si bien es cierto, de esta misma esta misma línea jurisprudencial no podemos extraer que para esa fecha sea obligatorio exigir una proyección pensional, eso solamente es



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

obligatorio a partir del año 2015, tampoco podemos hablar de una doble asesoría o el deber del buen consejo porque esas son situaciones que se dieron con posterioridad a ese año de 1998 en que se dio el traslado, pero para esa época desde el año 1993, si existía la obligación de estas afps de brindar la información completa y debida sobre las condiciones, beneficios, diferencias de cada uno de estos regímenes pensionales para que la persona pudiese tomar la decisión de manera con un consentimiento claro e informado.

Así pues con la claridad que dan los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, atendiendo a que en el presente asunto se solicita se declare que existió información errónea e incompleta que afectó al afiliado para la toma de su decisión, es por lo que debe de precisarse que ese error en que eventualmente incurren tales administradoras de pensiones al no suministrar la información adecuada y precisa al afiliado, recae sobre una ineficacia, no nulidad, no podemos hablar de nulidad sino de ineficacia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 171 de la misma norma. En pos de lo anterior, la administradora de fondos de pensiones demandadas para efectos de suscitar el traslado inicial del isa al régimen de ahorro individual de la demandante, ningún elemento probatorio allegó con propósito de acreditar que en este caso en particular si se le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que llevó consigo la migración de régimen pensional. Frente a la forma como se dio la vinculación de la parte actora al rais en virtud de la inversión de la carga de la prueba de conformidad con la línea jurisprudencial señalada, como la sentencia sl14522019, le correspondía a la afp demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen, para el despacho ello no se cumplió, pues no se puede establecer que para el año 1998 en que la parte actora se traslada al rais a través de afp porvenir haya existido una información completa, veraz, suficiente y necesaria de estos regímenes pensionales para haber adoptado la decisión de traslado, tal y como exigen los precedentes señalados para el despacho, reiteramos, ello no se cumplió, pues los únicos elementos de juicio que allegó la demandada porvenir fueron documentales que dan cuenta de la afiliación al rais como es el formulario de solicitud de vinculación de fecha 7 de abril de 1998, folio 99, lo cual para el despacho no resulta suficiente para cumplir con la carga probatoria, ya que la forma preimpresa de un formulario de traslado de régimen diligenciado ante esa afp en 1998, donde se hace referencia a que la actora de manera libre, voluntaria y sin presiones seleccionó esa afp para el despacho no es suficiente, pues dirigiéndonos al decreto 663 de 1993, estatuto orgánico financiero, en su precepto 98 indica que entidades que desarrollan actividades de interés público como son estas afp, en este caso porvenir, debe emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios y en la celebración de sus operaciones propias de su objeto, dichas instituciones deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato, dar lugar al abuso de la posición dominante y en ese sentido es que considera el despacho que no se trataba únicamente de completar un formato, ni suscribirlo, ni adherirse a una cláusula genérica, sino haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada. El día de hoy, recepcionamos los interrogatorios de parte de las partes. Analizando el interrogatorio de parte de la demandante, el despacho considera que este interrogatorio no podemos extraer una confesión de tal magnitud para considerar que existió una indebida información al momento de la afiliación, si bien es cierto de manera somera, la parte demandante manifiesta algunas características del funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, como que se podría pensionar con anterioridad, como que eventualmente podría retirar algún dinero al finalizar su etapa laboral, hay



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

algunas características que efectivamente manifiesta y que si corresponden al régimen de ahorro individual con solidaridad pero respecto del régimen de prima media con prestación definida no logra el despacho observar ningún conocimiento respecto de este régimen y de acuerdo a la línea jurisprudencial la información debe ser completa y precisa respecto de los dos regímenes pensionales, y en ese sentido es que considera el despacho que no puede extraer una confesión a tal punto para establecer que hubo una información debida al momento de la afiliación. En ese sentido, el fondo de pensiones privado, no se ocupó de brindarle información necesaria, directa, de manera idónea, en lo que atinente que para ella traería como consecuencia el traslado de régimen solidario de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, cuando ha debido hacerlo, empleando para ello, todos los recursos técnicos y administrativos con que disponía, con el objeto que este pudiese disfrutar que da el derecho a la seguridad social, pero de manera adecuada, oportuna y suficiente, lo que significa para el despacho que esta entidad no obró en consonancia con el principio de eficiencia, conforme al sistema de la seguridad social al tenor del literal A artículo 2 de la ley 100 de 1993. Como consecuencia jurídica, el despacho accederá a las pretensiones de la demanda y por tanto declarará la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del régimen de prima media con prestación definida hacia la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción de que nunca se efectuó ese traslado al rais, o mas bien que siempre estuvo afiliada el régimen de prima media con prestación definida, y en ese sentido, o como consecuencia de la ineficacia, se ordenará a esta afp a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, sin descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que implica privar de todo efecto práctico el traslado. En ese sentido, se ordenará, reiteramos, la devolución de todos los dineros sin descuento alguno. Lo anterior también siguiendo línea jurisprudencial de la honorable corte suprema de justicia sentencia sl49892018, sl14212019, donde ha establecido esta honorable corte que estos dineros deben devolverse así sea con recursos propios de estas afp, deberán devolver de manera íntegra todos lo recibido, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 y 102 de la ley 100 de 1993 y artículo 16 del decreto 692 de 1994, dineros correspondientes, reiteramos, cotizaciones, saldos de cuenta individual, frutos, intereses, rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia declarada, pues alguna consecuencia jurídica debe conllevar a este fondo no haber brindado la información en su debido momento que llevó a la ineficacia que estamos declarando en este momento, en ese sentido, fulminaremos la condena.

Excepciones: la excepción de prescripción se propone, el despacho maneja la tesis que pretensiones como la que está en discusión, en la cual se solicita se reconozca un estado jurídico, mas no derechos de crédito y obligaciones derivados de este estado jurídico, son imprescriptibles. En este caso, estamos frente a la pretensión de ineficacia de un acto jurídico, y en ese sentido, considera el despacho que es imprescriptible, tesis que viene sostenida igualmente por la honorable corte suprema de justicia, sentencia sl16882019, establece o sostiene esta misma tesis. En ese sentido, se declarará no probada esta excepción y las demás excepciones igualmente se declararán no probadas, dadas las resultas del proceso. Costas a cargo de la afp porvenir.”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO****DE LOS RECURSOS**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., señaló:

“Su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: dentro de las consideraciones a tener en cuenta por el fallador de primera instancia se tuvieron en cuenta aspectos jurisprudenciales que ha centrado la sala laboral de la corte suprema de justicia referente a este tema de la nulidad y la ineficacia del traslado, sin embargo, bien es clara la corte también al indicar dentro de un aspecto concreto y por reglas de aplicación de una línea jurisprudencial, que deben ajustarse no solo frente a aspectos jurídicos sino facticos referente a los casos en cuestión, situación pues que claramente es disímil al presente caso referente a que la demandante no presenta ni siquiera una expectativa legítima al momento de realizar el traslado de régimen, contando a penas con 260 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, lo que conlleva claramente a que su decisión de trasladarse era libre y voluntaria y estaba reglamentada por la ley 100 de 1993, y que si bien es claro que no se está evadiendo por mi representada ese deber de información, también es claro que la misma ley 100 indicaba que ninguna administradora de pensiones de ningún régimen podía negarle su vinculación o traslado a ningún afiliado. En ese sentido, se está hablando o se está fallando frente a aspectos que se desconocen porque no hay medios probatorios que haya allegado la parte demandante o que menos se puedan deducir o concluir de que mi representada faltó a ese deber de información, simplemente se están adoptando decisiones frente a supuestos de que la demandante tal vez no recibió una información referente a que si nos atenemos a los aspectos probatorios, se realiza un interrogatorio de parte al representante legal donde claramente no sale ninguna confesión y un interrogatorio de parte a la demandante donde si bien el despacho considera que conoce la demandante unas características propias del régimen de ahorro individual, se confunde que al no tener la demandante un conocimiento en el seguro social es mi representada la que está faltando a un deber de información, cuando bien indicó la demandante en su interrogatorio que no recordaba aspectos concretos como si le habían indicado unos requisitos para acceder a determinados beneficios como una pensión anticipada o una pensión superior a la que podría otorgar el seguro social; y frente a tal información, no puede concluirse, como bien lo llevó a hacer el fallador de primera instancia, que mi representada está faltando a este deber de información. Se le da aplicación también a figuras como una inversión de la carga de la prueba, que debe cumplir en su momento las administradoras de pensiones, concretamente el régimen de ahorro individual, pero volvemos al mismo aspecto y es que la jurisprudencia ha centrado frente a situaciones fácticas disímiles a la demandante como que se le aqueja o se le reprocha esto a las administradoras de pensiones porque no se les indicaba a los demandante situaciones especiales en las que se encontraban, no solamente un régimen de transición,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

sino que tenían incluso ya derechos adquiridos frente a su situación pensional, como lo que podría ser en edad o incluso en semanas y realizaban este traslado de régimen pensional, situación pues que en el caso de la demandante no ocurrió y considera este apoderado pues que no puede dársele aplicación directa a este tipo de figuras jurídicas, también por parte de que mi representada se vea perjudicada de no realizar un descuento en los gastos de administración, pues no solamente se está desconociendo el carácter legal que le suministró o que le otorgó y que declaro exequible la misma corte constitucional a la ley 100 de 1993 de realizar estos descuentos o gastos administrativos a los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, viendo evidentemente los beneficios que le generaba en la cuenta de ahorro individual los rendimientos en este caso, para la demandante. Entonces por un lado se está desconociendo el carácter legal y constitucional, y por otro lado se está llevando a que la demandante obtenga un enriquecimiento sin justa causa porque mientras que no se tiene que hacer un descuento por gastos de administración, si se está haciendo una devolución de unos rendimientos que claramente no obtendría si hubiese continuado en el seguro social, hoy administrado por Colpensiones. Por los anteriores argumentos, solicito a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho, y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias.

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

“Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados que se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta en primera medida, honorables magistrados, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado contaba con tan solo 259 semanas cotizadas al ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, también no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia su 130 del 2013, por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso la AFP PORVENIR. En segunda medida téngase en cuenta, honorables magistrados, que en el presente caso se evidencia que la demandante tenía conocimiento de las condiciones del traslado al RAIS, pues como lo manifestó en su interrogatorio de parte, tenía conocimiento y sabía que la pensión tenía una rentabilidad, es decir, que esos rendimientos ayudaban a tener más dinero acumulado, que se podía pensionar en cualquier tiempo, que en régimen de prima media se podía pensionar solo hasta cuando cumpliera la edad, también tenía conocimiento sobre los beneficiarios, es así



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que se acredita que la AFP si brindó información a la demandante a la hora del traslado, por lo que se evidencia que no existió un vicio del consentimiento, esto también teniendo en cuenta que para el año del traslado que realiza la actora, es decir, en 1998, los fondos tenían solo la obligación de informar, de brindar información sobre las condiciones a la hora del trasladarse los afiliados, por lo tanto pues no hay lugar a la ineficacia declarada por lo que existe en el presente caso es desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella cotizó al rais de manera libre y voluntaria, por lo tanto solicito honorables magistrados se revoque la sentencia de primera instancia. Gracias”.

CONSIDERACIONES

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

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MARIA DEL PILAR TORO CASTAÑO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso.

Igualmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 219 01 Dte: MARIA DEL PILAR TOTO
CASTAÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2018-236-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALIX MARLEN CASTILLO NOVA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO C.C. No. 1.020.786.735 de Bogotá T.P. No. 300.432 del C.S. de la J., en calidad de apoderada de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por los apoderados de Porvenir, Protección y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de noviembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las partes.

ANTECEDENTES



La señora ALIX MARLEN CASTILLO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE nula la afiliación efectuada por ella al RAIS y promovida por Horizonte por el incumplimiento de esta al deber de información; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se realice el traslado de sus aportes a Colpensiones y costas del proceso. (fl.4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de junio de 1970, estuvo afiliada al ISS desde el 22 de abril de 1992, el 1 de diciembre de 1997 se trasladó a Porvenir S.A., sin embargo, dicho Fondo no le informó los requisitos para pensionarse en el Régimen de Prima Media, tampoco las ventajas y desventajas de trasladarse, ni tampoco, cómo se calcularía el monto de la pensión en uno y otro régimen. (fl.5 Y 42)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 9.1 y 10 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (fl.58)

Por su parte, **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle los mismos y negó algunos. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fl.87)

PROTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el relacionado en el numeral 1 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica. (fl.210)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23-2018-236-01 Dte: ALIX MARLEN CASTILLO NOVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por la demandante a Porvenir y a Protección. Ordenó a Porvenir y a Protección devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir. (fl.262)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando en síntesis:

Indicó que la escogencia de régimen pensional debía regirse por los parámetros del art. 13 ley 100 de 1993. Al analizarse las pruebas allegadas encontramos documentos que informan del traslado de RPM al RAIS. Mencionó sentencias emanadas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo las de radicados SL33083 de 2011, SL19447 de 2017 y SL1452 de 2019, entre otras, todas en donde se indicaba que los Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado una información clara, cierta y oportuna. Opera la inversión de la carga de la prueba sin importar si está la persona inmersa en el régimen de transición.

Ningún elemento probatorio allegó el Fondo Privado para acreditar que en este asunto le brindó información a la demandante. Ello no se cumplió, los únicos elementos fueron documentales de afiliación y no era solo firmar un formato ni adherirse a cláusulas genéricas. No recibió información de ambos regímenes pensionales la demandante.

Ordenó el pago de gastos de administración Rendimientos gastos de administración tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL4989 de 2018

Declaró no probada la excepción de prescripción e indicó que sobre este tema ya también la Corte Suprema se había pronunciado.

APELACION

PROTECCION

Frente a la devolución de comisiones de administración, toda vez que ello se realizó por disposición legal y se trata de comisiones ya causadas y pagadas; en el hipotético caso que se asuma que Protección no realizó su gestión de administración y ese ordene la devolución de estos dineros a Colpensiones no procede ese traslado de los aportes de la demandante con todos los rendimientos generados, pues fueron producto de la gestión y la buena administración de mi representada y en ese lugar deben trasladarse los aportes pero sin los rendimientos generados. La consecuencia es que vuelva al estado anterior, por lo que solo deberán trasladarse los aportes.



COLPENSIONES

Interpongo recurso de apelación, la demandante firmó el formulario de manera libre y voluntaria, inicia este proceso en razón a hechos de terceros, no hay algún tipo de vicio que hubiere afectado su decisión de traslado y por eso se encuentra válidamente afiliada a RAIS. En el interrogatorio absuelto por la demandante se observa la negligencia de ella para consultar sobre su situación pensional, solo hasta 2017 se empezó a interesar de su situación pensional. No debería permitírsele retornar por la falta de intereses para obtener su pensión. Los afiliados son consumidores financieros y por tanto ostentan obligaciones durante la afiliación, la demandante nunca se acercó para consultar su situación pensional. Finalmente, Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión de la demandante y por tanto no debería verse afectada.

PORVENIR

Sí hubo prueba mediante confesión, teniendo en cuenta que en el interrogatorio la demandante confesó tener conocimiento pleno de las características propias de los dos regímenes pensionales y las condiciones con las que se iba a pensionar al momento del traslado, máxime cuando ella realizó traslados horizontales en búsqueda de incrementar sus rendimientos financieros, para incrementar los aportes dentro de la cuenta de ahorro individual. La información brindada está de acuerdo a la ley 100 de 1993 art. 13, rendimientos que no hubiese obtenido estando en el RPMPD. Declarar la devolución de aportes y gastos empobrecería el patrimonio de mi representada y debe ser Protección quien haga esa devolución.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir, Protección y Colpensiones, encuentra la Sala que lo pretendido por la señora ALIX MARLEN CASTILLO se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con **Porvenir S.A. el 27 de noviembre de 1997**, como se verifica de la documental visible a folio 128 del plenario.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la



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

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

Es así que en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado** por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante, pues aunque hubiere indicado que tenía un conocimiento en matemáticas y una maestría en estadística, no contaba con los conocimientos respecto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala el Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Castillo Nova se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media **al momento de su traslado, por lo**



que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A. faltó al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

No coincide la Sala con lo expuesto en la apelación en relación a que la demandante confesó que en el momento de traslado de régimen se le otorgó la información debida, pues como lo indica la accionante, lo único que se le manifestó en el año de 1997 era que podía pensionarse antes y que ella misma era la que iba a determinar el monto con el cual se pensionaba; agregó la demandante que el asesor de Horizonte, en ese entonces, le dijo que a las personas jóvenes, como ella, les convenía pasarse al Fondo Privado, que el otro era un Fondo común, que era del Estado y que iba a desaparecer.

Como se observa entonces, ninguna información veraz y oportuna se le otorgó a la actora.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y



autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Es decir, desde el mismo inicio de la Ley 100 de 1993, los Fondos Administradores de Pensiones, tenía el deber de brindar la información debida a la demandante.

No es posible atender el argumento de la apelante Porvenir en cuanto a que con la firma del formulario y con el mismo formulario se acredita la debida información y que fue voluntad de la demandante trasladarse, pues es que como lo ha dicho insistentemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los formularios de afiliación son formatos pre impresos que no contienen mayor información frente a todos los aspectos relevantes que debe saber el afiliado para que, conscientemente, tome la decisión de trasladarse.



Así lo consideró dicha Corporación como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 en donde expresó:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].**”*

Ahora, contrario a lo indicado por las apelantes, no debe olvidarse que **la afiliación al RAIS de la demandante no se ratifica por el hecho de que haya permanecido efectuando aportes en dicho régimen**, pues desde la fecha de su afiliación, tal traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no



se le dio la información relevante al respecto, sin que se haya probado tampoco que durante su permanencia en ese régimen, se supliera el deber de información para tener por ratificada su afiliación, pudiendo impetrar la acción a efectos de lograr la declaratoria de ineficacia de su traslado en cualquier tiempo, pues esta posibilidad, no se extingue por el paso del tiempo como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL4559 del 23 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

El traslado entre Fondos Privados, como ocurrió en este asunto en donde de la documental de folio 122 se puede observar que la señora Alix estuvo en Porvenir y en Protección, tal acto no tiene la virtud de subsanar la falta de información inicial y oportuna, pues era en el año de 1997 cuando debió otorgársele la información con las características tantas veces citada por la Corte Suprema de Justicia, al efecto se puede observar la misma sentencia SL1688 de 2019 ya citada en donde se dijo: *“En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.”*

Ahora, en relación con el argumento de Porvenir y Protección en cuanto a que no debe descontarse lo correspondientes por **gastos de administración**, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), sí resulta procedente que el Fondo Privado no efectúe descuento alguno por este concepto.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:



Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019). (negrilla fuera del texto original)

Es así como la administradora del RAIS demandada, debe efectuar el traslado de lo descontado por gastos de administración a órdenes de Colpensiones.

Y no es sólo Protección quien debe efectuar el pago de dichos gastos como lo aduce la apelante de Porvenir, **pues debido a que la actora permaneció determinado periodo en cada uno de los Fondos Privados demandados, es en proporción a ese tiempo de permanencia que tanto Porvenir como Protección, deben responder por tal concepto** y es por ello que acertó el juez de primera instancia al efectuar condena en contra de los dos ya citados.

Por todo lo anterior, encuentra la Sala ajustada la decisión apelada, pues Porvenir S.A. no demostró, como le correspondía, que indicó a la accionante las desventajas como consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a la actora de manera completa toda la información al respecto.



Ahora bien, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Finalmente, en este asunto no operó el fenómeno de la **prescripción** pues tal aspecto ya ha sido definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien señaló que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23-2018-236-01 Dte: ALIX MARLEN CASTILLO NOVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los Fondos de Pensiones demandados.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 24 2018 381 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

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

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Veinticuatro laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de COLPENSIONES, aunado al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta misma.

ANTECEDENTES

La señora ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada a la AFP PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior se DECLARE la nulidad del traslado realizado por la demandante al Régimen de ahorro individual al Régimen de Ahorro



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

individual con solidaridad. Que se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. Así mismo solicita se ordene a la demandada COLPENSIONES a que acepte los dineros que le serán entregados y a activar la afiliación de la actora; finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 2)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 21 de abril de 1970.
- Que se afilió al Instituto de seguros Sociales el 25 de abril de 1989.
- Que se trasladó en el mes de diciembre de 1994, a la AFP PROTECCIÓN.
- Que en la reunión realizada por los asesores de la AFP demandada le informaron que el ISS estaba en quiebra y su liquidación era inminente, que corría el riesgo de quedarse sin pensión, que el fondo privado daba mayores rendimientos, por lo que su pensión sería superior y que podría pensionarse de forma anticipada.
- Que en ningún momento se les indicaron las desventajas del régimen privado.
- Que no le informó sobre la incidencia de su grupo familiar, en la determinación del monto de su pensión.
- Que no le indicaron el monto que debía reunir para efectos de lograr el reconocimiento pensional. (fl.-

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 2, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción. (fl. 58 - 73).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 16, 19, 20, 22 y 23, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa buena fe y compensación. (fl. 97 - 117).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 02 de diciembre de 2019, resolvió:

1. Declarar la ineficacia de la afiliación que hizo la señora Rosa Amparo Camargo Redondo identificada con la cédula 51.978.855, a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección, suscrita el 1 de diciembre de 1994, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.
2. Declarar que, para todos los efectos legales, la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, identificada con la cédula 51.978.855, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por consiguiente, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
3. Ordenar a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección s.a., trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, identificada con la cédula 51.978.855, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, o al momento en que se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

realice el traslado sin realizar deducción alguna, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

4. Ordenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a reactivar la afiliación de la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, identificada con la cédula 51.978.855, actualizar y corregir la historia laboral, una vez reciba esos dineros de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección.
5. Declarar no probada la excepción de prescripción.
6. Absolver a Colfondos de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Rosa Amparo Camargo Redondo.
7. Sin condena en costas en esta instancia.
8. En caso de que no se presente recurso de apelación en contra de la presente sentencia por parte de Colpensiones, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

“Escuchadas las alegaciones, corresponde emitir la sentencia, lo que el juzgado sigue en los siguientes términos: la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, demandó a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección y a Colpensiones, para que se declare la nulidad de la afiliación realizada en el año 1994 a protección, en consecuencia se ordene a ese fondo a trasladar a Colpensiones los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual con solidaridad junto con los rendimientos e intereses que se hayan causado, a Colpensiones a recibirlos incluir en su historia laboral las semanas que corresponden a los periodos que fueron cotizados en el régimen de ahorro individual. Lo que resulte probado bajo las facultades ultra y extra petita. Como fundamentos de sus pretensiones señala 28 hechos que se pueden leer del folio 2 al 5 del expediente, los cuales el despacho se abstiene de referirlos nuevamente por ser conocidos por las partes. Al dar respuesta a la demanda, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que frente al negocio jurídico celebrado entre las partes la suscripción del formulario de afiliación se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales estaba en cabeza de la demandante la de informarse frente a las consecuencias que generaban su traslado a un fondo privado, en tanto que los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza de la demandante para informarse de las condiciones del traslado, por lo que no existen vicios en el consentimiento que fundamenten la declaratoria de una nulidad del traslado. Propuso como excepciones su buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades de la demandante para conocer las consecuencias del traslado, la prescripción y la innominada en las alegaciones señaló que es una entidad pública sujeta a



Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la ley, no se cumplen los requisitos para que la demandante fuera beneficiaria del régimen de transición, no existen vicios en el consentimiento y los testimonios rendidos por la señora Luz Marina no se pueden tener en cuenta porque no estuvo presente al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, estos entre otros aspectos señalados en las alegaciones. La sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías protección, al dar respuesta a la demanda igualmente se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con el sustento de que esa entidad cumplió con la obligación de informar a la demandante las condiciones de causación de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual así como las desventajas y ventajas del régimen que administra protección, razón por la que de manera consciente, libre y sin ningún tipo de presiones, la actora optó por trasladarse. Además que no se puede pasar por alto que la estructura de condiciones del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, se encuentran estipulados en la ley 100 de 1993, y demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que la actora alegue que la razón de traslado de régimen pensional fue el supuesto engaño o falta de información que le atribuye erradamente a esa afp, mas aun si se tiene en cuenta que en el formulario se evidencia que la accionante efectuó la afiliación al régimen de forma libre, espontanea y sin presiones. Propuso la excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, su buena fe y la compensación. Al dar respuesta a la demanda, Colfondos rechazó las peticiones argumentando que la afiliación efectuada por la demandante entre fondos de pensiones se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger la entidad pensional, esa entidad no conoce los motivos que llevaron a la demandante a afiliarse a protección y la información que le brindó en el momento de su vinculación los asesores comerciales de Colfondos si le brindaron a la actora una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen en la que se le informo acerca de las características de ese régimen pensional, su funcionamiento, las ventajas, el derecho a la rentabilidad que producen los aportes, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno y otro régimen pensional. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, su buena fe, la innominada ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorios administrado por Colfondos, prescripción de la acción de nulidad, compensación y pago. Al no encontrarse causal de nulidad que afecte invalido lo actuado y al haber cumplido la demandante con la reclamación administrativa establecida en el artículo 6 del Código procesal de trabajo y la seguridad social, frente a Colpensiones como se evidencia a folio 26 a 28, donde la actora mediante radicado 2017_10333734, el 29 de septiembre de 2017 solicitó la nulidad y que se aceptara su traslado, el despacho puede decidir de fondo el presente asunto y como se indicó en precedencia el problema jurídico a decir corresponde en determinar si la demandante Rosa Amparo Camargo Redondo, tiene derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy en día por Colpensiones, dada la nulidad o ineficacia en su afiliación por falta del deber de información de la convocada a juicio; en consecuencia se debe disponer el traslado de los aportes que ha hecho en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones junto con los rendimientos que se han generado.

Para resolver este asunto, el despacho lo primero que debe anotar es que a partir del 1 de abril de 1994, se establecieron dos regímenes pensionales, esto es el régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, y el régimen de ahorro individual con solidaridad, disponiéndose en el literal B del artículo 13 del texto original de la ley 100 de



**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

1993, que la selección de uno o cualquiera de esos regímenes era libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestaría por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. A su vez el literal E del texto original de la ley 100 de 1993 indicaba que una vez efectuada la selección inicial, los afiliados solo podrían trasladarse de régimen cada 3 años, normatividad que fue modificada por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en el sentido de establecer que el traslado de régimen podía realizarse una sola vez cada 5 años, así como que después de un año a la vigencia de esa norma, el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez. Así mismo no puede perderse de vista que el artículo 3 del decreto 1161 de 1994, establece el término de 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual se haga ya manifestado por escrito la correspondiente selección de un régimen pensional para realizar el respectivo retracto de esa afiliación de traslado. En punto al tema de la afiliación y selección de un régimen pensional o el traslado del uno al otro, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado 55050 del 22 de julio de 2015, señaló que en el ámbito del sistema integral de seguridad social, la afiliación y selección de un régimen de pensiones son actos rodeados de ciertas formalidades con vocación de permanencia y que deben provenir de la elección libre, voluntaria y sin presiones. Indicando que esas características se derivan de lo establecido en literal b del artículo 13, el artículo 114, el artículo 16 de la ley 100 de 1993, así como el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Adicionalmente el máximo tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria en la sentencia 46292 del 18 de octubre de 2017, explicó que en caso de un traslado de régimen son deberes y obligaciones de las administradoras de pensiones: 1. La información que comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la terminación de las condiciones para el disfrute pensional. 2. El deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la media de la simetría que se ha de salvar dentro de un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad. 3. Una información que se ha de proporcionar con la prudencia de que 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 se tiene también el deber del buen consejo. A su vez, la sala laboral de la Corte suprema de justicia, en las sentencias con los números sl1421 de 2019, radicado 56174 de abril de esta anualidad, reiteró que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se limita a una simple manifestación de voluntad, sino que debe estar ajustado a los parámetros de la libertad informada, es decir que debe estar precedido de una información clara, comprensible, informada y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que esa decisión le acarrea. Tampoco se trata de diligenciar un formato ni de adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, explicando que libertad informada es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que disfrute el afiliado, por ello procede tanto para los beneficiarios del régimen de transición como para los que no era. En esa decisión, la corte concluyó que existiría ineficacia de la afiliación cuando: 1. la insuficiencia en la información afecte los intereses del afiliado, en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; 2. No será suficiente la simple suscripción de un formulario sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; 3. En los términos del artículo 1604 del código civil, corresponde a las administradoras de fondos de pensiones allegar la prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 171 de la ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de



**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. En la sentencia SL1688 de 2019, radicado 68838 de mayo de esta anualidad, luego de que la corte hizo un análisis sobre la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones concluyó que “desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional desde luego que con el transcurrir del tiempo el grado de intensidad de esta exigencia cambio para acumular mas obligaciones pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría. En esa misma decisión la corte señaló que el acto jurídico del cambio de régimen debe esta precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado. En la sentencia instancia de esta decisión, esto es en la que tiene el radicado 68852 del 9 de octubre de 2019, la corte suprema de justicia en su sala laboral concluyo que 1. Desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones con la expedición de la ley 100 de 1993, esas tienen el deber de brindar información a los afiliados usuarios sobre el sistema pensional; 2. El grado de intensidad de esta obligación se a transformado con el paso del tiempo de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico que debía cumplirse; 3. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y por tanto se requiere de un consentimiento informado; 4. La carga de la prueba se corresponde al fondo de pensiones y 5. La violación del deber de información puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiario del régimen de transición o esta cerca o no de la edad de pensionarse, esto desde luego conforme a las particularidades de cada asunto. Atendiendo al criterio jurisprudencial expuesto, se concluye el deber de legal información que tienen las administradoras del sistema de seguridad social en pensiones al momento de que un afiliado se vincule a un régimen pensional o efectúe el traslado del uno al otro, lo que significa que la ausencia de información, ya sea total o parcial, permite invalidar la afiliación por ello establecido como se señaló en precedencia la jurisprudencia que la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 del código general del proceso, que aplica al procedimiento laboral por disposición del artículo 145, se encuentra en cabeza del régimen de ahorro individual. Por tanto, le corresponde en este caso a la afp protección s.a., acreditar que al momento de la afiliación de la demandante a ese régimen, brindó información suficiente como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales existentes, así como los riesgos y consecuencias del traslado, pues así lo ha doctrinado la Corte Suprema de justicia para que ese traslado sea válido. Siendo ello así, en el caso bajo estudio, lo primero que debe indicarse es que no aparece formulario de afiliación que haya suscrito la demandante el 1 de diciembre de 1994, sin embargo en el cia se observa que allí aparece registro de la afiliación que hizo la actora a protección el 1 de diciembre de 1994, también figura certificación expedida por Colpensiones el 9 de mayo de 2017, donde se indica que la demandante fue afiliada a protección con fecha de efectividad el 31 de agosto de 1996, asimismo obra a folio 126 un formulario de afiliación con el número 5110606 suscrito el 28 de septiembre de 1999 en la que se indica que Rosa Amparo Camargo Redondo se vinculó al régimen de ahorro individual con la afp protección, por lo que es claro al despacho que ese fondo como administradora tenía la obligación como lo ha adocinado la jurisprudencia de brindarle información objetiva comparada y transparente sobre las características del régimen de prima



**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

media con prestación definida y del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales a través de las asesoras que hayan realizado el traslado, dado que aquellos debían contar con la capacitación idónea para hacer claridad y precisión sobre las diferencias que existen entre los regímenes pensionales, no habiéndose acreditado que cumplió con ese deber. Pues no se aportaron elementos probatorios suficientes, resultando insuficiente la suscripción del formulario que obra a folio 126 y que se reitera, no corresponde al que se aduce firmó la demandante el 1 de diciembre de 1994, en la que el formulario lo único que se lee es lo siguiente: hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en mi solicitud son verdaderos, pues contienen la manifestación de la voluntad de la actora, en cuanto a que era libre, voluntaria y sin presiones, pero no se dejó constancia cual fue la información que se brindó en cumplimiento del deber de información, y si bien por la edad de la demandante y el número de semanas cotizadas 97.57 le asiste razón a la parte convocada, esto es a protección, que no podía en ese momento determinar un valor de una mesada pensional o hacer un comparativo en cada uno de los regímenes pensionales, si debió haberle indicado las características de cada régimen pensional, por lo menos haberle explicado cómo se pensionaría en el régimen de prima media con prestación definida, indicándole que ello sería con edad y número de semanas, mientras que en el régimen de ahorro individual, el valor de su pensión dependería del capital que tuviera ahorrado, pues si bien al momento que se afilió la demandante al régimen de ahorro individual se le explicó y se le dio a conocer aspectos que pueden ser características del régimen de ahorro individual, como que podía pensionarse a una menor edad y lo relativo a los rendimientos de sus aportes y se le indicó que el seguro social se iba a acabar, ello no es suficiente para tener por acreditado por parte de protección el deber de información. Maxime que la demandante afirmó en el interrogatorio que fueron convocadas a una reunión todas las personas del nivel ejecutivo por parte del grupo antioqueño al que pertenecía protección, que allí les entregaron un formulario, ellos lo llenaron, les hicieron una explicación, lo que recuerda es que le indicaron que el instituto de seguros sociales se iba a terminar, que en protección podía pensionarse anticipadamente, de las demás afiliaciones no recuerda mucho, no lo tiene claro, lo único que resalta es que quizás por las diferentes vinculaciones laborales que hizo, se afilió a Colfondos y a protección. Por lo anterior es claro para el despacho que la afp protección incumplió con la carga de la prueba que le correspondía para acreditar que al momento en que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual, cumplió con el deber de información para que aquella se afiliara al régimen de ahorro individual y tomara de manera libre y voluntaria la decisión que considerara más favorable a sus intereses y a asumiera las consecuencias que de ello se derivara, pues si también es cierto la señora Luz Marina Mora y la señora Angela del Pilar Medina, coinciden con la demandante en que se hizo una reunión. Indica la señora Luz Marina Mora, en lo que interesa al asunto, que ellas podrían definir la edad en la cual se pensionarían, que para esa fecha tenían entre 27 y 28 años de edad y que por eso ellas podían tomar la decisión del momento en que querían retirarse de trabajar y acceder a una pensión, que hablaron los rendimientos, ello no es suficiente para tener por acreditado el deber de información frente a la demandante, y aunque protección en la contestación de la demanda refirió que al momento en que la actora suscribió la afiliación con esa entidad, cumplió con el deber o la obligación de informarle a la demandante las condiciones de causación de la



**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pensión de vejez en el régimen de ahorro individual, así como las ventajas y desventajas del régimen que administra la afp protección, razón por la que de manera consciente, libre y sin ningún tipo de presiones, la actora optó por trasladarse, además que no se puede pasar por alto la estructura de condiciones del régimen de prima media y el régimen de ahorro individual con solidaridad que se encuentran estipulados en la ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que la demandante alegue que la razón del traslado de régimen pensional fue el supuesto engaño o la falta de información que le atribuye a la afp, más aun si se tiene en cuenta que el formulario se puede evidenciar que la accionante efectuó la selección de régimen de manera libre, espontánea, voluntaria, pues se reitera en primer lugar que no se aportó ese formulario de la vinculación inicial y lo segundo es que cuando en los casos en que se encuentra bajo estudio se aplica la inversión de la carga de la prueba y si el cotizante alega que no recibió información debida cuando se afilió, es un supuesto negativo que no puede demostrarse por quien lo invoca. Por otro lado, en cuanto a la defensa con protección, relativa que dada la estructura de ese régimen y el régimen de prima media se encuentran establecidos en la ley, si bien ello es cierto y se presume que la ley es conocida por todos, no obstante considera el juzgado que no se puede tener por acreditado el cumplimiento del deber de información por el hecho de que la demandante deba conocer la ley, pues el deber de información en estos casos y conforme a lo expuesto en la jurisprudencia debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada afiliado, su situación pensional particular, ello lo disponía también el artículo 2 del decreto 720 de 1994.

De lo expuesto se concluye entonces que cuando la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, decidió trasladarse del régimen de prima media con prestación definida y vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad, representada por la afp protección, no lo hizo conociendo en detalle las características de cada régimen pensional, lo que permite inferir la ausencia de una libertad informada, por consiguiente la omisión de protección en el deber de información que le incumbe, si ello fue así, por supuesto que se genera la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante al régimen de ahorro individual. Ahora bien, no solo al ver que de conformidad con lo que ha reiterado de manera pacífica la corte suprema de justicia en su sala laboral, en las decisiones emitidas en esta anualidad, esto es la sl1421 la sl2688, la sl4360, en el caso en que las administradoras incumplan con el deber de brindar información al momento de la afiliación, lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con solidaridad, y no la nulidad sustancial de la misma, por lo tanto, los afiliados no deben entrar a demostrar la existencia de vicios del consentimiento como el error, fuerza o dolo, y al abordarse desde esa institución la ineficacia a tal determinación, implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica que aquella nunca se traslado al régimen, o mas bien, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida como se indicó en la sentencia 4360 de 2019, donde la corte señalo: de ahí que para que esta corte la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, situación que no cambia por el hecho de que la demandante se hubiera afiliado a Colfondos, y luego nuevamente hubiera retornado a protección, pues no puede tenerse por saneada la falta de información al momento de su vinculación inicial pues no se probó que en esas ocasiones las convocadas a juicio hubieran saneado esa situación mediante haberle brindado una información a la demandante en esos momentos sobre las características de cada régimen pensional, pues se reitera, no allegaron pruebas que así lo acreditaran para tener por saneada la falta de información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

en la vinculación inicial de la demandante con las demás afiliaciones. En consecuencia, se dispondrá la ineficacia de la afiliación que hizo la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, a la afp protección, por tanto se declarará para todos los efectos que la señora Rosa Amparo Camargo Redondo, nunca se traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, se ordenara a la administradora de fondos y cesantías protección, a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Camargo Redondo, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o en el momento que se realice el traslado de los aportes sin realizar deducción alguna por ningún concepto. Asimismo, se ordenará a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a reactivar la afiliación de la demandante, señora Rosa Amparo Camargo Redondo, identificada con la cédula 51.978.851, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros que le va a trasladar protección s.a.

De las excepciones: prescripción. La prescripción en nuestro ordenamiento laboral de las acciones y los derechos se halla regulada por los artículos 488 del código sustantivo de trabajo y 151 del código procesal de trabajo y la seguridad social, que disponen que las acciones que emanan de las leyes sociales del trabajo prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, así como que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador sobre un derecho o prestación, interrumpe la prescripción. Sin embargo, el artículo 48 de la constitución política, indica que el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo, imprescriptible e irrenunciable, adicionalmente sala laboral de la corte suprema de justicia, en varias decisiones, entre ellas en la sentencia sl1688 de 2019, en cuanto a la prescripción en relación con la nulidad y las ineficacias del traslado, ha explicado: “que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles, lo anterior bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ellos. Siendo ya así como la pretensión de este proceso se circunscribe a la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, aspecto que se reitera, es relacionado con el derecho constitucional a la seguridad social en pensiones, derecho que tiene el carácter de irrenunciable, imprescriptible y conforme y acogiendo a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en su sala laboral, debe declararse no probada la excepción de prescripción propuesta dentro de la presente litis.

De las costas, sin costas dada la naturaleza y trámite de este proceso, pues las actuaciones de ambas partes se circunscribieron para el acto a presentar la demanda, surtir trámite de notificación, asistir a esta audiencia. Para las demandas igualmente tuvieron que dar respuesta al libelo, asistir a las audiencias, por tanto no hay lugar a realizar condena en costas, se reitera dado la naturaleza y trámite de este asunto”.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión se interpusieron recursos de apelación; en los que la demandada COLPENSIONES manifestó:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

“Su señoría, encontrándome dentro del termino procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación ante los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá, sala laboral, el cual sustentaré de la siguiente forma, rogándole a ustedes señores magistrados revocar en todas y cada una de los acápites, la sentencia proferida por ad quo, toda vez que si bien es cierto, señores magistrados, téngase en cuenta que lo que la demandante pretende la declaratoria de ineficacia o nulidad que fue proferida por el ad quo, está precedida si bien es cierto la demandante al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 como se manifestó en los alegatos, no cumplía con los requisitos estipulados para ser beneficiaria del régimen de transición, esto es el tiempo y la edad, por lo tanto se encontraba en el momento en que solicita que se declare la nulidad y retornar al régimen de prima media con prestación definida, se encontraba dentro de una prohibición legal, esto es, lo estipulado en el artículo 2 de la ley 797 de 2002, el cual modificó el artículo 3 de la ley 100, el cual a su tenor reza que los afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el régimen de pensión que prefieran, una vez efectuada la selección inicial, esto solo podrá trasladarse de régimen por una vez cada 5 años a partir de la selección inicial. Y después de 1 año de entrada en vigencia, los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. De otra forma también téngase en cuenta señores magistrados que los vicios del consentimiento alegados en el escrito de demanda no fueron probados por la demandante, pues si bien es cierto quedó probado en el interrogatorio de parte que cuando se le hacían preguntas, la demandante simplemente se limitaba a contestar que no se acordaba, que no sabía, que no sabía como dar explicación a esta. Por tanto, en ningún momento se logró probar que su afiliación fuera precedida por algún vicio del consentimiento, de otra parte señores magistrados, si se llegase a confirmar la sentencia por la ad quo, ruego a ustedes no sea condenada mi representada en costas, toda vez que lo que se pretende acá no es interponer un recurso caprichosamente, sino prever el desfinanciamiento del sistema, ya que téngase en cuenta que como lo estipula la ley 100 todos los porcentajes asignados a los diferentes conceptos en los diferentes regímenes, tienen designaciones distintas, siendo así que se puede ver afectada la pensión de las personas que toda la vida han cotizado al régimen y han sido solidarias con el sistema ya que los cálculos que realiza mi representada son proyecciones para cumplir las pensiones de estas personas a futuro. De esta forma dejo sustentado mi recurso, gracias.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los términos del recurso interpuesto y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad y/o ineficacia del traslado, solicitado por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor ROSA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

AMPARO CAMARGO REDONDO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, al igual que lo relacionado con la condena en costas, como quiera que las demandadas, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y resultaron vencidas en la presente proceso. Así mismo en lo que dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración o cualquier otro descuento, de conformidad con lo dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Igualmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 24 2018 00381 01 Dte: ROSA AMPARO CAMARGO
REDONDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-561-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA REYES CASAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARTHA XIMENA MORALES YAGUE, abogada en ejercicio, identificada con C.C. N° 1.026.274.245 de Bogotá y tarjeta profesional N° 248.715 del C. Superior de la judicatura, actuando en condición de apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de pensiones –COLPENSIONES–, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por los apoderados de Porvenir y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de diciembre de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las partes.

ANTECEDENTES



La señora MARTHA CECILIA REYES CASAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE nula y/o ineficaz la afiliación efectuada por ella al RAIS y promovida por Porvenir S.A., por el incumplimiento de esta al deber de información; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se realice el traslado de sus aportes a Colpensiones, el reconocimiento y costas del proceso. (fl.3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 17 de febrero de 1961, estuvo afiliada al ISS desde el 2 de enero de 1989, el 2 de agosto de 1999 se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A., sin embargo, dicho Fondo no le informó los requisitos para pensionarse en el Régimen de Prima Media, tampoco las ventajas y desventajas de trasladarse, ni tampoco, cómo se calcularía el monto de la pensión en uno y otro régimen, tan sólo cuando solicitó al Fondo una proyección pensional, se dio cuenta que su pensión resultaba muy inferior a la que le correspondería en el R.P.M.P.D. (fl.5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 2 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, prescripción y la innominada o genérica. (fl.125).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en los numerales 11, 5, 24 a 46 y negó los demás. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fl.133).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a Porvenir el 12 de agosto de 1999. Ordenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, frutos e intereses y rendimientos, sin lugar a efectuar deducción alguna y no condenó en costas. (fl.181)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Que la jurisprudencia ampliamente había debatido este tema, citó la sentencia emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia radicado 46292 de 2017, en donde se había expuesto el deber de información de los Fondos Privados al momento del traslado. Que atendiendo al criterio jurisprudencial se tenía el deber de información de los Fondos Privados cuando el afiliado se vinculara, pues la ausencia de información total o parcial permitía invalidar esa afiliación y por eso la jurisprudencia había establecido que la carga de la prueba se invertía en favor del afiliado y le correspondía en este caso a Porvenir probar, que en el momento de la afiliación de la actora le brindó la información suficiente.

Revisado el material probatorio aportado, se tiene que la demandante se vinculó el 12 de agosto de 1999, Porvenir tenía la obligación de brindarle a la demandante una información objetiva sobre uno y otro régimen, explicándole las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993 y de las pruebas se tiene que Porvenir no aportó elementos probatorios suficientes para acreditar que en el momento en que se surtió esa afiliación, le suministró a la demandante la información suficiente para trasladarse.

Porvenir incumplió con la carga de la prueba, por tanto, conforme se había explicado en la sentencia radicado 68852 de 2019, debía declararse la ineficacia y no la nulidad. No hay que demostrar vicio del consentimiento. Agregó que no importaba que la demandante se hubiere trasladado a Porvenir, pues en ese momento tampoco se probó la información debida a la actora. Dijo que no podía al momento del retorno a Colpensiones, descontarse algún concepto.

Finalizó manifestando que en este asunto no había operado el fenómeno de la prescripción, pues como ya la jurisprudencia lo había explicado, como por ejemplo en sentencia 1688 de 2019, este derecho era imprescriptible.

APELACION

PORVENIR

Indicó que debía ser revocada la sentencia, por cuanto la afiliación de la demandante se llevó a cabo con los requisitos legales establecidos por la Ley 100 de 1993 y lo establecido en el decreto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

692 de 1994 por, cuanto la demandante se trasladó mediante la suscripción de formularios de afiliación previa asesoría de manera verbal que se le realizó a esta. Así mismo, no se evidencia en qué error pudo haber incurrido mi representada, la demandante posteriormente hizo un traslado entre AFP lo cual reafirma la intención de querer trasladar de AFP y ratificar su deseo de querer permanecer en el Fondo de Ahorro Individual, máxime cuando del formulario de afiliación de Porvenir se puede establecer que la demandante lo leyó y aceptó la voluntad de afiliación plasmando su firma en la respectiva casilla de voluntad del afiliado donde se le da a conocer las implicaciones, régimen de transición, bonos pensionales y el derecho de retracto. Así mismo solicito al H. Tribunal darle el valor probatorio al formulario de afiliación y en cuanto a los costos de administración debe tenerse en cuenta que no sería dable devolverlos por mi representada, en atención a que dichos dineros son descontados por el manejo que le hace a la cuenta de ahorro individual y ese manejo genera frutos que vienen a ser los rendimientos, los que nunca hubiese obtenido en el Régimen de Prima Media. Al obligarle a devolver los rendimientos, se estaría desconociendo frutos e intereses que en un contrato deben tenerse recíprocamente, máxime que se estaría desconociendo desde 1998 el trabajo que hizo mi representada Porvenir y el buen manejo de la cuenta causando un empobrecimiento en contra de mi representada.

Tampoco sería viable devolver el seguro previsional porque este va consignado a un tercero de buena fe, respaldando las contingencias de invalidez y sobrevivientes de la demandante, tiempo en el cual se le mantuvo asegurada por las contingencias.

COLPENSIONES

Interpongo recurso de apelación toda vez que como se manifestó en los alegatos de conclusión, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición que es la única condición que la faculta para retronar nuevamente al RPMPD, por otra parte, téngase en cuenta que en el momento que la demandante decide retornar se encuentra en una prohibición legal para hacerlo, de otra parte, si se llega a confirmar el fallo de primera instancia, solicito mi representada no sea condenada en costas como se dijo en primera instancia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, encuentra la Sala que lo pretendido por la señora MARTHA CECILIA REYES se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con **Porvenir S.A. en agosto de 1999**, como se verifica de la documental visible a folio 160 del plenario.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio



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

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

Es así que en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado** por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante, pues aunque hubiere indicado que tenía un conocimiento en matemáticas y una maestría en estadística, no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

contaba con los conocimientos respecto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Reyes se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media **al momento de su traslado, por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A. faltó al deber de información**, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



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

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

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

No es posible atender el argumento de la apelante Porvenir en cuanto a que con la firma del formulario y con el mismo formulario se acredita la debida información y que fue voluntad de la demandante trasladarse, pues es que como lo ha dicho insistentemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los formularios de afiliación son formatos pre impresos que no contienen mayor información frente a todos los aspectos relevantes que debe saber el afiliado para que, conscientemente, tome la decisión de trasladarse.

Así lo consideró dicha Corporación como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 en donde expresó:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.



Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].»***

Frente al argumento referente a que el traslado de Colpatria a Porvenir demuestra la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS y que acaeció el 29 de febrero del año 2000 tal y como se acredita con el formulario de afiliación que reposa a folio 32 del plenario, tal acto no tiene la virtud de subsanar la falta de información inicial y oportuna, pues era en el año de 1999 cuando debió otorgársele la información con las características tantas veces citada por la Corte Suprema de Justicia, al efecto se puede observar la misma sentencia SL1688 de 2019 ya citada en donde se dijo: “*En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.”

Expuso la apelante Colpensiones que la única posibilidad de declarar la ineficacia era si la actora resultaba beneficiaria del **régimen de transición**, empero tal aspecto ya fue analizado por el Máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, como por ejemplo en sentencia SL1452 de 2019, en donde señaló: “De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. **Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.** Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.”

Por todo lo anterior, encuentra la Sala ajustada la decisión apelada, pues Porvenir S.A. no demostró, como le correspondía, que indicó a la accionante las desventajas como consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a la actora de manera completa toda la información al respecto.

Ahora, en relación con el argumento de Porvenir en cuanto a que no debe descontarse lo correspondientes por **gastos de administración**, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), sí resulta procedente que el Fondo Privado no efectúe descuento alguno por este concepto.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019). (negrilla fuera del texto original)

Es así como la administradora del RAIS demandada, debe efectuar el traslado de lo descontado por gastos de administración a órdenes de Colpensiones.

Ahora bien, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Finalmente, en este asunto no operó el fenómeno de la **prescripción** pues tal aspecto ya ha sido definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien señaló que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los Fondos de Pensiones demandados.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 24-2018-561-01 Dte: MARTHA CECILIA REYES CASAS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado