



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

PROCESO ORDINARIO No. 25-2015-168-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NUBIA ROSA NAVARRETE

DEMANDADO: INETRA LTDA

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 la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 25 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, fueron remitidas las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora NUBIA ROSA NAVARRETE 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 desde 15 de abril de 2002 y que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra vigente. En consecuencia, se condene al demandado a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

teniendo en cuenta el trabajo suplementario por ella laborado. Además, se condene al pago de aportes en salud y pensión que no se realizaron, dotación e indexación de las condenas. (fl.26)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

-Que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 15 de abril de 2002 ejerciendo labores de vigilancia en la demandada.

-La empresa de forma directa trató de dar un viso diferente a la relación verbal laboral, tratando de hacer creer que se trataba de un contrato de arrendamiento de vivienda urbana, tal y como se hace ver en el contrato firmado con el señor Germán Siatoba Vásquez, quien es el cónyuge de la demandante.

-Dentro de las funciones desempeñadas por la actora, estaban las de vigilar las instalaciones de la empresa en compañía de su esposo de 6 de la tarde a 6 o 7 de la mañana.

-A pesar de tener la demandante en la sede de la empresa su hogar, debe estar atenta durante las jornadas diurnas y nocturnas de los movimientos que pasan en la empresa.

-Para que la demandante desempeñe sus labores con ética, eficiencia y eficacia, es acosada laboralmente por el señor Lacide Morelli quien es el gerente de la empresa.

-Para que la demandante pueda disfrutar de un día de descanso, debe recurrir a alguien conocido que la reemplace.

-El sitio que ocupa la actora como vivienda, ha sido objeto de violación por parte del señor Morelli, familiar de la señora Sandra Morelli ex Contralora de



la República, incluso han ingresado agentes secretos que revisan las cosas de la accionante. (fl.2)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **INETRA LTDA** contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos los negó todos, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del demandante, inexistencia de la obligación, prescripción, mala fe y la genérica. (fl.38)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones y no condenó en costas. (fl.125)

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

Según este principio se señala que quiere hacer valer en juicio un derecho debe probar los hechos constitutivos en que lo fundamenta en la misma forma quien aduce la ineficacia o extinción del derecho deberá probar los hechos en que se fundamenta su defensa o excepción de ahí que el examen que se contrae establecer si la prueba demostró que efectivamente lo que existió entre Las Partes demandante y demandada fue una verdadera relación laboral de los 15 abril 2002 hasta la fecha para la cual se parte de las pruebas que militan en el expediente. Se trae a colación sentencia histórica entre países la sentencia de mayo 31 del 55 de vieja data de la Corte Suprema de Justicia que sobre este punto específico digo lo siguiente “no creo que quien se presenta alegar judicialmente el contrato laboral como fuente derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación del servicio para que se le considere amparado por la presunción como las demás de su estirpe parte de la base de la existencia de un hecho cierto indicador sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado este hecho es la relación de trabajo personal de qué habla el mismo texto y con y qué consiste como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal material o Inmaterial continuado dependiente remunerado igualmente indica el juzgado lugar aunque las cargas procesales fijadas por la ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba se cumple así que no tiene interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hechos afirmados o negados de manera muy clara como lo indica el artículo anteriormente mencionadas se tiene entonces que la finalidad última de actividad probatoria en lograr que el juez se forma una convicción sobre los hechos por lo que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas del proceso que está en cabeza de la parte interesada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

en obtener una decisión favorable, la dispensa en la prueba se ópera igualmente por la existencia de presunciones legales o derecho aunque de forma relativa mientras que a la persona o sujeto procesal favorecido por la producción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido cuya prueba está exento corrientemente la presunción conlleva al desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria salvo que se trate de una presunción *deyuri* que no admiten prueba en contrario las excepciones al principio general de quien genera prueba o corriente mientras circunstancias prácticas que hacen más fácil para unas de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos teniendo en cuenta estos preceptos del artículo 61 del código procesal del trabajo que hablan de la libre información del conocimiento y habiendo ya analizado y revisado el probatorio y la norma sustancial sobre el tema de la carga de la prueba como precedentemente se anunció pasa este juzgado activar las pretensiones que para establecer si existe buen razón a la parte demandante para solicitarlo indicado al respecto se hace entonces conducente indicar que para que exista una verdadera relación laboral que sea el nombre que las partes le den se debe demostrar 3 elementos específicos tal como lo menciona el artículo 23 del código sustantivo del trabajo que son 1. la prestación personal del servicio 2. la subordinación 3. la remuneración por la prestación pretendida, sobre la prestación personal del servicio es en efecto la actividad personal del trabajo es decir realizada por sí mismo entendida como la labor ejecutada por un trabajador de conformidad con su propia fuerza del trabajo en el presente caso para demostrar este primer elemento la parte actora aportó a folios 11 al 14 documentos tales como dos facturas de mercancías entregados en letras limitadas de la empresa su mismo sumimos aceros LTDA con fechas ambas del 30 de enero de 2015 recibidos por la demandante donde figura el número de cedula de ciudadanía y firma de la misma dos hojas de cuaderno con escritura a lápiz 4 fotos vistas a folio 18,19,12 observan que se hace actividades en las instalaciones de la entidad demandada De igual modo a folio 22 en medio magnético DVD una serie de videos donde se observa a la hoy demandante realizar unas actividades a diferentes horas diferentes fechas en las instalaciones de la demanda el segundo elemento el otro elemento configurativo de existencia del contrato es el relativo a la remuneración que no es otra cosa que la contraprestación por el objeto dado manera distinta la forma que estipule la ley la parte sobre el tema aporta folio 20 copias una hoja de cuaderno con escritura a mano donde indica contador 2006 cifras numéricas y los nombres de Enrique Ochoa, Nubia Navarrete y otros. Frente a esos temas y de la prueba se obtiene la parte demandada desconoce el plano la presunta remuneración o pago por servicios prestados de la demandante en cuanto a labores de aseo vigilancia y cuidado mientras que el testigo de la hija de la actora Carolina Siatova Navarrete manifiesta que si hubo remuneración por parte de la demanda y lo fue inicialmente por medio de cheques por la suma de \$130.000 pesos las entidades bancarias Banco Santander y Colombia y después le pagaban en efectivo con recibo de caja menor pero tal manifestación solo se tiene como el dicho de la deponente pues no obra siquiera prueba sumaria o declaración de un tercero que confirme tales pagos tales aseveraciones la testigos sobre qué fechas o periodos y mucho menos porque concepto fueron cancelados hay ausencia total de pruebas frente a esto y así manifestado por la deponente sumado a lo anterior y de conformidad de la prueba obrante a folio 20 "hoja de cuernos" ya mencionada



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

con la con el cual se pretende demostrar la posible remuneración recibida desconoces este operador judicial su procedencia y su autor pues tal documento no contiene firma o nombre de quien la elabora no se sabe a qué hace referencia a lo allí escrito Por ello carece de validez esta prueba frente al hecho de posibles pagos generados al accionante y quién es su pagador finalmente frente al otro elemento de la existencia del contrato de la subordinación la cual se diferencia de los anteriores al ser solo predicable en la existencia de un contrato de trabajo pues es precisamente el que una persona se den órdenes indicaciones y dirección es el que convierte dicha relación en materia de protección por esta jurisdicción laboral en el caso son exámenes documentalmente hablando no se tiene referencia alguna de órdenes impartidas o directrices emanadas de la demandada o de la demandante por ello se tiene en cuenta se revisaran las pruebas testimoniales resignadas ante este estrado judicial por la parte pasiva tanto la representante legal como la ponente señora Santa Isabel Nosa Ramírez es quien trabaja actualmente para enetra limitada del año 2010 señalaron al unísono desconocer quién hubiera podido dar órdenes a la demandante conforme las actividades que dice haber adelantado enetra limitada situación diferente a lo manifestado por la testigo Carolina Siatova Navarrete y a la de la demandante la cual señala que quien le da orden señora madre eran los suelos Franco y Alcides Morelli y cuando ella se ausentaba del lugar por cuestiones personales debía llamar a su hermana de nombre Sara Siatova que era la única persona en que confiaban los señores de la empresa y le pagaban el turno sumado a ello recuerda que la demandante realizar labores de aseo en casas de familiares del señor Morelli y también les paga por esa labor visto lo anterior y para este estrado judicial no se logra demostrar por un lado la remuneración y por otro la subordinación que es el eje central para poder predicar la existencia de una relación laboral como quiera que el testimonio de la señora Carolina Siatova Navarrete señaló que la prestación que la aquí demandada del aquí demandante si cumplía las labores de cerrar la puerta aseo general y segunda del piso la oficina y también entregar pedidos era un dinero extra que le pagaba el señor Franco y que la demandante realizaba labores de aseo en casa de familiares del señor Morelli y también le pagaban por esa labor de lo que se puede inferir que si puede existir un vínculo de prestación de servicios entre la demandante y el señor Franco pero no directamente con la demandada y enetra limitada Asimismo que las pruebas presentadas por la parte actora nada aportan a probar la subordinación a modo de ejemplo las fotografías y vídeos obrantes en DVD Folio 22 fue la fotografía portada no contiene una fecha de registro qué le diga a este juzgado sobre qué he pedido de tiempo fueron tomadas las mismas de igual manera sobre el material vídeo gráfico en lo relativo a su fecha y hora de elaboración que muchas veces no coinciden con las propias manifestaciones de la demandante quién es la que expresamente allí las supuestas “actividades” que realizaba para la demanda tampoco se observan quien diera órdenes directas al accionante ni bajo qué directrices cumplen esas labores o actividades resaltando el juzgado esta prueba solo data para los años 2014 y 2015 pero teniendo en cuenta lo solicitado no cobra prueba alguna respecto a los años 2012 y al año 2013 recordemos que en este punto del proceso que la parte demandada señaló enfáticamente que los hechos de la demanda no eran ciertos que nunca hubo relación laboral puesto que la demandante llegó a vivir fue el día 15 de abril de 2002 en el apartamento que está ubicado en el segundo piso en la misma bodega donde funciona la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

empresa enetra LTDA en calidad de esposa o compañera permanente German Siatova Vázquez ex trabajador de la hoy demandada tal cual le fue arrendado el bien inmueble como consta en los contratos de arrendamiento aportados con la contestación de demanda Folio 75 del expediente lo que se pudo corroborar con el interrogatorio y la prueba testimonial de la señora María Sandra Morellis Rico y Sandra Isabel Rosa Ramírez quienes confirman que la demandante vivía en las instalaciones enetra limitada en su calidad de esposa del señor German Siatova quién era en efecto trabajador de esta empresa situación esta última que se prueba documentalmente a folios 82 y 83 donde costa en nóminas de las quincenas de los meses de diciembre para los años 2014 y 2015 Adicionalmente reafirma este hecho el testimonio de la hija del actora al señalar que ellos se fueron a vivir al apartamento ubicado en el segundo piso de las instalaciones de emetra limitada en el año 2002 y su padre él señor Siatova comenzó a laborar para esa empresa desde el año 2013 hasta el año 2016 en el cargo de oficios varios que era éste el encargado de mandados, comprar cosas abrir la puerta, preparar Tinto y ayudar a los empleados de la empresa cuando lo requiriera pero a esta deponente considera el juzgado que solo le consta tales hechos por cuanto convivió con sus padres 3 años del 2002 al 2005 en las instalaciones de emetra limitada tal como lo expresara en sus afirmaciones expuestas ante este estrado de otro lado y en tratándose de los extremos temporales de la relación afirma la demandante que la relación laboral inicial 15 abril 2012 contrato verbal individual válido a término indefinido, hecho 1 Folio 2 situación que se acompasa con el testimonio Señora Carolina Siatova Navarrete hija, testigo la parte demandante pero recordemos que este hecho mención fue negado por la parte demandada en la contestación de la demandada y para ello aporta folio 75 contrato de arrendamiento de vivienda urbana UVU- 3527744 que contiene la misma fecha mencionada por la actora y de la lectura de este documento no se observa siquiera el nombre y la señora Nubia Rosa Hoy demandante pues el mismo se desprende y así lo contiene que se encuentra firmado por el señor Alcides Morelli la tela en su calidad de gerente general de emetra limitada y el señor German Siatova Vázquez este último esposo de la hoy demandante documento que no fue tachado y desconocido por la parte actual cosa diferente que se extrae de la prueba vista Folio 16 aportada por la misma parte demandante esto es declaración extra juicio entidad por la señora Rosa Esperanza Aguada Gómez que levada ante el notario público número 49 del círculo de Bogotá Distrito Capital quien dice lo siguiente “necesita conozco del trato vista y comunicación desde hace 13 años a la señora Nubia Rosa Navarrete identificada con cédula también que ella vive y trabaja en la empresa y inetra limitada como celadora desde el año 2001 se subraya por este juzgado” documento que data del 11 de noviembre de 2014 indicado lo anterior concluye el juzgado que la parte no logró demostrar los extremos de la relación laboral en primer término y por consiguiente no logró demostrar los elementos esenciales de la relación laboral y de ahí que se hace imposible estudiar para juzgado las demás pretensiones solicitadas de la presunta relación laboral solicitada en consecuencia es deber indicar por parte del juzgado que la demandante no lo demostró lo indicado en su demanda pues no aportó pruebas que soportarán su dicho por qué no el material probatorio que demuestre a juzgado los hechos manifestados se absuelve entonces al demandado inetra limitada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

APELACION

DEMANDANTE

Su señoría interpongo el recurso de apelación para que el superior jerárquico conozca en la situación que aquí ha sido en contra de mi apoderada pues sustento básicamente la situación en el sentido de que el contrato de arriendo ha sido objeto de confusión aquí en el despacho e igualmente en el juzgado 59 civil municipal como es de conocimiento aquí las personas que indicamos que era trabajador de inetra e igualmente la compañera la señora Nubia Navarrete ella en ese momento que fue contratada fue la persona que se dirigió con su compañero e hijos a dicha pieza dos piezas que contenía esta habitación del segundo piso que hacía parte de la sociedad comercial inetra limitada en este evento e comienza a trabajar la señora fundamentalmente en que tenían el contrato de arriendo como salario en especie e igualmente se le retribuía con \$130.000 pesos los que siempre se cancelaron con cheques del Banco Santander y Banco de Colombia a nombre de ella periodo que estuvo vigente hasta el 2007 y que fue confirmado por la parte representante legal y en el testimonio que estuvo por la parte demandada donde indicaron que desde esa época no se volvieron a hacer giros con cheque debido a un hurto que existió por parte de la anterior secretaria, entonces cómo se indicó en a través del proceso el contrato de arriendo ha sido objeto de debate toda vez de que en este caso al señor German Siatova quién ingresó laborar 15 meses después que ingreso la señora Nubia Navarrete a trabajar con inetra limitada como persona que cuidaba y vigilaba la entidad le hacía aseo general no se le tiene en cuenta y confunde aquí esta situación, toda vez de que ese contrato lo hizo ver el señor Jean Franco y Alcides Moriles que era para llevar la parte contable de la entidad y que no tenían nada que ver para alguna situación sino para ellos nomas demostrar de que se tenía esa situación contable pero ellos en su momento lógicamente se acabo el amor que existía entre ellos y ahí es donde hacen ejercer dicho contrato de arriendo haciendo ver de que debían prácticamente 13 años de cánones de arriendo entonces ahí es que comienza el requerimiento e igualmente como lo indique el juzgado 59 lógicamente era un contrato de arriendo y aquí le tienen en cuenta. si no cancela suma alguna no sé es escuchado en la actuación procesar a pesar de que se llevó todos los actuaciones procesales del proceso laboral en esta situación como vuelvo y le repito no se tuvo en cuenta de que realmente la señora Nubia Rosa Navarrete fue quien inició el contrato en esa entidad y a los 15 meses retoma y le dan la oportunidad al señor Germán Siatova todo para que lo contraten como auxiliar u oficios varios que realizaba entre la empresa desafortunadamente de las otras dos personas iban a servir de testimonio que se dilato bastante la situación de las audiencias la señora Sara era la persona que más estaba al frente de eso a través de que su tía también ejerció allí el cuidado de la empresa con anterioridad aproximadamente unos 15 años entonces por eso había una relación muy estrecha que le conocían su honradez a las personas acá entonces pues no pudo declarar debido a que se fue para Estados Unidos igualmente ocurrió con doña Rosa Boada que se fue para el campo y ella también era una persona que cuidaba una empresa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

ahí en el mismo sector y sabía cómo es la actividad en cada una de las empresas que realmente no es que se dediquen y que tengan objetos la empresa de arrendar ese esas habitaciones como actividad comercial que puedan tener ellos. Sino en este evento se tiene en cuenta que era para que estuvieran pendientes de El cuidado de la entidad de sus elementos que estaban allí e igualmente hubo bastantes incoherencias por parte de la representante legal y De igual forma por parte de la testigo donde indicaba que las cámaras de vídeo se vinieron a colocar y manejar por por la entidad es hasta el mes de agosto del año 2016 cosas que en otra parte la representante legal indicó que se haya colocado con mucha más anterioridad entonces siempre existió esas personas al frente de esa situación cuidando y haciendo el aseo general a dicha entidad.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, puntos de inconformidad a saber: **i)** Existencia del contrato laboral de trabajo entre las partes **ii)** En caso afirmativo, procedencia de condenas solicitadas en la demanda.

Para resolver lo anterior se tiene que en 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, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y **iii)** el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.**

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación personal 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**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.**

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.

Pues bien, al revisar si con el material probatorio decretado en este proceso **la señora Nubia Rosa Navarrete demostró la prestación personal del servicio**, argumento principal del apelante, **encuentra la Sala que ello no ocurrió** por lo siguiente:

A folios 11, 12 y 20 del expediente, se aportan hojas de cuaderno en donde



su escritura está hecha a mano y de las cuales no se puede tener certeza de la procedencia o autoría de aquellas.

A folios 13 y 14 se encuentran facturas de venta de fecha 30 de enero de 2015 expedidas por la empresa SUMINOX ACEROS SAS al cliente INETRA LTDA y en donde en el recibido se plasma una firma con las iniciales N y R y abajo el número de cédula que corresponde al de la demandante.

A folios 18 y 19 obran dos fotografías en donde se observa a la señora Nubia Navarrete efectuando unas labores, pero no se tiene certeza el tipo de labor, en dónde se estaba desarrollando y tampoco en qué fecha.

A folios 65 a 76 reposan sendos contratos de arrendamiento de vivienda urbana en donde el arrendador es “Alcide Morelli-Inetra Ltda” y el arrendatario es el señor “Germán Siatoba Vásquez”, contratos del 15 de abril de 2002 al 1 de mayo de 2013

A folio 77 a 80 milita solicitud de restitución del inmueble arrendado al señor Germán, solicitud efectuada por el señor Alcide Morelli Dallasta.

A folios 83 y 84 reposan quincenas de diciembre de 2014 y enero de 2015 en donde se informa lo devengado por el señor Germán Siatoba en la empresa INETRA LTDA.

Se practicó el interrogatorio a la representante legal de la demandada señora **María Sandra Morelli**, quien negó la existencia de cualquier tipo de vínculo contractual entre la demandante y la empresa que representa; manifestó conocer a la demandante porque habitaba en el segundo piso en donde está ubicado la fábrica INETRA, debido a que se le había alquilado ese piso al esposo de la demandante quien sí había quien era trabajador de la demandada.

Declaró la señora **Sandra Isabel Nosa Ramírez**, trabajadora de INETRA desde el 18 de enero 2010 como asistente de gerencia y antes secretaria general, indicó conocer a la demandante de vista por ser la esposa del señor



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

German, empleado de la accionada; dijo que veía a la actora pasara su apartamento.

Finalmente la testigo **Carolina Siatoba Navarrete**, hija de la demandante, señaló que su papá (Germán Siatoba Vásquez) tenía el cargo de oficios varios en INETRA, que le habían pedido el favor a la señora madre y a su papá que vivieran en el segundo piso de la empresa, para que cuando se quedara sola, fuera la demandante quien cuidara las instalaciones. Agregó que la actora contestaba el teléfono, abría la puerta y recibía los pedidos que llegaban para la empresa; señaló que vivió en ese segundo piso desde el 2005 al 2005, que después se había casado pero que no había dejado de ir porque su mamá le cuidaba al hijo.

Con lo anterior encuentra la Sala que ni con la prueba documental y tampoco con la prueba testimonial, la parte actora logró acreditar que hubiera prestado algún servicio en favor de INETRA LTDA en algún periodo.

Y a esa conclusión se llega, porque ninguno de los documentos tienen la virtud de acreditar, si quiera, que en alguna fecha la demandante se hubiera desempeñado como vigilante de la demandada, las fotografías muestran la imagen de la demandante y de un sitio en donde ella parece estar abriendo una chapa de una puerta, limpiando unas cortinas y poniendo un candado, pero esas situaciones no demuestran algo distinto a eso, no se tiene conocimiento en qué sitio se están haciendo, cuándo y tampoco el por qué.

Las facturas de venta que tienen la firma de la demandante y el número de cédula en la parte de abajo prueban que se plasmó esa firma el 30 de enero de 2015, pero no que la actora estuviere por ese motivo prestando el servicio de vigilante a la accionada.

Ahora bien, señala el apelante que el contrato de arriendo ha sido objeto de confusión, empero de los sendos contratos aportados y que además no fueron desconocidos ni tachados por ninguna de las partes, se desprende únicamente un acuerdo de voluntades entre el señor Germán Siatoba y la demandada con el fin de tomar en arriendo un inmueble, pero ello ni



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

acredita y tampoco desvirtúa la existencia de la prestación personal del servicio de la actora hacia la demandada, tan sólo prueba el pacto entre las personas ya citadas; menos aún se probó que el arriendo fuera una retribución de salario en especie a la demandante, eso lo afirmó la parte actora pero tan sólo se quedó en eso, una afirmación no acreditada.

Y del interrogatorio y testimonios practicados lo que sí se puede establecer, pues los tres declarantes fueron contestes y coincidentes en ello, es que el señor Germán Siatoba Vásquez trabajó para la empresa y aunque la hija de la accionante señaló que su mamá atendía el teléfono, abría la puerta y recibía pedidos que llegaban para INETRA, no señaló las circunstancias de tiempo y modo en que ello ocurrió, dijo que después del año 2005 aunque ya no vivía en ese segundo piso, iba todos los días a recoger a su hijo porque la señora Nubia Navarrete se lo cuidaba, entonces no puede tener certeza la Sala, porque se reitera, no se acreditó, que desde el 15 de abril de 2002, o incluso desde alguna otra fecha, la actora hubiere desarrollado alguna labor para la accionada.

Así las cosas y debido a que la carga probatoria de acreditar el primer elemento del contrato de trabajo, esto es la actividad personal del trabajador hacia el empleador, le correspondía a la señora Navarrete pero no lo hizo, no queda solución diferente a la de confirmar la sentencia apelada por lo expuesto.

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.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 25-2015-168-01 Dte: NUBIA ROSA NAVARRETE Ddo.: INETRA LTDA

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. 25 2018 365 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ EMA MORA DIAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (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 Veinticinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 24 de octubre de 2019, por la apelación presentada por la parte demandada.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

La señora LUZ EMA MORA DIAZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago del Bono pensional por el Tiempo laborado en la Caja Agraria desde el 30 de mayo de 1988 al 30 de marzo de 1994; que se condene a la demandada al pago de la pensión de vejez a partir del 3 de junio de 2017, fecha en la que cumplió los 57 años de edad, junto con la indexación e las condenas, los intereses moratorios y las costas del proceso. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que prestó sus servicios primero a la Caja Agraria y posteriormente se afilió al ISS.
- Que ha efectuado cotizaciones por 1.363.71 semanas en total.
- Que nació el 3 de junio de 1960.
- Que COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional, ya que no tiene en cuenta, los tiempos laborados a la Caja Agraria. (fl.- 3 – 4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos lo enlistados en los numerales 7 a 11, para los demás señaló que no o son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 53 - 59)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 24 de octubre de 2019, decidió: (fl.- 93)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

1. Declarar que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones debe reconocer el tiempo laborado y certificado por el ministerio de agricultura y desarrollo rural en la caja de crédito agrario, industrial y minero s.a., desde el 30 de mayo de 1988 hasta el 30 de marzo de 1994, y en consecuencia reconocer y cancelar a la señora Luz Ema Mora Díaz la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 9 de la ley 797 de 2003, a partir del 1 de noviembre de 2017, fecha en que realizó el último aporte a la seguridad social, a la sgp, en cuantía inicial de \$737.717, por lo motivado.
2. Se declara no probada la excepción de prescripción por lo motivado.
3. Condenar a la demandada administradora colombiana de pensiones Colpensiones a cancelar a la demandante Luz Ema Mora Díaz, por concepto de retroactivo desde el 1 de noviembre de 2017 que a la fecha ascienden a la suma de \$19.822.341, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.
4. Declarar que el demandado administradora colombiana de pensiones Colpensiones debe reconocer y cancelar a la demandante Luz Ema Mora Díaz los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 1 de marzo de 2018, que a la fecha ascienden a la suma de \$4.866.274.20, como quiera que la norma es clara, los intereses se liquidarán con la tasa vigente al momento del pago.
5. Se condena en costas a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones por la suma de \$850.000 a favor de la aquí demandante por lo motivado.
6. De no ser apelada la presente decisión, envíese a la sala laboral del honorable tribunal superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Antecedentes. La aquí demandante señora Luz Ema Mora Díaz, por conducto de apoderada judicial presentan demanda ordinaria laboral contra Colpensiones para que esta sea condenada a reconocer a la demandante el bono pensional por el tiempo laborado en la caja agriaría para los periodos del 30 de mayo de 1988 al 30 marzo de 1994; y que como consecuencia le



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

sea reconocida su pensión de vejez, de conformidad a la ley 797 de 2003 a partir del 3 de junio de 2017, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, sumas debidamente indexadas y por supuesto costas del proceso. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los hechos conocidos por las partes, radicados a folios 3 y 4 del expediente, los cuales se entienden incluidos dentro de la presente providencia. La demanda por reunir los requisitos del artículo 25 código procedimiento laboral la seguridad social, fue admitida debidamente notificada a Colpensiones quien procedió a contestar la misma oponiéndose a las pretensiones y en su defensa formuló excepciones de fondo entre otras a las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y demás excepciones de fondo que vienen relatadas en el libelo contestatorio de la demanda. El proceso ha sido tramitado en legal forma, no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede entonces el juzgado a proferir el fallo, motivo de la presente audiencia, previas las siguientes consideraciones:

En primera instancia, se dirá que tienen cumplidos los presupuestos procesales como son demanda en debida forma, capacidad para ser parte, competencia del juez y capacidad procesa. En tratándose al agotamiento de la reclamación administrativa, de que trata el artículo 6 código de procedimiento laboral y seguridad social, esta carga procesal viene cumplida por la parte demandante si nos atenemos a la documental radicada a folios 35 a 37 del expediente, con lo cual, se entiende superado este estadio procesal y se adquiere competencia para definir de fondo lo aquí planteado, que no es otra cosa si se debe o no proceder a decretar que Colpensiones reconozca a favor de la demandante el bono pensional con el tiempo laborado en la caja agraria para los periodos 30 de mayo 1988 a 30 de marzo de 1994, y que como consecuencia sea reconocida su pensión de vejez, conforme la ley 797 de 2003, a partir del 3 de junio de 2017, junto con el retroactivo y los intereses moratorio.

Establezcamos entonces, entremos a analizar el tema del bono pensional. Se tiene que el primer problema jurídico a resolver es si Colpensiones debe o no reconocer el tiempo laborado por la actora en la caja agraria para los periodos 30 de mayo 1988 al 30 de marzo de 1994, toda vez que la misma entidad accionada señala mediante resolución dir6091 del 26 de marzo de 2018, obrante a folios 43 a 46, lo siguiente: “que en relación a los tiempos públicos al servicio del ministerio de agricultura obrantes en clep, en el periodo comprendido desde 30/05/1988 y hasta el 10/06/1999, y presuntamente cotizados al instituto de seguro social, se procedió a elevar requerimiento numero 2017_12834042 a la dirección de historia laboral, a fin de que dicha dependencia analizara las razones por las cuales en la historia laboral de la afiliada no se estaban teniendo en cuenta todos los tiempos de servicios relacionados en el clep, a lo cual se dio respuesta en los siguientes términos: de acuerdo a su solicitud, se realizan las validaciones correspondientes y correcciones a que hubo lugar, se informa que dentro de las validaciones se evidenció que los aportes certificados por el ministerio de agricultura y desarrollo rural, fueron cotizados bajo la razón social caja de crédito agrario industrial y minero s.a., caja agraria, la cual hasta el ciclo 199412 contaba con diferentes números patronales, para los ciclos que comprenden del 30/05 de 1988 al 03/01 de 1994, no se logró establecer el número patronal con el cual fueron realizados los aportes por parte del empleador, por lo anterior es necesario que se suministre dicho número patronal para realizar las validaciones y correcciones a que haya lugar. Sigue diciendo el mentado documento. En este orden de ideas para que Colpensiones pueda realizar las validaciones a que haya lugar a fin de proceder a realizar de manera efectiva la corrección de la historia laboral de la afiliada, esta deberá aportar número



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

patronal bajo el cual el ministerio de agricultura y desarrollo rural realizó las cotizaciones a su favor”

Luego entonces, verificada la historia laboral emitida por Colpensiones, que reposa a folios 15 a 23, así como las que reposan en el expediente administrativo aportado por la misma Colpensiones a folio 64 y 66 en medio magnético cds, donde también reposa la historia laboral tradicional siendo evidente que solo se tiene en cuenta los tiempos laborados con la caja de crédito agrario industrial y minero s.a., caja agraria, a partir del 1 de abril de 1994 hasta el 31 de mayo de 1998, faltando en efecto los tiempos laborados entre el 30 de mayo de 1988 hasta el 30 de marzo de 1994. De manera que no es de recibo para este despacho judicial lo argumentado por la accionada Colpensiones en la resolución d1r6091 del 26 de marzo de 2018, toda vez que la demandante señora Mora Díaz, ha realizado las gestiones al lugar ante la pasiva a fin de que le sean reconocidos los tiempos laborados “caja de crédito agrario industrial y minero s.a., caja agraria” tal como se evidencia a folios 8 y 9 del expediente, según formato de solicitud de prestaciones económicas, anexando la documentación pertinente para el reconocimiento de su derecho pensional. Por consiguiente, se repara a folios 24 y 24 vuelto misiva emitida por el ministerio de agricultura, por la cual se ofrece una respuesta a la aquí demandante con fecha 3 de diciembre de 2013 y en su parte motiva señala: “es decir, que por el periodo que usted laboró en la caja agraria y en los cuales no se haya cotizado al instituto de seguro social, tendrá derecho al bono pensional porque la ley solo se reconoce y se cancela al seguro social o a un fondo privado de pensiones en el momento en que alguna de estas entidades lo vaya a pensionar, esto es, cuando usted cumpla los requisitos de ley para tener derecho a la pensión, por lo expuesto, esta entidad le expide la certificación laboral para bono pensional numero ca-12456 formato 1,2 y 3b y la certificación laboral numero ca-2829 de fecha 3 de diciembre de 2013 en la que consta tiempo y servicio, último cargo desempeñado, factores salariales devengados durante el último año de servicio y el tipo de vinculación laboral, las cuales se adjuntan y que deberá anexar a la solicitud de pensión a radicar en la entidad administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado en el momento que cumpla los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, y así se inicie el trámite de reconocimiento de su pensión y la respectiva emisión del bono pensional”. Así las cosas se tiene dentro del expediente la certificación laboral para bono pensional número ca-12456 formatos 1,2 y 3b y la certificación laboral número ca-2829 de fecha 3 de diciembre de 2013, visto a folios 25 a 30 de lo cual se puede extraer que en efecto la actora ha laborado para esta entidad caja agraria desde el 30 de mayo de 1998 hasta el 10 de junio de 1999, y en ese sentido al estar debidamente probada la relación laboral con la entidad empleadora es deber de Colpensiones reconocer tales tiempos allí laborados y certificados, sin colocar mas cargas adicionales a la solicitante para su derecho pensional, en especial el tiempo que no se ha reconocido en la historia laboral, esto es, desde el 30 de mayo de 1988 hasta el 10 de marzo de 1994, y así lo declara este juzgado.

Dilucidado entonces lo antes dicho, se tiene que el segundo problema jurídico a desarrollar es establecer si la demandante cumple o no con los requisitos para que le sea reconocida su pensión de vejez, conforme la norma peticionada, ley 797 de 2003, la cual establece en su artículo 9, por el cual se modificó el artículo 33 de la ley 100 de 1993 así: “El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1 de enero del año 2014 la edad se incrementará a 57 años de edad para la mujer, y 62 años para el hombre. 2.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

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.” Traída la norma a colación, se tiene entonces que a folio 6 obra copia de la cédula ciudadanía de la demandante y a folio 7 obra registro civil de nacimiento de la misma, en donde se extrae la fecha de nacimiento 3 de junio de 1960, con lo que se puede tener certeza que la actora cumplió los 57 años de edad el 3 de junio de 2017 y que a la presente fecha tiene 59 años de edad, cumpliendo así con el primer requisito en lo tocante con la edad requerida por la norma en cita. Ahora, en lo referente al número de semanas requeridas por la norma bajo análisis, esto es 1300 semanas de cotización o más, se tiene en armonía a la historia laboral emitida por Colpensiones, visible a folios 15 a 23, consta según ella, 1060 semanas, situación que confirma la misma entidad pensional en resolución suv45860 del 23 de febrero de 2018, folios 32 a 34, o la suv65454 del 8 de marzo de 2018, folios 39 a 43, y la dir6091 del 26 de marzo de 2018, folios 43 a 46. De tal manera que en esos actos administrativos, no se tiene en cuenta el tiempo de servicio debidamente certificado por el ministerio de agricultura y desarrollo rural, folios 25 a 30 del expediente, en especial, el tiempo del 30 de mayo de 1988 hasta el 30 de marzo de 1994, que al hacer las respectivas operaciones aritméticas, nos arroja un total de 300 semanas de cotización que al ser sumadas con las certificadas por Colpensiones, 1060, como ya se había mencionado, tenemos un total final de 1360 semanas de cotización a favor de la accionante y así lo declara el juzgado con lo que se demuestra que el número de semanas es superior al señalado en la norma en comentario. Por lo anteriormente establecido, se procederá a conceder la pensión de vejez con 1360 semanas, por consiguiente y para efectos de liquidación, se liquidó conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 797 de 2003, por el cual se modifica el artículo 34 de la ley 100 de 1993, en el cual se señala y se cita: “Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.” De manera que enviado el proceso al grupo liquidador, se obtiene un ibl de los últimos 10 años en cuantía de \$694.999.12 que al aplicar una tasa de reemplazo del 66.53% se logra una primera mesada pensional por valor de \$462.375.63, valor que es inferior al salario mínimo legal mensual del año 2017; por consiguiente, al realizar los cálculos aritméticos por el mismo grupo de apoyo judicial en liquidación, se obtiene un ibl en cuantía de \$967.931.52, de toda la vida laboral con una tasa de reemplazo del 66.34%, se logra una primera mesada pensional por valor de \$642.164.18, de igual manera valor que es inferior al salario mínimo legal mensual del año 2017; los anteriores cálculos conforme lo expone el artículo 21 de la ley 100 de 1993, toda vez que la accionante tiene un número superior a 1250 semanas de cotización al sgp, ahora bien, toda vez que el valor es inferior al mínimo legal mensual vigente y en consideración al artículo 35 de la ley 100 que menciona: El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación, no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente, en consideración a ello entonces este juzgado reconoce la pensión en cuantía de \$737.717, salario mínimo para la época del año 2017, a favor de la aquí demandante, con los respectivos incrementos anuales a partir del 1 de noviembre de 2017, esto es, a partir del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

día siguiente de la última fecha de cotización en calidad de cotizante independiente. Igualmente, debe indicar este juzgado que se reconocen 13 mesadas comoquiera que la pensión se reconoció después del 31 de julio de 2011, encontrándose en vigencia el acto legislativo 01 de 2005.

Sobre las excepciones, es prudente y razonable estudiar la excepción de prescripción propuesta por la demandada, y sobre este tema encuentra el juzgado que la demandante Luz Ema Mora Díaz, solicitó su derecho pensional ante Colpensiones el 29 de noviembre de 2017, como se corrobora en la resolución suv45860 del 23 de febrero de 2018, folios 32 a 34 del plenario, después de cumplir con el requisito de la edad que fue el 3 de junio de 2017, folios 6 y 7, copia de la cédula y registro civil de nacimiento, con lo que se demuestra que la demandante no dejó pasar, para este entonces, mas de 3 años para elevar la respectiva reclamación en referencia al cumplimiento de la edad. Y luego de elevar los respectivos recursos de ley contra la resolución antes mencionada, siendo resueltos los mismos por Colpensiones, de manera negativa, en resoluciones suv65454 del 8 de marzo de 2018, folios 39 a 43, y la de ied6091 del 26 de marzo de 2018, folios 43 a 46, y radicó la presente demanda el 13 de junio de 2018, como consta en el acta de reparto folio 47. Se puede entonces concluir que no hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción, pues no se ha superado el término legal de los 3 años, como lo indican los artículos 151 del código de procedimiento laboral y seguridad social y artículos 488 y 489 del código sustantivo del trabajo. Las demás excepciones, por las resultas del proceso, no se analizan. Entonces pasemos a desarrollar la liquidación en concreto. Se procede por parte de este juzgado a liquidar cada anualidad para establecer el retroactivo pensional así:
Fecha inicial 1 de noviembre de 2017, fecha final 31 de diciembre de 2017, valor mesada \$737.717, número de mesadas: 3, subtotal \$2.213.151.
Fecha inicial 01 de enero de 2018, fecha final 31 de diciembre de 2018, valor mesada \$781.242, número de mesadas 13, subtotal \$10.156.146.
Fecha inicial 01 de enero de 2019, fecha final 30 de septiembre de 2019, valor mesada \$828.116, número de mesadas 10, subtotal \$7.453.044.
Total: \$19.822.341.

Por lo que se reconoce un retroactivo pensional desde el momento de causación de la pensión que a la fecha entonces asciende a la suma ya mencionada, es decir, \$19.822.341.

Sobre los intereses moratorios. Se recuerda que la parte demandante solicita se le reconozca intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, al respecto encuentra el juzgado que es procedente reconocer los intereses por la demora de Colpensiones en reconocer la pensión, para reconocer los intereses el juzgado los reconocerá pasados 4 meses de la fecha en que se reconoce la pensión, es decir, a partir del 1 de marzo de 2018, los cuales a la fecha ascienden a la suma de \$4.866.274.20, como quiera que la norma es clara, los intereses se liquidarán con la tasa vigente al momento de su pago.

DE LOS RECURSOS

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

“Gracias señor juez, interpongo recurso de apelación teniendo en cuenta que la demandante no acredita el requisito de las semanas mínimas previstas para el año 2018, es decir, 1300 y en consecuencia no es procedente el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

reconocimiento de la pensión de vejez. Al verificar la historia laboral de la demandante, la señora Luz Ema Mora Díaz, se constata que a la fecha registra un total de 1052 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones, por lo tanto, no acredita el requisito para acceder a la pensión de vejez, también no se logra establecer que los tiempos faltantes que se hacen mención en la sentencia, del 30 de mayo de 1988 al 30 de marzo de 1994, fueran cotizados al sistema general de pensiones, por lo tanto los actos administrativos que expidió mi representada dando respuesta como lo son la resolución suv45860 del 23 de febrero de 2018, la resolución suv65454 de 8 de marzo de 2018 y la resolución dri6091 del 26 de marzo de 2018, la decisión que tomó frente a los mismos se encuentra ajustada a derecho y por lo tanto solicito que mi representada sea absuelta de las condenas impuestas por este despacho. Muchas gracias

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala a establecer si en el presente caso, procede el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la actora, como quiera que la parte demandada insiste en que no se cumplió el requisito de densidad de semanas cotizadas.

En el presente caso se encuentra que la demandada ha negado el reconocimiento y pago de la pensión solicitada, alegando que no es dable tener en cuenta tiempo laborado por la actora en la Caja Agraria, para los periodos 30 de mayo 1988 al 30 de marzo de 1994.

Argumenta la demandada en resolución DIR6091 del 26 de marzo de 2018, que, en relación a los tiempos públicos al servicio del Ministerio De Agricultura, en el periodo comprendido desde 30/05/1988 y hasta el 10/06/1999, y presuntamente cotizados al instituto de seguro social, se procedió a elevar requerimiento número 2017_12834042 a la dirección de historia laboral, a fin de que dicha dependencia analizara las razones por las cuales en la historia laboral de la afiliada no se estaban teniendo en cuenta todos los tiempos de servicios relacionados en el CLEP, a lo cual se dio respuesta en los siguientes términos: *“de acuerdo a su solicitud, se realizan las validaciones correspondientes y correcciones a que hubo lugar, se informa que dentro de las validaciones se evidenció que los aportes certificados por el ministerio de AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, fueron cotizados bajo la razón social CAJA DE CRÉDITO AGRARIO*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

INDUSTRIAL Y MINERO S.A., CAJA AGRARIA, la cual hasta el ciclo 199412 contaba con diferentes números patronales, para los ciclos que comprenden del 30/05 de 1988 al 03/01 de 1994, no se logró establecer el número patronal con el cual fueron realizados los aportes por parte del empleador, por lo anterior es necesario que se suministre dicho número patronal para realizar las validaciones y correcciones a que haya lugar, en este orden de ideas para que Colpensiones pueda realizar las validaciones a que haya lugar a fin de proceder a realizar de manera efectiva la corrección de la historia laboral de la afiliada, esta deberá aportar número patronal bajo el cual el ministerio de agricultura y desarrollo rural realizó las cotizaciones a su favor”

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura encuentra que fueron acertados los razonamientos esbozados por el Juez de primer grado y que lo llevaron a concluir, que se deben tener en cuenta la totalidad de los periodos laborados por la actora al servicio de la Caja Agraria, ya que se encuentran debidamente certificados conforme se evidencia de las documentales 26 a 30 del plenario.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que efectivamente la actora contaba con un total de 1360 semanas cotizadas, por lo que contrario a lo señalado por la demandada, sí acredita el requisito de densidad de semanas cotizadas y que exige la ley 797 de 2003.

Lo anterior, como quiera que dicha ley en su artículo 9, exige 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, requisito éste que como ya se indicó, fue superado por la actora, ya que contaba con 1360.

Igualmente se encuentra que no fue objeto de discusión lo relacionado con el cumplimiento del requisito de edad, el cual e corrobora con la copia de la cédula de ciudadanía de la actora, visible a folio 6 del plenario y n la que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

consta que nació el 3 de junio de 1960, por lo que se tiene que cumplió los 57 años de edad, el mismo día y mes del año 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, se habrá de confirma la condena impuesta por el Juez de primer grado, ya que revisada la totalidad de la actuación surtida, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta, se encuentra que la misma está ajustada a derecho como quiera que el valor de la mesada pensional de la actora fue ajustada al salario mínimo legal mensual vigente para cada año y por 13 mesadas.

Igualmente se encuentra que no se vio afectado por el fenómeno de la prescripción ya que la actora solicitó su derecho pensional ante Colpensiones el 29 de noviembre de 2017, como se corrobora en la resolución SUV45860 del 23 de febrero de 2018, folios 32 a 34 del plenario, y luego de elevar los respectivos recursos de ley contra la resolución antes mencionada, siendo resueltos los mismos por Colpensiones, de manera negativa, en resoluciones SUV65454 del 8 de marzo de 2018, folios 39 a 43, y la de IED6091 del 26 de marzo de 2018, folios 43 a 46, y finalmente radicó la presente demanda el 13 de junio de 2018, no se superó el término legal de los 3 años, por lo que se habrá de confirmar la sentencia en su totalidad.

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 apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

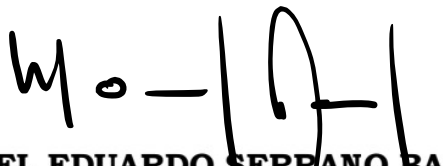
**Proceso Ordinario Laboral No. 25 2018 365 01 Dte: LUZ EMA MORA DIAZ Ddo.:
COLPENSIONES**

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. 29 2016 080 - 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: NILSON ANDRES SANCHEZ SUESCUN

DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN

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 Veintinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 18 de julio de 2019, por la apelación presentada por la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor NILSON ANDRES SANCHEZ SUESCUN, por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1 de octubre de 2000 al 30 de mayo de 2014, que

como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, al reconocimiento y pago de las vacaciones, primas de servicios, cesantías, e intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social, las indemnizaciones previstas en los art. 65 y 66 del C.S.T., la indexación de las condenas y los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fls. 16 y 17)

Fundamentó sus pretensiones afirmando en síntesis que:

- Que se vinculó mediante contrato de trabajo con la demandada el día 1 de octubre de 2000.
- Que ingresó en el cargo de mensajero, pero fue promovido a Coordinador del Departamento de Mercadeo.
- Que la demandada no le canceló lo correspondiente a las cesantías, aportes a seguridad social, vacaciones y primas.
- Que el último salario devengado, fue la suma de \$1.500.000 y que a la fecha de la presentación de la demanda, la demandada no le ha cancelado los conceptos que acá e reclaman. (fl.- 17)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada la demandada, procedió a dar contestación, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 6, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y compensación (fl.- 64 – 72)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 18 de julio de 2019:

1. Condenar a la fundación universitaria san Martín, representada legalmente por Ricardo Bolaños Peñalosa, o por quien haga sus veces, a pagar al demandante NILSON ANDRÉS SÁNCHEZ SUESCUN,

identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.762.483, las siguientes sumas y conceptos: \$8.545.374, por cesantías; \$3.091.250, por intereses de cesantías; \$12.145.400, por concepto de prima de servicios; \$312.500 por concepto de vacaciones; \$15.500.000, por concepto de indemnización por despido; \$12.500.000, por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

2. Ordenar que las condenas impuestas sean indexadas al momento de su pago.
3. Condenar a la demandada a pagar las sumas correspondientes a cotizaciones para pensión en favor del actor por los periodos adeudados así: diciembre de 2002, agosto a noviembre de 2008, febrero a diciembre de 2009, enero 2010, julio a diciembre de 2013 y enero a mayo de 2014, de acuerdo con las pautas que le fije el fondo de pensiones al que se encuentre vinculado el actor.
4. Condenar en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.
5. Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.
6. Absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Fundamentó su decisión, señalando:

“El señor Nilson Andrés Sánchez Suescún a través de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra la fundación universitaria san Martín para que previo los tramites legales, se reconozcan en su favor las siguientes pretensiones: se declare que entre las partes existió un contrato laboral a término indefinido, vigente del 1 de octubre de 2000 y el 30 de mayo de 2014, que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condenen a la demandada al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, primas de servicios y cesantías e intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social debidos a lo largo de la relación laboral, que se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del código sustantivo del trabajo, a la indemnización de que trata el artículo 65, que se condene ultra y extra petita, y en costas. Fundamenta sus pretensiones en los hechos narrados a folios 17, que tienen que ver con la existencia del vínculo laboral, la cual inició el 1 de octubre de 2000, igualmente con la falta de pagos por parte de la universidad

demandada, igualmente la terminación del contrato de trabajo, por renuncia motivada presentada por el señor demandante. Una vez presentada la demanda y admitida por el juzgado, procede a notificarse, se libra auto mediante el cual se acepta la demanda, mediante auto del 6 de abril de 2016, una vez se notifica se contesta la demanda mediante escrito que obra a folio 64, dentro de la contestación de la demanda se acepta el vinculo laboral alegado por la parte actora y se proponen como excepciones frente a las pretensiones de la demanda la de buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y prescripción. Posteriormente el juzgado tiene por contestada la demanda y cita a las partes para que tenga lugar la audiencia de la que trata el artículo 77 del código procesal del trabajo y la seguridad social, diligencia esta que se declara fracasada, así mismo se decretan y evacuan las pruebas solicitadas por las partes en audiencia llevada el pasado 16 de julio del presente mes. Así entonces, surtido el trámite correspondiente y reunidos los presupuestos procesales para que el despacho pueda pronunciarse de fondo respecto del problema jurídico planteado, emitiremos el fallo previas las siguientes consideraciones:

En primer lugar, recordemos que no existe oposición alguna ni al momento de contestar la demanda, ni posteriormente en los alegatos de conclusión por la parte demandada en cuanto a la existencia del vinculo laboral alegado, los extremos y salarios del mismo. La oposición que hiciese la parte demandada y que se ratificaron en los alegatos de conclusión, tiene que ver con la excepción de prescripción, igualmente también hace oposición en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria y la fecha hasta la cual esta debe, en caso tal, pues condenarse. Así entonces, estando aceptado el vínculo laboral y además estando demostrado mediante las documentales que obran a folios 1 a 12 y 73 a 93 del expediente, tenemos que en efecto entre las partes existió un contrato de trabajo, que este contrato estuvo vigente entre el 1 de octubre de 2000 y el 30 de mayo de 2014; que el último cargo desempeñado por el demandante, correspondió al de coordinador de mercadeo, con una asignación mensual de \$1.500.000, lo cual se acredita, como ya dijimos, con los documentos que obran a folios 2 a 12 y 73 a 93. Sentado lo anterior, entraremos a determinar si en efecto al demandante se le adeudan o no los emolumentos aquí ha hecho referencia. El despacho debe recordar que en el interrogatorio de parte que absolvió el demandante se refirió a las varias reclamaciones que le hizo el empleadora demandada para que le fueran cancelados los derechos laborales pretendidos en la demanda sin que hubiere obtenido pago de los mismos, a pesar de haber sido reconocidas esas acreencias en la liquidación efectuada el 28 de octubre de 2016 por la fundación universitaria san Martín, las que concreto en el documento allegado por el actor, que fue incorporado a folio 107 del expediente, en el que se observan liquidadas las siguientes sumas y conceptos como adeudados: Cesantías: \$11.562.374 correspondientes al periodo comprendido entre el año 2012 a 2014, intereses a las cesantías por un valor de \$3.091.250, años 2012 a 2014; prima de servicios \$625.000, año 2014 y vacaciones \$312.500 correspondiente al año

2014. A folios 91 y 92 del expediente se incorporaron en fotocopias la comunicación de fecha 18 de noviembre de 2005 dirigida por el demandante al departamento de recursos humanos de la demandada, en la que solicita el pago de las primas de mitad de año correspondientes al 2004 y 2005, igualmente solicita que le sean consignadas las cesantías del año 2004, en la audiencia en que absolvió interrogatorio de parte, el actor allegó la comunicación del 11 de marzo de 2008, en la que le solicito a la demandada se le efectuara la consignación de sus cesantías correspondientes a los periodos 2004, 2005 y 2006; asimismo manifestó que las causadas en el año 2007 ya habían sido consignadas y eso está a folio 118, asimismo allego el derecho de petición de fecha 20 de junio de 2014, elevada a recursos humanos de la demandada en la que reiteró su solicitud de pago acreencias laborales, y eso está a folio 108 a 109. A folio 92 del expediente se observa el extracto anual de cesantías que expide el fondo porvenir en la que figura la consignación de fecha 14 de febrero de 2007 por la suma de \$342.629.3. y a folio 113, el referido fondo certifica que la demandada le efectuó consignaciones de cesantías por los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2007 y 2014 en un total de \$3.017.000. acorde con lo anterior, efectuadas las operaciones pertinentes y teniendo en cuenta la suma reconocidas como adeudadas por la demandada, y efectuado el descuento de las que acredita su pago, se establece a favor del demandante como cesantías adeudadas la suma de \$8.545.374; por intereses a cesantías se condenará al pago de la suma reconocida como adeudada por la demandada, esto es, \$3.091.250; en cuanto a las primas de servicios se debe considerar que el demandante al ser interrogado por el apoderado de la demandada sobre lo adeudado por este concepto, manifestó que no le fueron pagadas las primas de servicios causadas en junio del año 2002 a 2006 y 2010 a 2014, correspondiente a la empleadora enjuiciada y le correspondía entonces a la empleadora, demostrar que si efectuó tales pagos y al no hacerlo, siendo esto una obligación de la empleadora en los términos del artículo 306 del código sustantivo de trabajo, se establece su pago en la suma de \$12.145.400.

En lo que tiene que ver con la compensación de vacaciones, considerado lo que al efecto prevé el artículo 189 del código sustantivo de trabajo, al establecer que cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de esta procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción, de acuerdo con lo manifestado por el demandante al absolver el interrogatorio de parte, al haber aceptado que le fueron reconocidas las vacaciones, se establece como adeudadas las correspondientes al ultimo periodo laborado que la demandada acepta deber en la referida liquidación en cuantía de \$312.500. en cuanto tiene que ver con los aportes a la seguridad social, recordemos que de conformidad con el artículo 22 de la ley 100 de 1993, pues es una obligación de todo empleador efectuar la correspondiente cotización al sistema de seguridad social, recordemos igualmente que los aportes a seguridad social en salud y en riesgos laborales, pues son coetáneos con la prestación del servicio mas no así lo correspondiente a la pensión como

quiera que este derecho es imprescriptible. Así, en el caso en concreto el juzgado y acreditada la vinculación laboral del demandante por el tiempo comprendido entre el 1 de octubre de 2000 y el 30 de mayo de 2014, y de acuerdo con la historia laboral del demandante expedida por porvenir s.a., que se encuentra incorporada a folio 104 y 105 del expediente, se establece que la parte demandante efectuó la vinculación e hizo los pagos respectivos desde el inicio del vínculo laboral, pero tuvo omisiones en esos pagos por los siguientes periodos: diciembre de 2002, agosto a noviembre de 2008, febrero a diciembre de 2009, enero de 2010, julio a diciembre de 2013 y enero a mayo de 2014. En consecuencia, procede la condena por estos periodos no pagados y corresponderá al fondo de pensiones fijar los lineamientos para que la parte demandada efectúe el pago de los aportes a pensión por los periodos ya mencionados. En lo que tiene que ver con la indemnización por despido, solicita el actor el reconocimiento a la indemnización por despido con fundamento en haber presentado una renuncia por justa causa, decisión que manifiesta haber tomado en razón al incumplimiento de su empleador frente al pago de sus prestaciones sociales. A este pedimento se opone la parte demandada al afirmar que la terminación del contrato de trabajo que la vinculada con el actor, terminó en razón a la renuncia por este presentada y al cargo que desempeñaba. A los autos se incorporó el escrito de renuncia presentado por el trabajador a folio 4 y 5, en el que se expone que su renuncia obedeció "...a que en los últimos años la universidad no ha cumplido con los deberes mínimos que tiene con sus trabajadores y por ende se me ha vulnerado los derechos de las siguientes situaciones, y relaciona en 8 numerales las circunstancias que consideró como incumplimientos de su empleador suficientes para dar por terminado el contrato de trabajo. En el interrogatorio de parte absuelto por el demandante manifestó que su renuncia estuvo motivada en los múltiples incumplimientos de su empleador en los pagos de sus derechos laborales y en las cotizaciones al sistema de seguridad social, por lo cual tuvo dificultades para la atención en salud, principalmente de su menor hijo, quien por el estado de salud que presentó, requirió atención médica y debió sufragarla por su propia cuenta. Sostuvo que por esos incumplimientos en las obligaciones de su empleador le hizo 6 reclamaciones y nunca le hicieron pagos reclamados. A partir de las pruebas reseñadas, el despacho puede colegir que la renuncia presentada por el demandante no obedeció a su libre voluntad y entra a disposición por los documentos antes relacionados y las situaciones frente a las deudas de carácter laboral respecto del mismo permiten determinar como ciertos los argumentos del trabajador expresados en su carta de terminación del contrato. Tales consideraciones de orden fáctico imponen hacer una precisión conceptual respecto al despido indirecto para lo cual el despacho cita lo dicho por la honorable corte suprema de justicia en sentencia del 6 de abril de 2001, así: "... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminado la relación contractual por su iniciativa pero por justa causa contemplada en la ley imputable al empleador, en este caso los hechos o motivos aducidos por

el demandante deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual, artículo 7 decreto 2351 de 1965, y estar contemplados como justa causa de terminación en el literal B del artículo 7 del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificado además al empleador con tanto oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos. Es necesario establecer entonces en cada caso cual fue el comportamiento de cada una de las partes al presentar la terminación unilateral del contrato de trabajo ya que las consecuencias que se derivan de tal tipo de fenecimiento dependen de la conducta asumida por cada uno de los contratantes. Así cuando es el patrono quien manifiesta la decisión de terminar el vínculo laboral, manifestación que puede ser verbal o escrita por hechos inequívocos, se trata de un despido puro y simple que resultará justo o injusto según se alegue o no, y en el primer caso se demuestre debidamente las causas que lo motivaron y si tal decisión proviene del trabajador a causa de incumplimiento de sus obligaciones por parte del patrono, así debe hacérsele saber a este en el momento de darle por terminado el contrato y si el trabajador demuestra ese incumplimiento podrá decirse que hubo un despido indirecto imputable al patrono. De lo contrario, habrá una simple terminación del contrato por parte del trabajador que le ocasionará las consecuencias previstas en la ley por se obrar ilegítimo, eso lo dijo la corte suprema de justicia en la sentencia del julio 7 de 1988. En esa medida debe acreditar la parte contractual que fenece el contrato por iniciativa unilateral, en caso de autos, el trabajador en primera medida señaló el incumplimiento de las obligaciones del parágrafo único del artículo 62 del código sustantivo del trabajo que obliga en el momento de la extinción a expresar las causas o motivo de la ruptura a fin de que la parte que termine unilateralmente el vínculo contractual no pueda sorprender posteriormente a la otra alegando motivos extraños que no adujo, distintos al que manifestó como justificativo de la terminación. De acuerdo con lo probado en juicio, pues resulta claro que el demandante al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, había sido objeto del incumplimiento que aduce en la carta como era la omisión en el pago de las prestaciones sociales a las cuales es condenada la parte demandada, igualmente pues el no pago de los aportes a la seguridad social, que en esta ocasión se condena en pensiones, pero que igualmente no se aportó prueba que demostrase que durante toda la vinculación laboral se hicieran aportes a salud y a régimen de riesgos laborales, es decir, que en este caso le asiste razón a la parte actora cuando reclama la indemnización por el llamado despido indirecto y esto porque el demandado o la universidad demandada incumplió con su principal obligación como lo es, en primer lugar pagar los aportes a la seguridad social, igualmente las prestaciones adeudadas al demandante. Por lo tanto, se ordenará de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del código sustantivo de trabajo, a pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa atribuible al empleador la suma de \$15.500.000. en lo que tiene que ver con la indemnización del artículo 65 que es solicitada por la parte actora, frente a esta sanción, el apoderado de la demandada señala que se

debe tener en cuenta el estado en que se encuentra la fundación universitaria y que se debe atener a lo dicho en algunos estrados judiciales, el despacho debe señalar y así lo ha determinado en otros proceso que se han seguido contra la fundación universitaria san Martín, que efectivamente aunque recordemos también que la indemnización moratoria no opera de manera automática sino que debe verse en cada caso el actuar del patrono y de ese actuar verse la buena fe, se absolverá de su pago. En este caso, antes de que fuese llamada por el ministerio de educación o que fuese intervenida la universidad por parte del ministerio de educación, ya se había producido la ruptura de ese vínculo laboral por el trabajador por causas atribuibles al empleador que tenían que ver precisamente con el no pago de las acreencias, por lo tanto, considera el despacho que en este caso no existe buena fe en el no pago, sin embargo y así lo ha determinado en otros procesos, tampoco se puede ir más allá de esa fecha en que existió esa intervención por parte del ministerio de educación, porque es claro y así es demostrado que a partir de la fecha de la intervención, pues era imposible por dicha intervención cancelar rubro alguno, tan es así que las deudas de los trabajadores, no solamente la del demandante, está esperando que puedan ser canceladas. Tan es así también que se han conciliaciones, inclusive que hasta el año 2020, 2021 y 2022 se van a pagar algunas acreencias y eso precisamente por esa propia intervención, es decir que no es un supuesto sino es un hecho real y jurídico que solamente la indemnización en este caso se tasará hasta el día entre el 30 de mayo de 2014 hasta el 10 de febrero de 2015, y eso asciende a la suma de \$12.500.000. Así en ese orden, esas serán las condenas que se impondrán en la parte resolutive pues se especifica nuevamente.

“Finalmente, el despacho se pronunciara sobre la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, recordemos que la universidad demandada acepta la vinculación laboral, acepta que se le adeuda al trabajador la sumas a que se ha hecho referencia porque inclusive aparecen las liquidaciones, acepta el no pago de las acreencias a la seguridad social, sobre el no pago sobre el no pago a pensiones, no opera el fenómeno de la prescripción y fundamenta la excepción de prescripción en el artículo 94 del código general del proceso, al manifestar que al transcurrir más de un año entre la fecha en que se profirió el auto admisorio de la demanda y la notificación de este a la demanda, se hace necesario verificar los aspectos inherentes a la fecha de finalización del contrato de trabajo del actor y si se presenta interrupción de la prescripción, como señala la normas laborales. En el presente caso no media discusión entre las partes como, ya dijimos, sobre el extremo final del contrato de trabajo que las unió, hecho ocurrido el 30 de mayo de 2014, así mismo se evidencia que la demanda fue presentada a reparto el 28 de marzo de 2016, es decir, antes de cumplir los 3 años de desvinculación, y eso atendiendo a las normas expresas respecto de la prescripción en materia laboral que lo son el artículo 488, 489 del código sustantivo del trabajo y 151

del código procesal del trabajo, que establecen que únicamente prescriben los derechos si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hacen exigibles y dicha prescripción se interrumpe con el simple reclamo del trabajador. Recordemos respecto a la prescripción las normas laborales tiene norma propia. El auto admisorio de la demanda se profirió el 6 de abril de 2016 a folio 22 y el 13 de septiembre de 2016, esto es bien importante y el despacho reviso, porque aunque a sentir del despacho no debe darse aplicación a esta norma del código general del proceso porque tenemos norma expresa, sin embargo, revisamos el proceso y encontrado lo siguiente: que el auto admisorio de la demanda se profirió el 6 de abril de 2016 y obra a folio 22 y el 13 de septiembre de 2016 la parte demandada allegó escrito mediante el cual su representante legal confirió poder para ser representado en este juicio a folio 28, hecho que como se evidencia ocurrió con antelación al año de haberse dictado el auto admisorio de la demanda. Es decir que la universidad tenía conocimiento de la existencia de este proceso, aun si posteriormente se dio notificada, si tenía conocimiento de la existencia de este proceso mucho antes de haberse vencido el año, es decir, no solamente tenía conocimiento de la existencia del vinculo laboral, no solamente tenía conocimiento de que se le adeudaban esas acreencias laborales al trabajador, sino también tuvo conocimiento de la existencia de ese proceso, por lo tanto el juzgado considera que, en primer lugar como ya hay de plano, lo habíamos dicho, esta prescripción a que hace referencia el apoderado de la parte demandada no está contemplado en nuestro ordenamiento procesal, recordemos que está contemplada la prescripción del artículo 151, además en el código sustantivo se establece la prescripción trienal y eso es un hecho relevante, tenía conocimiento la demandada de esa existencia de ese proceso mediante el escrito que se observa en el plenario. Por lo tanto el juzgado considera que no hay lugar a declarar la prescripción además porque declarar la prescripción seria de alguna manera cercenar esos derechos que por demás no son discutidos, son aceptados por la parte demandada que se adeudan al demandante y en este caso considera el despacho que aun a pesar de la existencia de esa norma de derecho civil y por tratarse el derecho laboral y el derecho del trabajo a ser un derecho de especial protección del estado, esa norma procesal no puede prevalecer sobre el derecho sustantivo y sobre unos derechos ciertos, como son esas prestaciones sociales y esos aportes a la seguridad social que está demostrado se le adeudan al trabajador, por lo tanto se declarará no probada. Igualmente el despacho ordenara que se indexen las sumas adeudadas al trabajador y esto en razón a que el paso del tiempo, la indexación lo que busca es mantener el poder adquisitivo de la moneda, moneda esta que se devalúa pues que no es lo mismo cancelar ahora estas prestaciones que en dos o tres años, o después. Igualmente se condenará en costas a la demandada y se fijarán como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.”

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

“Estando dentro del término legal para ello me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial en cuanto a lo siguiente: No resta decir que este defensor respeta profundamente la decisión adoptada por este despacho, pero sin embargo manifiesto inconformidad en frente a lo siguiente, principalmente frente a la no declaratoria de no probada la excepción de prescripción propuesta dentro del escrito de contestación de demanda, porque si bien el juzgado hace un análisis referente a la no aplicación del artículo del código general del proceso, el artículo 94, lo cual más adelante me permitiré a pronunciar, no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 151 del código procesal del trabajo ni el artículo 488 ni 489 del código sustantivo del trabajo, que fueron relacionados dentro de la excepción previa número 5, presentada dentro del escrito de contestación de demanda, entonces, si a criterio de este despacho no debía darse aplicación al artículo 94 del código general del proceso, mal puede omitir la aplicación de las normas expresas del código procesal del trabajo y del código sustantivo del trabajo, como a bien lo indico, que es la norma que nos somete, dado que impuso una condena por concepto de intereses a las cesantías de \$3.091.000 y por concepto de prima de \$12.000.000, más aun teniendo en cuenta que dentro de interrogatorio de parte, el mismo demandante confesó y aportó en audiencia las diversas reclamaciones que presentó a lo largo de la relación laboral, y como lo indica el artículo 489, la interrupción de la prescripción se interrumpe por una sola vez, con lo cual, el hecho de que existan diversas reclamaciones en diversos periodos no quiere decir que esto genere o nuevamente mute el termino de prescripción generado en el artículo 489, máxime cuando la prescripción frente a los derechos ciertos y demás derechos que se pretendan hacer valer, son completamente diferentes y autónomos frente a cada prestación, por ejemplo, si para el año 2015 no se le habían pagado la prima de servicios y fue para este periodo en que el demandante interpuso una reclamación, era máximo hasta el 2018 que tenia termino para presentar mediante vía judicial para reclamar esta prestación social, lo cual no sucedió. En este proceso se está condenando a mi representada a unos intereses de cesantías, una prima de servicios que no tienen este limite la prescripción establecida en el artículo 488 y 489 del código, así como el artículo 151 del código procesal del trabajo. Ahora bien, frente a la no aplicación del artículo 94 del código general del proceso, a criterio de este defensor si se tiene que dar aplicación, pues si bien nosotros contamos con una norma expresa que es el código procesal del trabajo, el código general del proceso viene a llenar esos vacíos y viene siendo la norma supletiva en el evento que para efectos de materia especial, como lo es el código procesal del trabajo, no exista tal aplicación. Vemos que el artículo 94 del código general del proceso establece que, si posterior al año siguiente del auto admisorio de la demanda, o mejor dicho si durante ese año posterior al auto admisorio de la demanda, no se logra hacer todos los efectos de notificación como exige la ley, el efecto de la interrupción de la prescripción que se generó con la presentación de la demanda, pierde todo su efecto y el mismo únicamente hace efecto cuando se notifica la parte demandada, que en

este caso fue a inicios de este año 2019, o en gracia de discusión como se digo en los alegatos con el envío de la notificación, de la primera notificación, que aparece acá en el expediente que se realizó a mediados de mayo de 2018, fecha para la cual ya habían transcurrido mas de 2 años. Ahora bien, igualmente a criterio del despacho, no se podía dar aplicación y en gracia de discusión a lo dispuesto en el artículo 94, ya que a folio 28, 29, 30 y siguientes, existen documentos de un poder que fue otorgado por la fundación universitaria san Martín. Sin embargo y a criterio de este defensor, se hizo un mal análisis frente a este documento por lo siguiente; primero, cuando se allegó este documento al expediente, si bien acá reposa un poder a folio 35 se evidencia un documento que se denomina terminación del contrato por vencimiento de términos, el despacho sin haber notificado al supuesto apoderado de la fundación universitaria san Martín, que indica es lo atinente a folio 28 y siguientes, a folio 36 en auto del 20 de marzo de 2018, emite un auto donde dice que acepta la renuncia presentada por John Jairo García López, apoderado de la fundación universitaria san Martín. Acá no se puede alegar que se acepta una renuncia al poder cuando ni siquiera un auto o un acta en el cual se le notificara ese proceso a tal apoderado, luego entonces no se había notificado a la fundación universitaria san Martín y ni siquiera anterior a este documento se aviso el envío de la primera comunicación del artículo 291, referente a la notificación personal. Como lo indique en sus alegatos y reitero nuevamente, la primera notificación del 291 se remite para, y ya diré la fecha exacta, se remite con memorial por ejemplo de septiembre de 2018, el 4 de septiembre, acá el apoderado en su momento dice certificado de entrega de correo interrapiidísimo el 22 de agosto de 2018, de acuerdo al artículo 291 del cgp, eso quiere decir que para el 22 de agosto de 2018, la parte demandante no había hecho las gestiones de notificación, mi representada no había hecho acción alguna para notificarse, pues como lo indico, el hecho de que existan unos documentos dentro del expediente donde supuestamente se reconoce personería a un abogado, no da cuenta de ello, puesto que no hay ni siquiera un documento o auto que le hubiere reconocido personería a este apoderado. Por lo cual, a criterio de este defensor, no solamente se tenía que dar aplicación al artículo 94 del cgp, sino en gracia de discusión y en el evento en que el tribunal no acoja esta defensa, si debe dar aplicación a la excepción de prescripción indicada dentro de la excepción número 5 del escrito de contestación que se avizora a folio 71 del expediente, que indica prescripción, sin que implique el reconocimiento de alguna de las pretensiones solicito al señor juez tener como cuenta la excepción de prescripción frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda conforme al termino trienal establecido en el código sustantivo del trabajo, artículo 488, 489, al momento de decidir el presente proceso, así como lo establecido en el artículo 151 del código procesal del trabajo. Luego entonces, se esta viendo cercenada mi representada frente a sus derechos dado que no se está dando aplicación a norma expresa del código sustantivo de trabajo y código procesal del mismo. Teniendo en cuenta todo lo anterior, y el hecho que una parte no desconozca la obligación de pago que tiene frente a diversas acreencias, no genera que no se excepción o se de aplicación a la excepción de prescripción dado que las normas en mención son muy claras que el termino para reclamar las mismas en el evento que estas no hayan sido canceladas es un término trienal y este

no está sometido a que si la parte demandada, en este caso el empleador, tenga o no tenga conocimiento de estas obligaciones, el mismo tenga o no tenga aplicación., es una norma de orden público la cual se tiene que dar aplicación y en la forma en como se indica. Entonces, solicito muy respetuosamente al honorable tribunal se vuelva a estudiar detenidamente la aplicación del artículo 94 del código general del proceso, pues como lo manifesté, esto no es una norma, si bien tenemos una norma especial, esto es una norma que llega de manera puntual a llenar un vacío que es que pasa sino se realizan las acciones pertinentes. Es más, en norma especial del código procesal del trabajo, tenemos los efectos de no generar actuaciones dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del auto admisorio, lo cual en este proceso no se dio, pero también hay normas supletivas dentro del código general del proceso. Y en gracia de discusión en el evento que a criterio del tribunal no sea de recibo este argumento, solicito igualmente se de aplicación a la excepción de prescripción propuesta en referente a la norma especial del código sustantivo del trabajo y el código procesal de trabajo. Muchas gracias

CONSIDERACIONES

En el presente caso se encuentra que no existió discusión en cuanto a la existencia de la relación laboral, así como los extremos y el salario devengado por el actor, estando demostrado y aceptado que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de octubre de 2000, hasta el 30 de mayo de 2014, desempeñando como último cargo el de Coordinador del departamento de mercadeo y devengando como último salario la suma de \$1.500.000.

Así las cosas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS la Sala definirá el único punto que fue objeto del recurso, esto es, lo atinente al tema de la prescripción, conforme a lo establecido en el Art, 94 del C.G.P

Para resolver lo anterior, esta Sala encuentra necesario remitirse a las siguientes disposiciones: el art. 488 del C.S.T. señala:

“PRESCRIPCION DE ACCIONES.

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos*

de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

A su vez el art. 489 de la misma disposición normativa precisó:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION.

El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”

El art. 151 del C.P.L. y de la S.S. establece:

“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

En igual sentido, el Art. 94 del C.G.P. contempla lo siguiente:

“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.
Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los

efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación. La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido. Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos. El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez.”

En el presente caso y de conformidad con lo anterior, se encuentra que no le asiste razón a la Juez de Primer Grado cuando señala que el art. 94 del C.G.P.; no es aplicable al procedimiento laboral, como quiera que esta norma consagra lo relacionado con la ***interrupción de la prescripción procesal*** y nuestro ordenamiento laboral, consagra en su artículo 489, ***la interrupción de la prescripción extra procesal***, conceptos que al parecer confunde la Juez de primer grado.

Ahora, lo que señala la H. Corte Suprema Sala de Casación laboral, en relación con la misma, esto es con la aplicación del art 94 del CGP, es que no es de aplicación automática, así lo señaló como por ejemplo en sentencia 38010 del 2 de julio de 2014 y más reciente en la sentencia 56998 del 15 de marzo de 2017, esta última en la que reitera la sentencia de radicado 10166 del 18 de febrero de 1998, al indicar:

«...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente, por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»

En el presente caso no existe discusión en cuanto a que la demandada fue admitida mediante auto de fecha 6 de abril de 2016 (fl.- 22) y solo fue notificada personalmente el día 5 de abril de 2019, tal y como se evidencia de la diligencia de notificación personal, adosada a folio 63 del plenario, esto es, casi 3 años después de su admisión.

Ahora a efectos de revisar las razones por las cuales existió dicha mora, esta Sala encuentra que la Juez señaló que a folio 28 del expediente se encontraba un poder, conferido por el representante legal de la demandada, a una firma de abogados para que la representara en este proceso y que con el mismo se entendía que la demandada conocía de la demanda y que como dicho acto lo fue antes del término consagrado en el art. 94 del CGP, si operó la interrupción del fenómeno de la prescripción procesal.

No obstante lo anterior, la norma es clara en señalar que lo que debe ocurrir dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante, es la **notificación del auto admisorio**, circunstancia que no acaeció y no se puede confundir el poder allegado con una diligencia de notificación, máxime si el Juzgado no lo tuvo en cuenta para efectos se por ejemplo, tener por notificada a la demandada por conducta concluyente.

Aunado a lo anterior, y a fin de verificar de quien fue la omisión en notificar a la demandada oportunamente, se encuentra como ya se dijo que la presente demanda, fue notificada en estado del 7 de abril de 2016 (fl.-22) y el apoderado de la parte actora Dr. Hernany Triana Aldana, el día 19 de agosto de 2016 (fl.- 23), presentó renuncia al poder a él otorgado, renuncia que fue aceptada por el Despacho el día 1 de septiembre del año 2016 (fl.- 25). Así mismo a folio 26 se encuentra el telegrama enviado al actor, en el que se le informa sobre la renuncia de su apoderado y se le conmina a designar nuevo apoderado para poder continuar con el trámite del proceso, actuación que la parte actora solo cumplió el 1 de marzo de 2018. Esto es, cuando ya se había superado el término consagrado en la norma para lograr la notificación de la demandada.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que con la presentación de la demanda, no se interrumpió el fenómeno prescriptivo, así las cosas y al haberse notificado a la demandada hasta el 5 de abril de 2019, la totalidad de las condenas se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo, ya que la relación laboral feneció en mayo de 2014. Así las cosas, se revocarán los numerales 1 y 2 de la demanda y en su lugar se declarará probada la excepción respecto de los mismos.

No ocurre lo mismo con la condena impuesta en el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia, en la que se condenó a la demandada al pago de los aportes en pensión del actor, por cuanto ha sido amplia la Jurisprudencia proferida por las altas Cortes, en las que se indica que los aportes pensionales son la base para lograr el reconocimiento y pago de la pensión y al ser esta imprescriptible, los aportes corren la misma suerte, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

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: REVOCAR los numerales PRIMERO Y SEGUNDO, de la sentencia objeto de estudio y en su lugar se ABSUELVE a la demandada de las pretensiones relacionadas en estos numerales, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la sentencia apelada.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de las condenas relacionadas en los numerales PRIMERO Y SEGUNDO, de la sentencia objeto de estudio.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia estudiada, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-206-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DENIRYS LOPEZ MIELES

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía N° 37.627.008 de Puente Nacional, portadora de la Tarjeta Profesional 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada 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 en grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 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 DENIRYS LOPEZ MIELES 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 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.40)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 9 de mayo de 1951, estuvo afiliada a CAJANAL desde el 11 de diciembre de 1992 como trabajadora de la DIAN, ingresó al ISS el 1 de enero de 1995, el 1 de junio de 1999 se trasladó a Porvenir S.A., sin embargo, dicho Fondo no se percató que al momento del traslado la actora pertenecía al régimen de transición, 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.34)

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, 9, 37 y 38 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fl.69).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 8, 9 y 40 a 43 y negó los demás. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, enriquecimiento sin causa, buena fe, falta y la innominada o genérica. (fl.115).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2019-206-01 Dte: DENIRYS LOPEZ MIELES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de la demandante el 30 de abril de 1999. Ordenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones y rendimientos y no condenó en costas. (fl.148)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando:

Que a partir del año 2008 la Corte Suprema de Justicia respecto de todas estas solicitudes de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, emitió la sentencia 31989 de 2008 y 33083 de 2011 donde se estudiaron casos similares a la de la demandante, es decir, personas beneficiarias del régimen de transición y en esos pronunciamientos la Corte invierte la carga de la prueba luego de hacer todo un estudio sobre la obligatoriedad que tenían los Fondos de suministrar la información clara, veraz y oportuna a cada uno de los afiliados y señala que le corresponde al Fondo demostrar dentro del juicio, que cumplió con ese deber de información. Ese deber de los Fondos con posterioridad a ley 100 de 1993 se vino implementando, porque el legislador se dio cuenta que había un vacío respecto a esa omisión y deber en derechos tan importantes como el derecho a la pensión.

Este caso no es la excepción, viene a ratificarse el criterio en 2019 y que todo lo dicho en esas primeras sentencias se aplica a todos los afiliados, en este caso no hay distinción alguna de beneficiarios del régimen de transición o no.

La demandante es beneficiaria del régimen de transición, para 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y la edad para pensionarse es de 55 años y la demandante cumplió esos años el 9 de mayo de 2007. El despacho verifico esa circunstancia, lo que significa también que para esa data no había entrado en vigencia el Acto Legislativo. Los 20 años los tenía cumplidos en 2007. El asesor debió haberle manifestado eso a la demandante. En este caso si debió de manera puntual habersele explicado cuándo podía pensionarse con esa transición.

El despacho accederá a las pretensiones de la demanda por no encontrarse probada esa asesoría que debió hacerse a la demandante. La afiliación fue en 1999, de ello da cuenta el formulario de afiliación y en el 2007 ya tendría derecho a pensionarse en el RPMPD, por lo que se declarará la ineficacia y el traslado de todos los aportes y rendimientos a que hubiere lugar.

CONSIDERACIONES

A efectos de conocer el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de primera instancia, encuentra la Sala que lo pretendido por la señora DENIRYS LOPEZ MIELES se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2019-206-01 Dte: DENIRYS LOPEZ MIELLES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

mediante formulario suscrito con **Porvenir S.A. el 30 de abril de 1999**, como se verifica de la copia de formulario de afiliación visible a folio 14 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. 29-2019-206-01 Dte: DENIRYS LOPEZ MILES 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 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 Denirys López 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.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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)

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión consultada, 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.

Aunado a lo anterior y como la presente decisión se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se ordenará a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, **sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración**, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2019-206-01 Dte: DENIRYS LOPEZ MIELES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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.

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2019-206-01 Dte: DENTRYS LOPEZ MIELES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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: ADICIONAR la sentencia consultada, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar lo correspondiente a los gastos de administración a Colpensiones, conforme la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29-2019-206-01 Dte: DENIRYS LOPEZ MIELES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: 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.

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

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

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. 29-2019-206-01 Dte: DENTRYS LOPEZ MILES Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS



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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2018-499-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ESTHER ROCIO ROJAS OLARTE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. OLGA BIBIANA HERNANDEZ TELLEZ quien se identifica con C.C 52.532.969 de Bogotá y TP 228020 C. S de la J. c.c. No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992; en calidad de apoderada de Protección, en los términos y para los efectos del poder.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. 37.627.008 de Puente Nacional y T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder.

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 las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 13 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 ESTHER ROCIO ROJAS 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 y costas del proceso. (fl.55)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS desde el 1 de mayo de 1987 a febrero de 1998, el 1 de abril de 1998 se trasladó a Porvenir S.A. sin ser asesorada respecto de las implicaciones que conllevaba ese traslado, de las ventajas y desventajas de realizarlo, no se le informó respecto del derecho de retracto y aunque ha solicitado el retorno a Colpensiones, la Administradora ha negado tal solicitud. (fl.53)

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 14 y 15 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl.95)

Por su parte, **SKANDIA ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el relacionado en el numeral 16 y manifestó no constarle los mismos. (fl.112)

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el relacionado en el numeral 2 y 16 y manifestó no constarle



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30-2018-499-01 Dte: ESTHER ROCÍO ROJAS OLARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

los demás. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fl.132)

PROTECCION S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el relacionado en el numeral 10 y 12 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica. (fl.158)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante a Porvenir el 1 de abril de 1998. CONDENÓ a Skandia Pensiones y Cesantías, a Porvenir y Protección, a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta individual de la actora con los rendimientos y gastos de administración en el tiempo que la demandante permaneció con cada Fondo. Declaró no probadas las excepciones y no condenó en costas. (fl.206)

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

Que la demandante se había trasladado en primera oportunidad a Porvenir, luego a Protección y finalmente a Old Mutual, Fondo en el que actualmente se concentraba la actora. Agregó que en ninguno de esos tres momentos, especialmente en el primer traslado, esto es con Porvenir, no había acreditado que le otorgó a la accionante la debida información conforme lo había expuesto en diferentes oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien se había firmado un formulario, ello no daba cuenta de la información que se le había otorgado, más aun cuando el mismo sólo contenía datos personales y beneficiarios de la demandante, pero que no se le había explicado, por ejemplo, lo relacionado con el derecho de retracto o cuáles eran los requisitos para pensionarse en uno y otro régimen.

Citó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que debía declararse nulo e ineficaz el traslado y ordenó a cada Fondo, pagar lo correspondiente a los gastos de administración en proporción al tiempo que la actora hubiere estado afiliada a cada Fondo Privado.

Declaró no probada la excepción de prescripción, argumentando que dicho aspecto era imprescriptible.

APELACION



PORVENIR

La demandante conocía las características del RAIS y tenía conocimiento básico del Régimen de Prima Media y aun así optó por el RAIS como su mejor opción, así mismo se debe tener en cuenta, que el RPM se basa en la solidaridad y conceder el traslado solo conllevaría la desfinanciación del mismo, teniendo en cuenta que el traslado desemboca en el reconocimiento de una prestación en un régimen de donde la demandante no ha cotizado gran parte de su vida laboral. Solicito al H. Tribunal no tenga como indicio en contra la falta de documentación que se llevó al momento en que se efectuó la primera asesoría con Porvenir, pues ese deber solo surge con la ley 1748 de 2014 y esta no cuenta con efectos retroactivos, por tanto, no se pueden endilgar obligaciones a las administradoras para épocas en las que no se tenían. En cuanto a gastos de administración, solicito que tenga en cuenta que estos nos son cobrados a capricho de los fondos privados, tienen su sustento en la ley 100 de 1993 y devolver esos gastos se causaría un perjuicio toda vez que esos descuentos componen en un amplio término como los son los porcentajes incluidos en el seguro previsional, en el cual está incluida la reserva de la prestación económica y de sobreviviente

Adicionalmente, estos gastos de administración son utilizados por el fondo para realizar los movimientos que se requieren de la cuenta individual y para el sostenimiento de esta, que a su vez generan unos rendimientos a los cuales mientras la demandante estuvo en Porvenir, se le generaron como nos comprometimos a hacerlo desde el inicio.

PROTECCION

Se observa la falta de interés de la demandante, no deben devolverse los gastos de administración por cuanto no es procedente ya que esos gastos están establecidos en el art. 20 de la ley 100 de 1993 y estos mismos no se podrían trasladar, ya que eso se descontó para la situación de seguro previsional, toda vez que dicho porcentaje fue descontado como vuelvo y lo reitero, con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien es un tercero de buena fe y se debe de recalcar que mi representada siempre ha cumplido con las normas.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS

No fue Skandia quien originó el traslado de régimen, por lo tanto, tal y como en su sentencia lo argumentó el señor juez, es una consecuencia declarativa de la ineficacia de traslado de régimen que ocasionó la codemandada Porvenir, por lo que considera esta apoderada que no debe ser castigada de esta manera Skandia, cuando además dentro del proceso queda demostrada la buena fe de la entidad, adicionalmente como ya lo indicaron las apoderadas de las otras AFP, básicamente esto es un cobro que se realiza por indicación de la ley 100 de 1993 y varios decretos que regulan estas cuotas que además son vigiladas por la Superintendencia Financiera. Si se declara la ineficacia es para que todo vuelva a su estado anterior, por lo que en este caso no debería ser Skandia condenada a trasladar los rendimientos, pues si bien se está condenando a mi representada a trasladar los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30-2018-499-01 Dte: ESTHER ROCÍO ROJAS OLARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

rendimientos, estos deberían ser proporcionales a las cuotas de administración, pero de ser juntos conceptos pues nótese que se está condenando a un perjuicio en contra de Skandia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir, Protección y Skandia, encuentra la Sala que lo pretendido por la señora ESTHER ROCIO ROJAS se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con **Porvenir S.A. el 31 de marzo de 1998**, como se verifica de la documental visible a folio 137 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 conocimiento 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 Rojas Olarte 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)

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 las apelantes 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, en relación con el argumento de todos los Fondos demandados 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 como lo dijo el juez a quo, son todos los Fondos quienes deben efectuar el pago de dichos gastos, **pues debido a que la actora permaneció determinado periodo en cada uno de ellos, en Porvenir desde el 31 de marzo de 1998, en Protección desde el 23 de febrero de 2005 y en Skandia desde el 1 de diciembre de 2008 a la actualidad (fls. 117, 137 y 168), en proporción a dicho periodo es que deben pagar lo correspondiente a gastos de administración**, es que no puede desconocerse el tiempo de permanencia que la señora Esther Rocío estuvo en tales Administradoras y lo que dicha afiliación conllevó y ahora retorno a Colpensiones conlleva.

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.

Sin embargo, se dispone **modificar el numeral PRIMERO** de sentencia recurrida, para en su lugar declarar únicamente la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por la actora y no la nulidad, pues la ineficacia es la figura aplicable al caso bajo estudio como lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 30-2018-499-01 Dte: ESTHER ROCÍO ROJAS OLARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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. 30-2018-499-01 Dte: ESTHER ROCÍO ROJAS OLARTE 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: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la **ineficacia y no nulidad** del traslado pensional efectuado por la demandante, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: 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.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

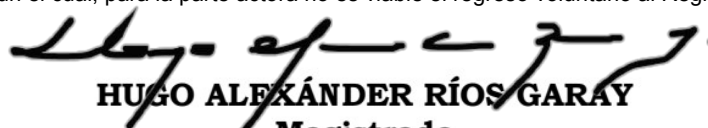
Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


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. 30-2018-499-01 Dte: ESTHER ROCÍO ROJAS OLARTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2018-118-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO
DEMANDADO: GLOBAL HOSPITALITY SERVICES SAS

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 la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de junio de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora YINA PAOLA PEDROZA 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 fijo desde el 25 de julio de 2016 al 24 de julio de 2017 prorrogándose hasta el 24 de julio de 2018 y como consecuencia de ello, se condene al pago de reliquidación de prestaciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

sobre el salario realmente devengado y las indemnizaciones a que haya lugar.
(fl.7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre los pates se celebró un contrato de trabajo desde el 25 de julio de 2016 prorrogándose hasta el 24 de julio de 2018; el cargo desempeñado fue el de Coordinadora Selección Bienestar y devengó un salario de \$1.500.000.

Agregó que el día 13 de febrero de 2018 se le terminó el contrato sin habersele cancelado lo correspondientes a prestaciones sociales y vacaciones y con el salario realmente devengado. (fl.4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda GLOBAL HOSPITALITY SERVICES SAS se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados en los numerales 4 a 6 y 8 y 9 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó nadie puede alegar su propio dolo en su favor, prescripción y la genérica. (fl.100)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la existencia de un contrato a término fijo a un año desde el 25 de julio de 2016 al 13 de febrero de 2018 y condenó al pago de reliquidación de prima de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones, a la indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignar de manera completa las cesantías y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral por un monto adicional de \$600.000.
(fl.133)

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

El Fallo que el derecho corresponde conforme a lo siguiente el artículo 22 del código sustantivo de trabajo define lo que entenderse por contrato de trabajo el artículo 23 consagra



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

los elementos esenciales siendo estos servicios personal subordinación y dependencia y salario, la Corte Suprema de Justicia sala de casación habla sobre las certificaciones despedidas por el empleador en sentencia 39.050 del 6 de marzo del año 2013 siendo magistrado ponente el Doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve señaló lo siguiente “Esta sala de la corte explica de vieja data que el juez laboral debe tener en principio como un hecho cierto el contenido de las constancias especiales por el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo en pero ha dicho igualmente que es posible probar algo distinto a lo que se haya consignado en una constancia y que la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no dejes sombra de duda de manera que para destruir el hecho admitido documentalmente el juez hubiera acentuar el rigor la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haya que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicio y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral sentencia del 8 de marzo de 1996 radicación 8.360 al revisar el expediente dentro del plenario aparecen dos certificaciones expedidas por el empleador una a Folio 25 y otra a Folio 26 en dichas certificaciones Folio 25 se indica lo siguiente certificación con la presente certifico que Yina Paola Pedrosa Pulido labora en esa empresa con un contrato las siguientes características cargo coordinadora de selección y bienestar fecha de ingreso 25 de julio del año 2016 tipo de contrato fijo un año salario mensual \$900.000 pesos promedio horas extras y recargos \$600.000 pesos estas certificaciones del 28 de julio del año 2017 a Folio 26 del expediente aparece una certificación en donde se indica con la presente certifico Yina Paola Pedrosa Pulido labora en esta empresa con un contrato en las siguientes características cargo coordinadora de selección y bienestar fecha de ingreso 25 de julio del año 2016 tipo de contrato fijo un año salario mensual \$900.000 pesos auxilios extralegales \$600.000 pesos de fecha 29 de septiembre del año 2017. A Folio 112 del expediente aparece un documento denominado constancia por pérdida de documentos en donde se señala que la señora Nadia Andrea García Rodríguez reportó el extravío de los documentos elementos relacionados a continuación carpeta laboral con los documentos de Yina Paola Pedroza Pulido identificada con cédula 1.023.928.089 contenía un contrato laboral afiliaciones a la de EPS ARL el CCF procesos disciplinarios documentos de legalización de retiro liquidación notificación de retiro del documento obrante a folios 25 Folio 26 folios 112 es claro para este estrado judicial que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo, contrato de trabajo a término fijo por un periodo de duración de un año en el interrogatorio que absuelve al representante legal de la demandada dicho sea de paso que lo que indica la parte del interrogatorio solo sirve de prueba de lo que le perjudica ella niega le existencia de un contrato indicando que es un contrato de trabajo pero que no fue que no era cierto que fuera escrito ni era cierto que el contrato fuera a término fijo sin embargo del documento obrante a Folio 25 Folio 26 y Folio 112 es claro se reitera que sí existió un contrato escrito y que ese contrato escrito era a término fijo no puede dejarse de lado que quién denuncia la pérdida de documentos es la señora Nadia Andrea García Rodríguez o al menos eso es lo que se indica en el documento que es aportado por la misma parte demandada con la contestación de la demanda y es ella quien manifiesta en un documento que se supone que es público que dentro de los papeles perdidos se encuentra un contrato



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

laboral de la demanda por lo que en el caso que nos ocupa y al no haberse probado en contrario se le tienen dar plena validez jurídica las certificaciones sobrantes a Folio 25 y a Folio 26 del expediente esto es deberá concluirse que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo destino fijo por un período duración de un año que comenzó a regir el día 25 de julio del año 2016 por lo que el término de duración del contrato iría hasta el día 24 de julio del año 2018 sobre la causa o motivo terminación del contrato de trabajo ha señalado la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en reiterada jurisprudencia como la del 28 de julio de 1977 siendo magistrado ponente Doctor Juan Hernández Sáenz lo siguiente ha sido jurisprudencia constante está salir del extinto Tribunal Supremo del trabajo que les pide el trabajador no se presume cuando fenece el vínculo laboral sino que demostrarse por este para qué entonces el patrono que en el Francia acreditar la justa causa que lleva a terminar el contrato con el fin de no verse expuestos a indemnizar a la antigua salarial hora derrotó ilegalmente el aludido contrato o sea que si la prueba el despido quedar el trabajador nada le corresponde discutir al patrono sobre la forma como se hizo la relación laboral y el lugar a deducir la responsabilidad alguna por este motivo al revisar los documentos allegados al expediente a Folio 41 se aporta un escrito de fecha 13 de febrero del año 2018 firmado por Ana María Rodríguez Uribe en calidad de directora administrativa de global hospital Servicie en donde se indica comunicación decisión de terminación del contrato de trabajo sin justa causa por medio de la presente informo a usted que la empresa decide dar por terminado su contrato de trabajo a término indefinido que la vinculados del día 25 de julio del año 2016 sin justa causa con fundamento del artículo sexto de la ley 5090 modificado sus partículas 281789 el año 2002 que modifica el artículo 64 del código sentido de trabajo la decisión de terminación del contrato de trabajo que se refiere esta comunicación tendrá efectos a partir de la finalización de la jornada laboral del día 13 de febrero de 2018 con el documento obrante a Folio 41 del expediente la parte demandante cumplió con su carga eso es demostrar que fue el empleador quien dio por terminado el contrato de trabajo la manifestación que aparece consignada en el escrito citado de que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo a término indefinido no nos puede llevar a tal conclusión toda vez que probado está con documentos obrantes folio 25 y a Folio 26 que el contrato que unió a las partes un contrato de trabajo a término fijo por un período duración de un año consecuencia de esta terminación unilateral del contrato de trabajo y sin justa causa es el pago de la indemnización tarifada que aparece consagrado en el artículo 64 del código sustantivo de trabajo que tratándose de los contratos de trabajo a término fijo es el tiempo faltante para la terminación del contrato y en el caso que nos ocupa el tiempo faltante sería de 160 días tendríamos que determinar cuál era la remuneración de la demandante al revisar se aporta dentro del plenario de folios 27 a folios 40 los extractos de cuenta de ahorro de la demanda en donde aparecen periódicamente abonos domiciliario aparece una cuenta 830406063 centro empresarial PY esas consignaciones son reiteradas pero al hacer la sumatoria lo que aparecen con estas consignaciones pues nos daría un monto superior al \$1.500.000 pesos porque las consignaciones que se refieren son de \$755.000 pesos quincenales unas y otras por un monto superior y es claro que un trabajador debe realizarse los descuentos por concepto de aportes a la Seguridad Social por lo que la demandante por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

concepto de consignaciones por esta cuenta pues recibía más de \$1.500.000 pesos mensuales sin embargo debemos atenernos a lo dispuesto en documento grande Folio 25 y folio 26 en donde se refiere que los ingresos mensuales de la demandante eran de \$1.500.000 en el interrogatorio que absuelve la demandante ella indica dentro del contrato el salario decía que eran \$900.000 pesos más prestaciones y \$600.000 pesos en bonificaciones variables que no eran fijas y en su interrogatorio refiere que la remuneración era de \$1.500.000 pesos como salario real la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en reiterada jurisprudencia se ha referido al contenido de los artículos 127 y 128 del código sustantivo de trabajo que define lo que debe entenderse por salario y que define lo que no constituye salario en sentencia el 27 de noviembre del año 2012 radicación 42.277 siendo magistrado ponente Doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve sobre la validez de la cláusula de exclusión salarial dispone lo siguiente: aquí juzga conveniente la corte demorarlo adoctrinados recientemente en la providencia del pasado 13 de junio radicación 39.475 en cuanto que por disposición directa el artículo 53 superior es aplicable el convenio 95 la OIT aprobado mediante ley 54962 ratificado por el Gobierno colombiano el 7 de junio 1963 y cuyo texto enseña el término salario significa la remuneración o ganancia sea cual fuere su denominación o método de cálculo siempre que pueda evaluarse en efectivo fijada por acuerdo o por la legislación nacional y de vida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal por el trabajo que este último haya efectuado o debe efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar en la citada sentencia también dijo la corte que si bien las partes tiene la facultad para acordarte determinada suma no tenga incidencia salarial esa facultad no es absoluta tal y como lo he enseñado la jurisprudencia constitucional señala en la sentencia C 401 del año 2005 los siguientes las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral de salario no sólo se encuentran los artículos de la Constitución y la legislación interna es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laboral y que por virtud del artículo 93 de la carta política hacen parte de la normatividad y es fundamental vigente en nuestro país a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad esto quiere decir que para efectos del significado que nuestro ordenamiento a detener la voz salario y sobre todo para la protección judicial del derecho a su pago cumplido deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes así no sólo se hace referencia a las cifras quincenal o mensual percibida por el empleado sentido restringido y cómo del vocablo sino a todas las cantidades que por concepto de prima vacaciones cesantías horas extras en otras denominaciones tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado así las cosas en el caso que nos ocupa es claro para eso operadora judicial que la totalidad de lo percibido por la demandante ya sea que se denomine auxilios extralegales o promedio horas extras y recargos conforme a certificación obrante a Folio 25 serían salario, por lo que el salario base de liquidación para prestaciones sociales y para indemnizaciones sería la suma de \$1.500.000 conformes se refiere documental obrante o Folio 25 Folio 26 del expediente y teniendo en cuenta el monto de lo consignado al demandante mes a mes que superaba ese \$1.500.000 pesos mensuales el interrogatorio que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

absuelve la demandante ella confiesa que le pagaron \$2.500.000 pesos que le pagaron cesantías primas días de vacaciones el tema de la indemnización, pero todo sobre \$900.000 pesos cuando se le pregunta por las cesantías del año 2017 dice me las consignaron en junio del 2018 en porvenir me pagaron los días de enero a la fecha que me terminaron el contrato cuando se le pregunta que se le debe ella dice me deben la diferencia de las cesantías, primas vacaciones sobre mi salario real y me deben la indemnización sobre mi salario real por lo que es claro al hacer la liquidación de las sumas adeudadas arrojaría un saldo insoluto por concepto de cesantías de los años 2016, 2017, 2018 por \$929.999 pesos por concepto de intereses a las cesantías de \$86.374 pesos y por concepto de prima de servicios \$929.999 pesos en los alegatos de conclusión la apoderada de la parte demandante hace énfasis en que se prohíbe el pago parcial de cesantías y que cuando el empleador paga mal pierde lo pagado, igualmente esta solicitando la sanción del artículo 99 y 50 del 90 es un principio elemental del derecho que un hecho no puede ser condenado o no puede ser sancionado 2 veces en los hechos de la demanda en los fundamentos de derecho y en los alegatos se hace énfasis en que cuando el empleador paga mal pierde lo pagado por lo que será esa la sanción que se impondrá al empleado y no la sanción moratoria el artículo 99 de la ley 5090 porque está probado que el empleador sí consigno las de sandías las consigné de manera deficitaria pero si las consigo por lo que deberá cancelar entonces las cesantías de los años 2016, 2017 y 2018 tomando como salario base de liquidación la suma de 2 millones perdón de \$1.500.000 pesos esto es adeudar a \$2.325.000 pesos esto como sanción por no pagar o por no consignar de manera completa la cesantía se está solicitando igual mente que se condene estando igual mente la sanción por indemnización por despido sin justa causa está correspondería a la suma de 8 millones de pesos teniendo en cuenta el tiempo laborado por la demanda sin embargo con documental aportada Folio 119 se advierte que el empleador ya pagó dos millones de pesos por concepto de indemnización por despido sin justa causa suma está qué deberá ser descontada quedando un saldo insoluto por indemnización por despido por un Monto de \$6.000.000 y así las cosas la parte demanda deberá pagar a la parte demandante a \$6.000.000 de pesos por saldo insoluto de indemnización por despido sin justa causa \$2.325.000 pesos por concepto de sanción por no pagar en debida forma las cesantías \$465.000 pesos por concepto reajuste de vacaciones \$86.374 pesos por concepto reajuste intereses a la cesantías y \$929.999 pesos por concepto reajuste de prima de servicios se están solicitando que se falle ultra y extra petita El juez laboral tiene la posibilidad de fallar ultra petita cuando los hechos de origen a estas aparezcan planteados cuando los hechos hayan sido debatidos y cuando los hecho sean planteados es claro entonces planteados, como hecho que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo que comenzó a regir el día 25 de julio del año 2016 y que se dio por terminado el 13 de febrero del año 2018 está también debatido y probado que el salario real de la demandante era de \$1.500.000 pesos pero que los aportes al sistema de Seguridad Social integral fueron sobre la base de \$900.000 pesos por lo que haciendo por lo que haciendo uso de las facultades extra petita la parte demandada deberá cancela a la parte demandante los aportes a seguridad social integral a un monto adicional mensual de \$600.000 por el periodo comprendido entre 25 de julio del 2016 al 13 de febrero del 2018 de las demás pretensiones condenatorias se absolverá la parte demandada sobre



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

las costas agencias en derecho que resulte vencida debe ser condenada a costas y agencias en derecho en este caso la vencida es la demanda quien debe pagar las costas y a un salario legal mensual vigente.

APELACION

Señora ffuez me permito presentar recurso de apelación el cual en contra únicamente de la parte las partes condenatorias de la sentencia a mí representada por las razones que expongo a continuación en primer lugar debo aclarar que mi representada no negó en su interrogatorio de parte del contrato fuera escrito sino que fuera fijo se denunció la pérdida de un contrato y es el Aquo quién asume que es un contrato fijo pero una cosa es que un contrato sea escrito y otra cosa es un contrato se fijó pues existen contratos indefinidos escritos y verbales no así con los contratos a término fijo los cuales requieren sustancia actus que sean Escritos es un requisito sinecual para subsistencia lo cual no se demostró en el proceso y no fue por causa de mi representada que no se pudo demostrar eso ya que la carpeta de las trabajadora está bajo la custodia de la misma demandante y no hay prueba de que ella haya entregado efectivamente la carpeta cuando terminó su contrato de trabajo. El Aquo tiene en cuenta las certificaciones indicando que las mismas sirven como medio probatorio para determinar los términos del contrato y es así cómo utiliza esa prueba para demostrar que el contrato era a términos fijo aún en contra de la ley que exige de que haya un contrato escrito pese a ello a las mismas certificaciones no les da el valor probatorio en cuanto a lo que se requiere para términos de salarios indicando que puedes que estas certificaciones indicaban de que el salario era de \$900.000 pesos y que había una parte no constitutiva salario \$600.000 pesos y la otra certificación indica que esa parte de \$600.000 pesos era equivalente a horas extras si esta prueba escrita sea una a la confesión de la demandante cuando aquí reconociendo manifiesta que nunca hizo horas extras reconociendo expresamente que su salario era de \$900.000 pesos y qué había pactado con la empleadora una remuneración no conectividad salarial de \$600.000 pesos pues no se entiende por qué el juzgado le da el valor probatorio a una certificación para una certificación para unos aspectos pero no así para los otros. Así las cosas, solicito respetuosamente que el expediente sea remitido al Tribunal para que se conozca del recurso de apelación que estoy interponiendo el cual sustentaré con más profundidad en la vida oportunidad muchas gracias.

CONSIDERACIONES

La sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, precisando antes de resolver los puntos específicos sustentados en el recurso; que no es posible acceder a lo solicitado por la demandada mediante documental visible a folios 137 a 140 ya que es del resorte de la misma, si considera ocurrió un delito, deberá informarlo ante las autoridades competentes. La Sala reitera que en este momento, solo le



competente resolver el recurso de apelación sustentando en la audiencia pertinente.

Hecha la anterior precisión se resuelven los puntos de inconformidad a saber: **i)** Modalidad del contrato en su duración y **ii)** Del real salario devengado.

De la modalidad del contrato en cuanto a su duración

En cuanto a la **modalidad del contrato**, se tiene que el art. 46 del C.S. del T. y de la S.S. señala que **el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito** y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente, es decir, en este tipo de contratos el requisito sine quanon para tenerlo como tal, es que exista el documento que acredite su celebración y en este punto es procedente dar aplicación a lo indicado por el art. 256 del C.G.P. que establece: “**DOCUMENTOS AD SUBSTANTIAM ACTUS**. La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba.”

También es sabido que cuando no reposa el contrato que demuestre la modalidad fija pactada, entonces se tendrá que el contrato lo es a término indefinido, así ha quedado expuesto por el numeral 1° del art. 47 del C.S.T.

Por su parte, **en reciente pronunciamiento** la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó que aspectos como **el contrato a término fijo, el salario integral y el periodo de prueba debían constar por escrito para su existencia y que no podía suplirse por un medio distinto al acto de su constitución, a menos que se tratara de algún caso excepcionalísimo** en donde se admitía entonces la acreditación con otro medio de prueba. En esta sentencia esto es la SL2804 del 22 de julio de 2020 radicado 72466 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo se indicó:

“En materia laboral, el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social reproduce idéntica regla en el sentido que «El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose



en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*, no se podrá admitir su prueba por otro medio».

Como se puede observar, la legislación procesal general y laboral es muy clara frente a que cuando la ley exija una formalidad *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*, como es el caso del pacto a término fijo, salario integral o periodo de prueba, no es admisible la aportación de otro medio de prueba distinto al acto mismo, de modo que no existe un fundamento legal para negarle fuerza a esas reglas.

Desde luego que, por razones de justicia, **la doctrina ha admitido, de manera excepcionalísima y en casos signados por sucesos imprevistos o de fuerza mayor, tales como incendio, hurto, inundación, entre otros, el acreditar mediante otros elementos de convicción que el acto se realizó con las solemnidades legales.** Sin embargo, esta posibilidad es extraordinaria y objeto de análisis en cada caso.

... En suma, **la Corte rectifica su jurisprudencia en el sentido que los actos formales del Derecho del Trabajo como el contrato a término fijo, el acuerdo de salario integral o periodo de prueba, inexorablemente, no solo deben constar por escrito para su existencia (formalidad *ad substantiam actus* o *ad solemnitatem*) sino que su prueba no puede suplirse por un medio distinto al acto de constitución (formalidad *ad probationem*).**”

Pues bien, al revisar el material probatorio aportado al expediente, encuentra la Sala que **brilla por su ausencia el documento en donde conste que entre las partes se celebró un contrato a término fijo de un año, no obstante lo anterior**, a folio 112 reposa “Constancia por Pérdida de Documentos y/o Elementos” emitida por la Policía Nacional, en donde se indica que el día 2 de mayo de 2019 la señora Nadia Andrea García Rodríguez (representante legal de la demandada conforme al certificado que reposa a folio 22 del expediente), reportó el extravío de los siguientes documentos:

“Carpeta laboral con los documentos de YINA PAOLA PEDROZO PULIDO identificada con la c.c. 1023928089, **contenía 1 contrato laboral**, afiliaciones a EPS, ARL, CCF, procesos disciplinarios, documentos de legalización de retiro, liquidación, notificación de retiro”



Con lo anterior se tiene que la misma parte demandada incurre en contradicción, cuando desde la contestación de la demanda, incluso en el recurso de apelación, insiste en que el contrato de trabajo fue verbal y por tanto a término indefinido, y luego el día 2 de mayo de 2019 realiza una denuncia por la pérdida del contrato de trabajo de la demandante.

En este asunto y conforme a la libre formación del convencimiento según lo establecido en el art. 61 del C.P. del T., **la Sala se atiene a lo que la misma demandada certificó en los documentos de folios 25 y 26 del plenario**, esto es que el contrato celebrado fue a término fijo; la conducta procesal de la accionada resulta ser contradictoria en cuanto a la modalidad contractual, pues se reitera, de un lado señala que el contrato fue verbal, pero por otro certifica y denuncia algo diferente; si bien el contrato se prueba con el contrato mismo, como ya lo explicó la Corte, hay circunstancias excepcionales como en este caso en específico, en donde la misma demandada dice que el contrato fue a término indefinido pero luego dice que se perdió y por ello aporta la denuncia, entonces ¿por qué reportar como perdido un contrato (documento) si nunca se celebró?

Así las cosas y como lo que se prueba por la misma demandada es lo que ella certificó, dichos documentos tienen plena validez pues la accionada teniendo los medios para hacerlo, no logró demostrar que las certificaciones de folios 25 y 26 fueran falsas; vale recordar que a la decisión de la Juez al respecto, esto es el no dar trámite a la tacha, solo fue objeto de recurso de reposición es decir quedó en firme, al ser resuelto en audiencia ese recurso.

Aunado a lo anterior, ha sido clara la misma Corporación al indicar como por ejemplo en sentencias SL14426 de 2014, 34393 de 2010 y 38666 de 2013, que “El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo”.

Así las cosas y como quiera que lo que la misma parte accionada, contribuyó a acreditar fue que el contrato celebrado entre ella y la señora Yina Pedroza fue a término fijo de un año; -se itera con certificaciones expedidas, afirmándolo; documentos que, aunque intentó aducir como falsas, nunca



logró demostrar lo fueran-; se impone confirmar la decisión apelada en este aspecto.

Ahora, en relación con el segundo argumento de apelación y que hace referencia al **salario**, 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.***

En este asunto y conforme a las pruebas decretadas y practicadas, se tiene que en las certificaciones ya mencionadas y que reposan a folios 25 y 26, se establece como salario mensual la suma de \$900.000 y adicional a ello se incide en la certificación de folio 25 por concepto de “Promedio Horas Extras y Recargos” la suma de \$600.000 y la misma suma pero por concepto de “Auxilios Extralegales” en la certificación visible a folio 26.

Aunado a lo anterior, reposan extractos de cuenta de la demandante en donde consta que durante los meses que perduró la relación laboral le fue cancelado periódicamente un monto de \$1.500.000, incluso alguno meses un poco más, pero generalmente siempre fue sobre \$1.500.000.

Así las cosas, como acertadamente lo concluyó la juez a quo, independiente del nombre o denominación que se le hubiere dado al monto de \$600.000 adicionales a los \$900.000, la empresa demandada efectuó un pago habitual a la demandante, pago que ingresó a su patrimonio y que retribuyó el servicio prestado por la actora, o por lo menos no se demostró lo contrario.

Ha sido clara la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en señalar que cuando un pago resulta ser periódico,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

además de los factores citados en la jurisprudencia antes mencionada, constituye factor salarial, incluso sin importar si existe o no pacto de exclusión salarial; en este asunto dicho pacto no obra, pero aún si así fuera, la habitualidad del pago y la retribución directa del servicio son características que implican darle la connotación salarial respectiva.

Ahora bien, indica la apelante que la demandante confesó no haber trabajado horas extras y que por eso lo certificado como horas extras no correspondía, sin embargo y pese a que dicha afirmación fue cierta, porque la demandante en el interrogatorio por ella absuelto confirmó que no había laborado horas extras, lo cierto es que después ese monto se certificó como auxilios extralegales, y se repite, no interesa el nombre que se le dé, importa el origen y finalidad del pago, por lo que se confirmará la decisión de 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:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018-118-01 Dte: YINA PAOLA PEDROZA PULIDO Ddo.: GLOBAL HOSPITALITY SAS

M o - | H | .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

H - g - e - z -

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2018-327-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ

DEMANDADO: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
E.S.E.

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

Por apelación de la apoderada de la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de junio de 2019.

ALEGACIONES

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

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 verdadero contrato de trabajo desde el 18 de marzo de 2011 al 16 de junio de 2016 y en consecuencia, se condene al pago de las prestaciones a que tiene derecho, bonificaciones, devolución de lo aportado en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: SUBRED INTEGRADA

salud por el actor y reintegro de dinero descontados a título de retención en la fuente. (fl.3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis, que trabajó para la demandada desde el 18 de marzo de 2011 hasta el 23 de mayo de 2016 desempeñando la labor de mantenimiento locativo. Realizó las mismas labores que cumplían trabajadores de planta de la demandada y aunque ha reclamado el reconocimiento de las prestaciones, bonificaciones y demás conceptos a que tiene derecho, la entidad accionada se ha negado a conceder tal solicitud. (fl.4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **SUBRED** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 3 a 4.8, 5.1 a 5.17 y 12 a 21 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.144)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre las partes existieron dos contratos así:

- Del 18 de marzo de 2011 al 31 de julio de 2012
- Del 1 de noviembre de 2012 al 31 de julio de 2016

CONDENO al pago de prestaciones sociales y vacaciones debidamente indexadas.

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

Para resolver el presente caso debemos remitirnos o debemos advertir en primera medida que para que exista un contrato de trabajo se requiere que existan 3 elementos, la actividad personal del trabajador, la subordinación y el salario como retribución del servicio, una vez reunidos estos requisitos existirá entonces un contrato de trabajo para lo cual en el presente caso y advirtiendo a la reiterada y pacífica jurisprudencia de la corte suprema de justicia,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED INTEGRADA

sala de casación laboral donde se ha señalado que al trabajador en caso como el que nos ocupa le corresponde acreditar que prestó el servicio y que se le pagó por el servicio y a la demandada de quien se aduce fue la empleadora le corresponde desacreditar el elemento de subordinación que diferencia los contratos de trabajo de los contratos de prestación de servicios, advertido lo anterior y señalándose que en el expediente obra copia de los múltiples contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante en su momento con el hospital Santa Clara a folio A 136 del expediente que de igual manera obra una certificación a folio 137 – 138 del expediente expedida el 3/02/2017 por la hoy demandada Integrada de servicios de salud Sur E.S.E en la que se da cuenta de los contratos suscritos entre el demandante JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ en el ya referido hospital Santa Clara se tiene entonces que el demandante acredita en debida forma pues que existieron unos contratos de prestación de servicios, que presta un servicio y que se le remuneraba en lo que respecta a la demandada y su carga de desvirtuar el elemento subordinación y lo cierto también es que en el transcurso del presente proceso brilla por su ausencia actividad probatoria alguna encaminada a desacreditar ese elemento de subordinación y lo cierto también es que más allá del objeto social del Hospital Santa Clara y hoy de la Integrada de servicios de salud Sur E.S.E debe señalarse que las labores de mantenimiento no son ajenas al objeto social de una entidad, tanto es así que en el caso de las empresas sociales del estado debemos remitirnos a lo dispuesto en la ley 100 de 1993 en su artículo 195 donde se señala en el numeral quinto “Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990” ley que precisamente distingue lo que respecta a los trabajadores oficiales entre otras lo que se ocupan de las labores de mantenimiento y que tiene correspondencia con cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió en su momento el señor JOSE ANTONIO ALVAREZ que como ya se refirió en su objeto se señalaba: técnico mantenimiento al área de recursos físicos de mantenimiento locativo y en otros apoyo operativo al área de recursos físicos mantenimiento locativo de allí que más allá de que se presten servicios de salud en las empresas sociales del estado como la hoy demandada pues lo cierto es que se reitera las labores de mantenimiento no son extrañas a su actividad y por ende estando debidamente acreditadas los diversos contratos suscritos entre el sr JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ y la unidad de servicios de Vista Hermosa que conforme con el acuerdo 641 de 2016 por el cual se efectúa la reorganización del sector salud de Bogotá determinó la creación de cuatro subredes integradas de servicio de salud resultado de fusionar las 22 empresas del estado que había para ese entonces y que para el caso la sub red Integrada de servicios de salud Sur quedó conformada por las u E.S.E el tunal, U E.S.E Meisen, U E.S.E Tunjuelito, U E.S.E Vista Hermosa, U E.S.E Usme y U.E.S.E Nazaret designada para la implementación del modelo de prestación de servicios en red en las localidades Ciudad Bolívar, Tunjuelito, Usme y Suma paz pues corresponde entonces hoy a la demandada a asumir las obligaciones del entonces la Unidad de Servicios de Salud de Vista Hermosa y conforme a lo que se ha venido señalando acreditados los contratos pues debe declararse entonces el contrato de trabajo en la forma en la que fue solicitado con la advertencia o bajo la figura del contrato realidad con la advertencia de que se observa que no todos los contratos se suscribieron de manera sucesiva, que si bien en algunos hubo lapso menor de tiempo considera el despacho o es



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED INTEGRADA

entendible dados los trámites administrativos de contratación y en esa medida cuando el lapso entre uno y otro contrato es de 5, 6, 7 días se considera que hay una continuidad en el servicio en todo caso si hubo un lapso de tiempo mayor para el año 2012 y por ello habrá de declararse la existencia de 2 contratos de trabajo dado que el primer contrato que suscribió el demandante JOSE ANTONIO ALVAREZ data del 18/03/2011 y de ahí se observa una continuidad hasta el 31/07/2012, pero el siguiente contrato viene a suscribirse el 01/11/2012 es decir hay un lapso de tiempo de 3 meses hasta el siguiente contrato y por ello el despacho considera que esta interrupción o este lapso de tiempo de 3 meses es un tiempo mayor y que ya no podría hablarse de que solo hubiera sido por trámites administrativos o de contratación y por ello se declararan 2 contratos de trabajo uno del 18/03/2011 hasta el 31/07/2012 y otro del 01/11/2012 a 31/07/2016, conforme en lo anterior, es claro que si la contratación se hizo bajo la figura de contratos de prestación de servicios en su momento no se cancelaron prestaciones sociales o vacaciones a favor del demandante y por ello proceden las condenas solicitadas en lo que respecta a las prestaciones sociales legales y vacaciones, adicionalmente se solicitaban unas prestaciones extralegales de las cuales el despacho debe señalar no se allegó convención colectiva de trabajo alguna que permitiera evidenciar derecho convencional alguno a favor del hoy demandante y en lo que respecta a la bonificación especial de recreación, prima de vacaciones, bonificación anual de servicios, prima de vacaciones y prima de navidad el despacho no encuentra fundamento alguno para acceder a estas pretensiones advirtiéndose que conforme con el artículo 1 del decreto 1919 de 2012 se extendió el régimen de prestaciones sociales señalados para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado pero en cuyo artículo se señalaba que las personas vinculadas a las empresas sociales del estado se les continuaría aplicando el régimen de prestaciones sociales de la rama ejecutiva del orden nacional de conformidad con lo establecido en la ley 100 de 1993 en su artículo 195 al cual ya hizo referencia el despacho previamente, conforme lo anterior y como quiera que el demandante para los efectos de la presente decisión ostentaría la calidad de trabajador oficial sometido al imperio de las leyes del derecho privado y al no encontrarse dentro del plenario convención colectiva que regule o determine que el actor es beneficiario de acreencias reclamadas diferentes a las legales el despacho absolverá a la demandada de esos conceptos en lo que respecta a la devolución de pagos efectuados al sistema integral de seguridad social no hay soporte de los precitados pagos dentro del plenario en lo que respecta a la devolución de los descuentos realizados por concepto de retención en la fuente igualmente no hay pruebas de los descuentos realizados por este concepto y en todo caso se trata de un anticipo de impuestos que es una obligación legal independientemente de que la retención se hubiera efectuado con ocasión de un contrato de prestación de servicios pues se advierte que inclusive en los contratos laborales también procede la retención en la fuente de acuerdo a las normas que para el efecto se encuentran en el estatuto tributario, en lo que respecta a las excepciones formuladas por la entidad demandada, el despacho ahora va a declarar probada parcialmente la excepción de prescripción partiendo de la terminación de la relación laboral del demandante que fue el 31/07/2016 y la reclamación administrativa realizada el 10/11/2016 folio 80 – 84 del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED INTEGRADA

expediente así mismo se advierte que la demanda fue radicada el 18/05/2018 folio 141 lo que conlleva a concluir que se encuentran prescritas las prestaciones sociales y vacaciones causadas con posterioridad al 10/11/2013 en lo que respecta al segundo de los contratos de trabajo que habrá a declararse salvo las cesantías que para efectos de la prescripción los 3 años se inician a contar a la terminación del vínculo laboral y que por ende para el segundo de los contratos declarados no opera la prescripción para el concepto de cesantías se reitera, lo que respecta al primero de los contratos que habrá a declararse a la fecha en que se presentó la reclamación ya habían prescrito las obligaciones a cargo de la entidad demandada efectuados los cálculos correspondientes por el despacho se adeuda al demandante por concepto de cesantías de \$4.867.035, por intereses a las cesantías \$118.535, por primas de servicios \$3.728.320 y por vacaciones \$1.864.160.

APELACION

DEMANDADA

Interpongo el recurso de apelación bajo las siguientes consideraciones, reitero lo expuesto en mis alegatos de conclusión en el sentido de indicar que por la naturaleza de las actividades desarrolladas por el actor que no tenían que ver propiamente con la misión, la visión o el objeto social de la entidad el sr JOSE ANTONIO ALVAREZ darle el reconocimiento de una relación o un vínculo laboral con la entidad más aun cuando si se revisa dentro del plenario como el sr juez también lo evidencio existieron varias interrupciones en los contratos y la última interrupción se da del 31/05/2016 al 16/07/2016 lo que da cuenta de una necesidad específica de una prestación de servicio que era necesaria para atender las actividades no recurrentes de la entidad pero si necesarias y que en ningún momento se ha desconocido, en todo caso al revisar estas interrupciones y al tener en cuenta que no existió el elemento de subordinación como lo declara probado el sr juez se aparta la suscrita teniendo en cuenta que si bien es cierto el actor debía desarrollar estas actividades era necesario que el supervisor de la obra o de las actividades contratadas pudiera determinar el avance de cada una de las actividades que el actor realizaba a favor de la entidad para así poder contemplar el pago de los honorarios pactados en cada uno de los contratos de prestación de servicios lo que hacía que la actividad que él ejerciera, en la forma en como el la ejerciera fuera de una manera independiente y no subordinada como quiera que él podía ejercer esas actividades de acuerdo a la experiencia que había adquirido precisamente al momento de ejecutarlas, en todo caso por la misma razón que no existe un vínculo laboral no la existe el derecho de lo pretendido en la demanda y en lo que tuvo que ver con la condena en relación a las cesantías, intereses, prima de servicios y vacaciones en tanto como se indicó en los alegatos y en esta apelación, dada la naturaleza de las actividades realizadas no era propia de la actividad o del objeto misional de la entidad, en todo caso tampoco le está prohibido o negada la entidad realizar este tipo de contratación para poder ejecutar ciertas actividades necesarias para el mantenimiento de la planta física hospitalaria bajo los contratos de prestación de servicios que en estos momentos se observan, en ese sentido sr juez considero que se debe absolver a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: SUBRED INTEGRADA

mi demandada de las suplicas de la demanda incluidas las que se declararon, se accedieron en este proceso a favor de la parte actora.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si entre las partes existió o no un contrato de trabajo, o si por el contrario, la vinculación estuvo regida por la Ley 80 de 1993 tal y como lo afirma la recurrente.

Afirma el actor que prestó sus servicios personales al HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL E.S.E hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E en forma personal, cumpliendo horario y recibiendo órdenes, **en el cargo de técnico mantenimiento área de recursos físicos “mantenimiento locativo”**, desde el 18 de marzo de 2011 hasta el 16 de junio de 2016.

En este asunto se advierte conforme a la certificación obrante a folio 137 del plenario, que el demandante se vinculó a la demandada bajo la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, que indica el recurrente de esta parte, se hizo bajo los parámetros de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993; contratación esta que si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse elementos y características de un contrato de trabajo, lo cual se evidencia de la realidad de la relación y que debe primar frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos con apoyo en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Sea lo primero señalar que el recurso interpuesto por la parte demandada, se fundamente en la inexistencia de la relación de índole laboral, la que fuera declarada en primera instancia, aduciendo para ello el juzgador, que el demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial; por lo que resulta ineludible referirse a si en efecto el trabajador demandante, ostenta tal categoría; pues solo de esta deviene la existencia del vínculo de naturaleza laboral, atendiendo igualmente a la naturaleza de la entidad demandada, siendo esta una Empresa Social del Estado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED INTEGRADA

Al respecto, en casos similares a los que hoy ocupa la atención de la Sala, la H. Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral en sentencia SL – 9315 de 2016, radicado 42575 del 29 de junio de 2016, señaló:

“Teniendo en consideración que el actor pretende con su demanda que el juez laboral declare la existencia de un contrato de trabajo, ello le permite a la jurisdicción ordinaria avocar el conocimiento para determinar si aquel tuvo la calidad de trabajador oficial, y a partir de allí, declarar los derechos impetrados en el escrito inaugural del proceso que se hallen debidamente acreditados. Ahora de no probarse la calidad de trabajador oficial, el juez debe absolver al respecto.

“Conforme a lo anterior, el estudio de los temas sometidos al escrutinio de la Sala, debe seguir el siguiente orden: 1º) analizar la naturaleza jurídica de entidad llamada a juicio; 2º) determinar que el demandante era trabajador oficial; y 3º) estudiar los derechos solicitados por el actor bajo la calidad antes señalada.

“Resulta pertinente destacar, que si luego de examinar el primer aspecto, en el segundo el juzgador observa que no está probada la calidad de trabajador oficial del promotor del proceso, tal situación conduce inevitablemente a que no se pueda declarar la existencia de un contrato de trabajo, ni a despachar favorablemente las súplicas incoadas por parte de la justicia ordinaria laboral, y por ende lo que cabe es proferir una decisión absolutoria, eso sí, sin adentrarse a analizar los derechos pedidos por el accionante.

“La Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 18 mar. 2003, rad. 20173, reiterada en la decisión CSJ SL10610-2014, 9 jul. 2014, rad. 43847, explicó que «para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato».

Conforme lo señalado y a fin de resolver lo pertinente, es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, norma que se aplica a la ESE por disposición del numeral 5º del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, la cual dispone:

«Artículo 26º.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED

INTEGRADA

Parágrafo.- **Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (...)**

Analizado lo anterior, se tiene que por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos y por tanto, ligadas por una relación legal y reglamentaria. Por vía de excepción, **son trabajadores oficiales, con contrato de trabajo, los servidores públicos que ejercen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.** Es por ello que reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia que para merecer la condición de trabajador oficial, es deber probar que las funciones estaban relacionadas con estas últimas actividades (CSJ SL rad. 46128 7/11/2017).

Así mismo, la misma Corporación ha sido clara al señalar entre otras, en la sentencia SL 1334 de 2018, que la clasificación de los servidores públicos en trabajadores oficiales o empleados públicos es de reserva legal, luego la demandada no puede admitir o allanarse a la calidad del vínculo que el demandante afirme tener para con la administración pública, por cuanto es la Ley la que en definitiva determina la naturaleza del vínculo del servidor y no la voluntad de las partes.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que conforme a las documentales de folios 100 a 121 y 137 del plenario, el señor José Antonio Álvarez fue contratado para desempeñar el cargo de **técnico mantenimiento al área de recursos físicos –mantenimiento locativo**, desarrollando entre otras, funciones tales como apoyar cuando se requiera el mantenimiento de la infraestructura, realizar arreglos correctivos a redes de voz y datos, realizar arreglos correctivos a redes hidráulicas, a redes sanitarias, realizar la limpieza de avisos, canales y cortes de pasto, realizar adecuaciones de espacios físicos previa solicitud del supervisor del contrato y realizar resanes y pintura en las instalaciones del Hospital que lo requieran.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: SUBRED INTEGRADA

Funciones estas que se ajustan a los parámetros de excepción establecidos por la Ley (mantenimiento de la planta física hospitalaria o servicios generales), para ser considerado eventualmente como trabajador oficial.

Superada la calidad ostentada por el demandante se analiza lo relacionado con el contrato de trabajo y para ello se tiene que el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945 señala que son elemento del contrato de trabajo: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, c. El salario como retribución del servicio y el art. 20 de la misma codificación establece “El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.”

En este caso **la prestación personal del servicio se probó**, es más, eso no fue objeto de reparo por la demandada pues al contestar la demanda así lo aceptó y además de ello dan cuenta los sendos contratos de prestación de servicios aportados y la certificación emitida por la demandada a folio 1376, **pero nada hizo SUBRED para desvirtuar la presunción**, se limitó a aportar los contratos de prestación de servicios y a afirmar que las labores efectuadas por el demandante se desarrollaron de manera autónoma por la experiencia que él tenía ejecutando ese tipo de trabajos; empero tal situación sólo se quedó en esa afirmación, pues se reitera, ninguna actuación probatorio desplegó la demandada para desvirtuar la presunción.

Así las cosas, se tiene que entre las partes existió un contrato de trabajo laboral tal y como lo agujo el juez a quo en la sentencia apelada y es por ese motivo que se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED INTEGRADA

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 apelada 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 32-2018-327-01 Dte: JOSE ANTONIO ALVAREZ LOPEZ Ddo.: BUBRED
INTEGRADA**

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

PROCESO ORDINARIO No. 34 2019 011 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO
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 17 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dado 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, los de la parte demandada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**, a ACTIVAR la afiliación de la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** en el RPMDP. Que se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos. Que se condene a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

De manera subsidiaria solicita se condene a La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a registrar en el sistema de información de los fondos privados que la afiliación de la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**; que se condenen a La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –**COLPENSIONES**, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** a ACTIVAR la afiliación en pensión de la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, identificada con C.C. No. 55.155.483; que se condene a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita y que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 76 – 77)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

1. La señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, nació el 3 de junio de 1968 a las 2:30 pm en la ciudad de Bogotá D.C.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

2. La señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** empezó a cotizar al sistema de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales a partir del 14 de septiembre de 1992 con el empleador FUNDACIÓN SANTA FE.
3. La señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, para el 1º de Abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, estaba afiliada al Instituto de Seguros Sociales.
4. La AFP **COLPATRIA** hoy en día **PORVENIR S.A.**, convenció a la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** en **febrero del año 2000**, para que se vinculara al régimen de ahorro individual.
5. **LA AFP COLPATRIA** hoy en día **PORVENIR S.A.**, **no informó** a la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** sobre las desventajas que acarreaba suscribir formulario de afiliación en el RAIS.
6. **LA AFP COLPATRIA** hoy en día **PORVENIR S.A.**, **no informó** a la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** que la afiliación en esta administradora de pensiones implicaba la disminución de su mesada pensional en un **64.85%** que la otorgada por el ISS.
7. **LA AFP COLPATRIA**, hoy en día **PORVENIR S.A.**, no puso en conocimiento de la demandante escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes existentes, ni proyecciones de lo que iba a ser su mesada pensional.
8. **LA AFP COLPATRIA** hoy en día **PORVENIR S.A.**, le hizo creer a la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** que lo que más le convenía era trasladarse de régimen pensional.
9. **LA AFP PORVENIR S.A.**, conocía el promedio salarial sobre el cual cotizaba la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** previo a la suscripción de la afiliación a dicha administradora.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

10. LA AFP COLPATRIA hoy en **día PORVENIR S.A.**, no advirtió a la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, que de redimir antes de los 60 años el bono pensional, tendría que asumir un redescuento del 8% por cada año.

11. El 02 de febrero de 2018 la demandante solicito ante Porvenir S.A. copia de los documentos que a su nombre reposen en la AFP.

12. Porvenir S.A. mediante comunicado del 14 de febrero de 2018 respondió a la solicitud allegando copia de los documentos que custodian en la Entidad a nombre de la afiliada.

13. Dentro de los documentos entregados por la Entidad se observa que reposa una carta con fecha de elaboración del 22 de octubre de 2014 dirigida a la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO** en la dirección **CRA 9 # 116 – 20**, indicando que esta próxima a cumplir los 47 años de edad limite para trasladarse de régimen pensional, por lo cual podía acercarse para tomar la correspondiente asesoría.

14. La señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, nunca recibió la comunicación mencionada en el numeral anterior, en razón a que la dirección **CRA 9 # 116 – 20** no corresponde a la dirección de residencia o de notificaciones de la demandante, ni guarda relación con la información brindada por la demandante en el Formulario de Vinculación.

15.La Sra. **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, una semana antes de cumplir 47 años de edad se acercó a **COLPENSIONES** a solicitar el traslado de régimen pensional.

16.**COLPENSIONES**, se negó a recibir el formulario de afiliación puesto que faltaba la firma del empleador.

17.La demandante solicitó a su empleador FUNDACIÓN SANTA FE firmar el formulario de vinculación.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

18. El empleador FUNDACION SANTA FE radico el formulario de afiliación debidamente diligenciado el 03 de junio de 2015 a las 8:30 am correspondiéndole el No. de radicado 2018_4975999.

19. COLPENSIONES, por medio de comunicación con fecha 3 de junio de 2015, rechazó la solicitud de traslado de régimen pensional indicando que la demandante se encuentra a 10 años o menos para pensionarse.

20. La señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, ha cotizado en la **AFP PORVENIR S.A.**, desde su afiliación hasta la fecha.

21. La demandante solicitó en junio de 2017, una proyección de lo que sería su mesada pensional a la **AFP PORVENIR S.A.**

22. En la proyección efectuada **por la AFP PORVENIR S.A.** se le indico a la demandante su derecho pensional lo causaba hasta los 60 años de edad y por un valor de \$947,000 a la fecha de reconocimiento.

23. La Sra. **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, en enero de 2018, por su propia cuenta contrató una asesoría para conocer el monto de su pensión tanto en la AFP Porvenir como en Colpensiones.

24. El 5 de febrero de 2018, la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, radicó ante la AFP PORVENIR S.A., solicitud de INEFICACIA o NULIDAD en la afiliación al RAIS.

25. El 5 de febrero de 2018, la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, radicó ante COLPENSIONES solicitud de ACTIVACIÓN de su afiliación, por INEFICACIA o NULIDAD en la afiliación al RAIS

26. El 14 de noviembre de 2018 la señora **LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO**, radicó ante COLPENSIONES solicitud de activación de la afiliación de conformidad con la manifestación de traslado presentada el 03 de junio de 2015.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

27.COLPENSIONES mediante comunicado del 14 de noviembre de 2018, negó la solicitud de activación de la afiliación. (fl.- 78 – 80)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 19 y 25 a 27, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de vicio no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 103 - 115).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 11, 12, 13, 20, 21, 22 y 24, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe prescripción y enriquecimiento sin causa. (fl. 147 - 156).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 17 de octubre de 2019, resolvió:

1. Declarar la nulidad del traslado realizado el 17 de febrero de 2000 por la demandante Luisa Fernanda Guell Camacho, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones AFP PORVENIR S.A.
2. Condenar a la administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., a reintegrar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Luisa Fernanda Guell Camacho, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

3. Condenar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de la demandante Luisa Fernanda Guell Camacho, como son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.
4. Condenar en costas procesales a la demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., liquídese por secretaria, incluyendo la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.
5. En caso de no ser apelada la presente decisión, concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social. Se notifica a las partes en estrados.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“Problema jurídico: conforme a lo anterior, dentro del presente asunto, el problema jurídico que corresponde al despacho solventar se remite a establecer si es nulo el traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., de ser positivo lo anterior, establecer si debe Colpensiones recibir nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida a la demandante Luisa Fernanda Guell Camacho, junto con la obligación de la AFP, Porvenir S.A, de restituir a Colpensiones todos los valores obtenidos en virtud de la afiliación de la demandante. Para resolver el problema jurídico planteado, el despacho se servirá de los siguientes argumentos: de la nulidad o ineficacia del traslado. Inicialmente ha de señalarse que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, otorgó la facultad a los afiliados de acogerse a un régimen siempre y cuando su decisión esté basada en la libertad de elección. De esa manera, dicho articulado preceptuó en el literal B lo siguiente: artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características. B. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley. En ese orden de ideas, las entidades encargadas de su administración y dirección deben garantizar que existió una decisión informada y que fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado. Además, tal información debe ser objetivamente verificable en el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

entendido de que aquel debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría. De otro modo, no puede explicarse el cambio de un régimen a otro. De esa manera y al solicitar la ineficacia o nulidad de un acto jurídico, implica la necesidad rotunda de probar que alguno de los elementos para obligarse como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, están viciados. Debe observarse entonces el material probatorio que obra en el proceso para dar al traste con las circunstancias que eleven la duda razonable al estadio de la certeza. Para el caso concreto tenemos que la demandada, sociedad administradora de fondos de pensiones y censatías Porvenir s.a., presenta únicamente como prueba documental conducente a verificar la información suministrada para el traslado de régimen a la demandante, la solicitud de vinculación que obra a folio 25, consistente en el formulario no. 0373071, suscrito por la demandante el 17 de febrero de 2000. Igualmente y en el debate probatorio el despacho practicó la prueba de interrogatorio de parte con la demandante, Luisa Fernanda Guell Camacho, quien informó que inició vida laboral en el año de 1990, cuando se desempeñaba como enfermera en la fundación santa fe, que en ese entonces fue afiliada al instituto de seguros sociales y que por su desempeño laboral en varias entidades haciendo investigación tenía una situación de multifiliación al estar registrada en varias AFP o entidades pensionales. Que posteriormente y en la necesidad de resolver la situación planteada por el empleador, decidió su traslado en el año 2000 a la AFP Colpatria, en ese entonces, previa la extensión del formulario de afiliación que le fue entregado por el personal de la fundación neumológica, que advirtió que el formulario estaba previamente diligenciado y que ella se limitó a suscribirlo, que cuando lo revisó contenía datos de índole general sin ninguna información en particular, que no recibió de manera preliminar ningún tipo de asesoría respecto al modelo pensional del régimen de ahorro individual con solidaridad como tampoco le fue extendido el reglamento de la entidad pensional. Que tampoco se hizo una revisión documental de la historia laboral que ella traía durante su afiliación al instituto de seguros sociales, que tampoco se hizo el comparativo pensional entre el modelo de régimen de prima media con prestación definida en comparación con el régimen de ahorro individual, que el formulario consistía en la mitad de una hoja de papel en el que se habían registrado datos personales que venían previamente diligenciados y como se dijo en precedencia, ella se limitó a suscribir. Que no pidió información respecto al modelo pensional hasta 1 año después de ingresar a laboral en la fundación santa fe, y se interesó en el tema con ocasión de una reunión familiar en la que su pareja solicitó o anunció que iba a pedir asesoría respecto al monto de la mesada pensional que iba a recibir por estar afiliado a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, que esa reunión se suscitó entre el año 2014 y 2015, que posteriormente y al advertir que su futuro pensional no era algo claro, solicitó información sobre la posibilidad de trasladarse de la AFP porvenir a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, sin embargo la respuesta fue negativa dado que para obtener el traslado, faltaban menos de 10 años, aunque alega en su favor que ese trámite lo realizó antes de cumplir 47 años en el año 2015. Igualmente refirió en su interrogatorio de parte que no recibió la carta relacionada con el rechazo de la solicitud de traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media administrado por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, pues la dirección suministrada en esa comunicación no coincide con su lugar de residencia donde habita hace más de 25 años. Que posteriormente se presentó ante porvenir para solicitar información respecto al trámite del traslado y por qué razón no le fue entregada la comunicación, y advirtió que efectivamente la dirección de la correspondencia estaba errada. Manifestó igualmente que actualmente se desempeña en la fundación santa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

fe como coordinadora de neumología y que por su labor investigativa en varios centros educativos universitarios percibe un ingreso mensual promedio a los \$5.000.000, sin embargo, que haciendo consultas respecto al monto de su expectativa pensional, el valor de la mesada pensional en el régimen de ahorro individual equivale a una cifra inferior al salario mínimo legal mensual vigente, mientras en el régimen de prima media, es posible que logre pensionarse con 3 o 4 millones de pesos mensuales.

Se advierte de las pruebas allegadas al plenario que en su contenido se concluye la absoluta falta de ilustración respecto de las condiciones precisas por medio de las cuales la demandante entraría a ser parte del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues de la información vertidas en el plenario solamente se contempla como fueron gestionados en el formulario de afiliación datos de índole personal y laboral que no representan el carácter serio y diáfano que debe comportar la decisión de traslado de régimen pensional, observándose así una falta directa al deber de información que las entidades administradoras de fondos de pensiones están llamadas a atender. De otro lado, se observa con bastante vehemencia como se especifico en el cuadro donde reposa la voluntad de afiliación la manifestación libre, espontanea y sin presiones del afiliado, lo cual contrasta con la ya referida omisión de proveer los datos concretos. Sobre el particular, el despacho se remite a lo advertido por la Sala de Casación laboral de la corte suprema de justicia, en torno al deber que le asiste a las afp de suministrar información en los siguientes términos: “ la doctrina viene elaborando un conjunto de obligaciones especiales con especifica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria como la de las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como la de la transparencia, vigilancia y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad. Lo anterior fue advertido por la sala de casación laboral, dentro del proceso con radicación 3001989 del 9 de septiembre de 2008.”

El despacho subraya la referencia jurisprudencial, el término doctrina y la necesidad de que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Pues el deber de información siempre ha existido aunque la ley 100 de 1993 y el decreto 656 de 1994, no lo señalaran expresamente, ya que se entiende que aquella obligación no se sujeta a los parámetros de un negocio jurídico común, dado que su relevancia es de mayor entidad, por cuanto define en cierta medida la efectividad y goce de un derecho de orden fundamental como lo es la seguridad social. Así lo asiente el órgano de cierre en la especialidad laboral dentro de la sentencia SL19447 del 2007, en la cual señaló: “lo anterior tiene un mayor significado en punto al debate aquí suscitado, en la medida en que siendo el objeto del sistema general de pensiones, la garantía a la población de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones, así como la ampliación progresiva de su cobertura y estado enmarcado en que conforme al literal B del artículo 13 de la ley en cita, la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1 del artículo 271. Y es que el propio estatuto de seguridad social desde su origen reconoce que en el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

marco de los regímenes pensionales de prima media y el de ahorro individual con solidaridad, podían presentarse asimetrías en la información sobre todo con estas últimas administradoras de pensiones y contempló para el efecto unas consecuencias en las que fundamentalmente se da cuenta sobre lo trascendente de las afiliaciones a ellos para los asociados, Maxime la incidencia que frente al régimen de transición tenían y en ese sentido adopta las correcciones pertinentes también para los empleadores. Así es que es la propia ley la que sanciona con severidad el incumplimiento integro de los deberes de información que les atañe, incluso para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones no es suficiente y de otro porque correspondía a dar cuenta que se actuó diligentemente, no solo con la imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del código civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, y en ese específico caso ellas no se agotan, solo con traer a colación los documentos suscritos sino la evidencia de la asesoría brindada era suficiente para la persona, y eso no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre en las voces del referido artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Igualmente, se sostuvo por la misma corporación en la sentencia con radicación 46292 del 2014 lo siguiente: una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla. Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute es eficaz cuando existe un consentimiento informado. En materia de seguridad social el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información en este caso, del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos se repite tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos, prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad, sino además el monto de la pensión que cada uno de ellos se proyecte. A diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esta situación. Esas reglas básicas permiten, en caso de controversia, estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia y sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo o no aplicable.”

Alegando en tal determinación que no se puede argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que aquella puede tener frente a sus derechos prestacionales, que la misma no puede estimarse satisfecha con la simple expresión genérica de aceptación. De allí que en principio corresponda las administradoras de pensiones dar cuenta que documentaron clara y suficientemente al interesado de los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de tener que declararse la ineficacia de ese tránsito. Inicialmente y del acerbo documental se infiere la falta de información al afiliado acerca de aquellas consecuencias de abandonar el régimen de prima media y de las condiciones que afrontaría a futuro frente al cambio de régimen. De otro lado se advierte que la parte demandada no presenta prueba de haber cumplido con la obligación que le imponían los incisos 5 y 6 del artículo 15 del decreto 656 de 1994, cual es la de entregar al afiliado en el momento de su vinculación el texto del reglamento de funcionamiento de la entidad y el plan de pensión. De lo anterior se advierte enorme convicción que el fondo de pensiones porvenir s.a., omitió el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

compromiso debido, por cuanto es allí en la entrega de su modelo pensional donde el afiliado puede verificar plenamente que aquella ilustración ofrecida de manera preliminar se torna suficiente. Se concluye así de la prueba aportada dentro del plenario que la sociedad administradora de fondos de pensión y cesantías porvenir s.a., omitió suministrar la información suficiente para que la demandante Luisa Fernanda Guell Camacho, tomara una decisión de traslado de régimen de manera consciente respecto de las consecuencias jurídicas que ello implicaría. Asimismo, y sin ningún tipo de estudio pertinente ni proyección de la expectativa pensional, le fue indicado a la demandante cuales serían las desventajas y ventajas de la afiliación al régimen de ahorro individual; lo que ahora conlleva a decir que no se demostró que su actuar hubiere sido diligente como merece la gestión de las administradoras de fondos de pensiones, resultando así engañoso y desprovisto de buena fe, adelantar una tarea en tan pronunciada responsabilidad en las condiciones verificadas en el acervo probatorio. Esa probidad recalcada no solo en el estadio de la norma que regula la seguridad social sino además en el estatuto financiero que consagra la ley 663 de 1993, en su régimen de información financiera y comercial en el cual se fijaron obligaciones de diligencia frente al suministro de datos o contenidos a los usuarios de las administradoras, reglamentado en el numeral 1 del artículo 97 de la norma en cita, y que señala 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. Lo anterior tal y como fue ratificado oportunamente por la sala de casación laboral dentro de la sentencia SL19447 de 2017. De esa manera y para el despacho es claro que la gestión de las administradoras de fondos de pensiones debe ser intachable, de tan alta diligencia y rectitud que revele en el derecho pensional de sus afiliados la garantía de haber tomado la mejor elección.

De vicio del consentimiento, como quedó determinado en precedencia, la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir s.a., omitió el deber de suministrar información valiosa y determinante del derecho pensional del accionante, de manera que atendiendo a las circunstancias que rodean el asunto y en la forma que se dio el traslado de régimen pensional, procedemos a verificar entonces si hubo vicios del consentimiento en este evento. Al respecto, el despacho se remite al contenido del artículo 1511 del código civil, que establece que el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diverso de lo que se cree. Como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquier calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar y ese motivo ha sido conocido de la otra parte. En consecuencia es forzoso decir que en este asunto se encuentra acreditado el error de hecho cuando la parte demandada afp porvenir s.a., enseña de manera distorsionada las calidades de un producto que ofrecía, para el caso un plan de pensión difuso sin comparación con aquel que hubiese podido adquirir la demandante bajo el régimen de prima media. De igual forma existe error cuando se omiten los datos que enmarcan la condición prestacional presente y futura, toda vez que resulta igualmente alterada la realidad del derecho al que se aspira, se reitera, respecto de la información, que aquella fue imprecisa por cuanto no se realizó ningún tipo de estudio pertinente ni proyección de la expectativa pensional, debiendo hacerlo. Teniendo como referente de los dos regímenes pensionales y como punto de partida las circunstancias de facto que en su momento rodeaban la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

configuración del derecho a la pensión de vejez del demandante. Conforme lo dicho, considera el despacho que la afiliación realizada por Luisa Fernando Guell Camacho, a la sociedad porvenir s.a., el día 17 de febrero de 2000 se torna nula, ya sea por vía de la falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto. Ambas condiciones esclarecidas en el respectivo debate, y como efectos de la nulidad en el traslado se aplicará lo dispuesto en el artículo 1746 del código civil, tal y como lo enseña el órgano de cierre, la especialidad, en la sentencia 211676 del 22 de noviembre de 2011, es decir, dando a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían sino hubiese existido el acto o contrato nulo. Así mismo, lo enseña la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, con radicaciones 31989 y 31314, ratificada en sentencia del 22 de noviembre de 2011, y en los siguientes términos: “se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras, dentro de ese ultimo régimen ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implican la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

De la obligación de Colpensiones de recibir nuevamente a la demandante en el régimen de prima media. En este acápite se insiste nuevamente en los efectos jurídicos derivados de la nulidad de traslado de régimen, tal y como quedo señalado en líneas anteriores, de la misma manera se indica que al reestablecer a las partes a su estado inicial como si el acto no hubiera nacido a la vida jurídica, la consecuencia lógica es que la accionante regrese nuevamente al régimen de prima media con prestación definida, administrado en otrora por el instituto de seguros sociales, hoy Colpensiones. Así las cosas, le asiste la obligación a esta ultima a recibir nuevamente a la demandante Luisa Fernanda Guell Camacho, aclarando que la demandada Afp porvenir, administradora donde reposan actualmente sus aportes, deberá devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, deberá Colpensiones tener como semanas efectivamente cotizadas por la demandante todas aquellas que en su ausencia en el régimen de prima media por el ya analizado acto nulo, logró cotizar.

De la prescripción, frente a la argumentación que soporta la excepción propuesta por los demandados, se advierte que la prescripción en esta materia no rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del código civil, pues la connotación del derecho objeto de acuerdos se escapa de dicha naturaleza, siendo así un derecho de orden fundamental el que se encuentra afectado, debe decirse que su carácter es irrenunciable y por tanto imprescriptible. No es dable entonces aparejar un objeto contractual al cual es la ley quien le comparte su jerarquía como si se tratara de un contrato de arrendamiento, compra, usufructo, a otro que corresponde a la categoría de los derechos inalienables del ser humano. Cabe además señalar que la justicia laboral está llamada a garantizar la efectividad y goce de los derechos de tal estirpe conforme la primacía señalada en el artículo 4 de la carta política, en concordancia con el artículo 48 del código de procedimiento laboral y en razón a lo cual el despacho declara no probada la excepción de prescripción.”



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES, indicó:

“Gracias su señoría. Su señoría, siendo la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación y lo sustento en lo siguiente: con respecto a la nulidad, no se puede alegar la nulidad ya que es un error en un punto de derecho el cual no vicia el consentimiento. En cuanto a la eficacia del traslado, tenemos que el traslado fue hecho de manera libre, voluntaria y cumpliendo los requisitos que taxativamente la ley ordenaba para el año que se realizó el traslado, su señoría. Por eso solicito a los honorables magistrados que revoquen el auto en el cual ordena a Colpensiones a recibir nuevamente a la señora Luisa en el régimen de prima media y absuelva a Colpensiones de esta pretensión. Gracias su señoría”

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., señaló:

“Gracias señor juez, siendo la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación frente a la totalidad de la sentencia anteriormente emitida por parte de este despacho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: en primer lugar, es pertinente indicar, tal como se manifestó previamente cuando se alegó la conclusión, que las administradoras de fondos de pensiones para antes del año 2010, no se encontraban en la obligación de documentar ni dejar registro de la asesoría que se le brindaba a los potenciales afiliados que querían y pretendían el traslado de régimen pensional. Mas allá del deber de si dejar constancia en un formulario de afiliación, la suscripción de manera libre y voluntaria que se pretendía por parte de ese afiliado, situación que en efecto se acreditó, en tanto se allegó tal documental al despacho. En ese orden de ideas no es posible que se aplique las normas de carácter retroactivas en tanto para el año 2000 no existía la obligación, como se mencionó, toda vez que la misma se genera y se crea a partir del año 2010 y el año 2015, con los decretos 2055 del año 2010 y 2071 del año 2015, que en efectivo imponen la obligación de asesoría e igualmente de documentación por parte de las administradoras de fondos de pensiones dejar constancia de la información que se le está brindando de parte de los asesores a los potenciales afiliados que pretenden el cambio de régimen pensional. En ese orden de ideas no compartimos la decisión adoptada por el despacho, en tanto la obligación en efecto no existía. En el mismo modo debe tenerse en cuenta que no se tiene en cuenta y no se acepta el pronunciamiento realizado por el juzgado en relación con la eventual nulidad en tanto desde el escrito de demanda no se mencionó cual era la nulidad que se pretendía esgrimir el en proceso, si era de carácter relativa o era de carácter absoluta, de modo que, no se identificó ningún vicio del consentimiento, error fuerza o dolo, reitero, no se identificó, de modo que no era posible que se accediera de manera positiva a las pretensiones de la demandante. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que en virtud de la teoría de los actos propios, debe tenerse en cuenta que si la demandante decidió estar vinculada al fondo de pensiones por 19 años, debe tenerse en cuenta que es una situación susceptible de ser saneada con el paso del tiempo, y mas si se tuvo en cuenta que para el año 2015, tal como lo refirió la demandante cuando absolvió el interrogatorio de parte, tuvo conocimiento independientemente de quien hubiese brindado la información acerca de cual régimen pensional le era mas favorable para esta, de acuerdo a la información, como reitero, fue anteriormente mencionada. En se orden de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ideas, señora juez, doy por sentado el recurso de apelación para que sea estudiados por los magistrados del tribunal. Gracias.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por las demandadas, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora LUISA FERNANDA GUELL CAMACHO , 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 PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta y se ordene la devolución de la totalidad de los dineros que el actor tiene en su cuenta.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala 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**



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por 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.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO 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.

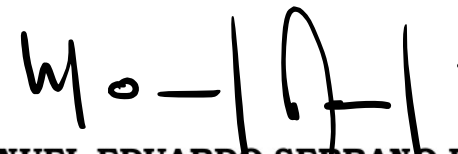
Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 2019 011 01 Dte: LUISA FERNANDA GUELL
CAMACHO 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. 36 2018 308 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSE LIBARDO POSADA ABADÍA
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 11 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Seis laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dado 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, los de la parte demandada.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

Solicitó la parte actora se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A., a registrar en el sistema de información que la afiliación realizada a dicha entidad estuvo viciada de nulidad. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada OLD MUTUAL S.A., entidad en la que se encuentra a afiliado, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos a que hubiere lugar. Que se condene a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral del actor. Finalmente solicita se condene a las demandadas a los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas del proceso. (fl.- 3 – 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que nació el 14 de marzo de 1958.
 - Que se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el mes de enero de 1997, fecha para la cual ya había cotizado 818 semanas.
 - Que el 17 de septiembre de 2013, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL.
 - Que al momento de realizar el cambio de régimen pensional no le informaron sobre las implicaciones de dicho cambio.
 - Que no le ilustraron, sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen.
 - Que no lo asesoraron bien.
 - Que no le indicaron ventajas de cada uno de los regímenes pensionales.
- (fl.- 5 – 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 19 y 22, para los demás señaló que no lo son o que no



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

le constan. 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 275 - 298).

Por su parte la demandada **OLD MUTUAL S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 21, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido. (fl. 325 - 352).

Finalmente, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 20, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y traslado de aportes a OLD MUTUAL. (fl. 378 - 392).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 11 de diciembre de 2019, resolvió:

1. Declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor José Libardo Posada Abadía el 1 de febrero de 1997 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
2. Condenar a old mutual pensiones y cesantías s.a. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.
3. Declarar no probada la excepción de prescripción.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

4. Condenar en costas a la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección s.a. y a old mutual pensiones y cesantías s.a. Liquidense con la suma de \$1.000.000 a título de agencias en derecho, conforme lo expuesto en la parte motiva.
5. Consúltase con el superior la presente decisión tal como lo establece el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, esto es, en favor de Colpensiones.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“Escuchadas las alegaciones de conclusión dentro de ambos procesos, a continuación entonces el despacho proferirá las sentencias, como ya hemos referido, el despacho hablará siempre primero del proceso 2018 00093. En este recordemos muy rápidamente, igual lo pusieron de presente los apoderados en sus alegatos de conclusión, tenemos que el señor Álvaro Nur Quiñones, solicitó que el despacho declare nulo y/o ineficaz el traslado que el efectuó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; que se declare en consecuencia que el permanece afiliado a ese régimen administrado hoy por Colpensiones y como pretensiones de condena, solicito que se trasladen esos aportes del rais al régimen de prima media, las costas y agencias en derecho, y cualquier otra acreencia que se pruebe en uso de las facultades para decidir de manera ultra y extra petita. Y con relación al proceso 2018 00308, pues hoy en la misma audiencia agotamos la etapa de fijación del litigio, ya dejamos claras cuales eran esas pretensiones incoadas que son similares a las del otro proceso y que por ello el despacho no va a reiterar entonces nuevamente. En cuanto a los hechos, tenemos dentro del proceso adelantado por el señor Nur Quiñones que refiere haber nacido el 23 de octubre de 1959, realizaba cotizaciones al entonces instituto de seguros sociales del 1 de febrero de 1983 al 28 de febrero de 1995, lapso durante el cual acumulo 495 semanas cotizadas; indicó haberse trasladado el 28 de febrero de 1995 a la afp protección s.a., y que posteriormente se vinculó a old mutual, que entre el 1 de marzo de 1995 y el 31 de diciembre de 2017, cotizó 1097 semanas que sumadas a los aportes efectuados al entonces instituto de seguros sociales, totalizan 1588. Refiere también que la decisión de traslado no fue informada y no fue autónoma y consciente, por cuanto, no se le indicó de manera completa, integral y veraz cuales eran las consecuencias del traslado y el impacto que ello tendría en la mesada pensional, también refiere que el 10 de agosto de 2017 solicitó a la afp old mutual que le entregara copia del formulario de afiliación de las variables que se le indicaron las variables al tener en cuenta para efectos de determinar el valor de la mesada pensional, y también que le realizaron una proyección del valor que por ese concepto le correspondería en ambos regímenes; que el 9 de octubre de 2017, radicó otra solicitud a protección para obtener copia de los documentos en los que consta la información que le fue brindada para proceder al cambio de régimen y también allí solicito la nulidad o ineficacia del traslado que la afp en cuestión mediante comunicación del 24 de noviembre de 2017 contestó dichos derechos de petición y adjuntó copia del formulario de afiliación y ningún documento adicional; refiere también la petición que elevó el 10 de agosto de 2017 ante la afp old mutual, respecto de



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

la copia del formulario de afiliación, las variables a tener en cuenta para determinar el valor de la mesada y la proyección de prestación en ambos regímenes, y la respuesta que dio dicha afp el 30 de agosto del mismo año, en la cual refirió que para la edad de 62 años tendría una mesada de \$7.842.000, mientras que agrega que, en el régimen de prima media a esa misma edad, la mesada sería de \$9.006.000. También refiere que en esa fecha 10 de agosto de 2017, solicitó a la afp old mutual la copia de los documentos en los que consta la información que se le dio cuando se traslado a dicha afp, y también pidió la nulidad o ineficacia del traslado, que con la comunicación ya referida del 30 de agosto de 2017, se le allegó copia del formulario de afiliación y se le negó lo relativo a la nulidad o ineficacia del traslado, y por ultimo refirió haber elevado a Colpensiones una petición el 11 de agosto de 2017 que sin embargo fue negada en cuanto a la nulidad o ineficacia del traslado el 15 de agosto del mismo año, por parte reitero, de Colpensiones.

En el proceso 2018 308, el demandante indica haber nacido el 14 de marzo de 1958, haberse afiliado al rais en enero de 1997, a través de la afp protección s.a., momento para el cual contaba con 818 semanas cotizadas, también habla del traslado efectuado a afp old mutual s.a., el 17 de septiembre de 2013, que en total desde su primera vinculación al sistema de pensiones el 13 de abril de 1980, hasta el 31 de octubre de 2017 efectuó aportes a través de varios empleadores privados, dice que las dos administradoras de fondos de pensiones de naturaleza privada demandadas, no le informaron al momento en que se vinculó con cada una de ellas las implicaciones de ese traslado de régimen, la naturaleza del de ahorro individual con solidaridad, las desventajas de afiliarse al mismo, que tampoco le hicieron unos escenarios comparativos entre ambos regímenes, pese a que tenía conocimiento tanto del numero de semanas aportadas como de su promedio salarial, dice que cuando se vinculó a protección s.a., percibía como salario la suma de \$2.380.000, que nunca se le indicó que era mas favorable permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, ni cuales eran las ventajas de este por lo que no recibió una asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas que tenía para la elección de un régimen pensional, que a través de una asesoría particular que contrató, evidenció el engaño del que fue objeto por parte de protección s.a., y por ultimo, manifiesta haber elevado solicitud a protección s.a y a Colpensiones el 27 de diciembre de 2017, y con relación a old mutual, el 2 de enero de 2018, las cuales tuvieron un resultado desfavorable.

En cuanto al trámite surtido en el proceso 2018 00093, tenemos el auto admisorio de la demanda el 30 de junio de 2018, de folio 54. En el proceso 2018 308, el auto admisorio es del 17 de octubre de 2018, folio 264, en ambos procesos contestaron las tres demandadas dentro del termino legalmente establecido, en todas dijeron oponerse a las pretensiones de la demanda, las encartadas aceptaron los hechos que en cada etapa correspondiente en la fijación del litigio el despacho mencionó de manera expresa y excluyó del debate probatorio, luego no se van a reiterar nuevamente en esta diligencia. Colpensiones propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y pidió que el despacho declare cualquier otra que encuentre probada en ambos expedientes, son las mismas excepciones. Old mutual pensiones cesantías, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, en el primer proceso 2018 93, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y pidió al despacho que declare cualquier otro medio exceptivo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se encuentre probado, y en el proceso 2018 308, además de la prescripción señaló la existencia de una prescripción de la acción de nulidad y también alegó un cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. La afp protección s.a., por su parte, en el primer proceso, la contestación obra a folio 186 a 204, en el segundo a folio 378 a 392, formuló como excepciones de mérito las de, en el proceso 2018 93, validez de la afiliación a protección s.a., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y en el 2018 308 las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y en ambos se solicitó que el despacho acceda a cualquier otra excepción que encuentre probada. En el proceso 2018 0093, las contestaciones de la demanda se admitieron en auto del 28 de mayo de 2019, de folio 166 y 166 vuelto y la primera audiencia se celebró el 26 de septiembre de este año, en la cual se agotaron las etapas entre la conciliación y el cierre del debate probatorio. En el proceso 2018 00308, el auto en el que se tuvo por contestada la demanda, es del 25 de junio de 2019, obra a folio 418 y hoy agotamos todas las etapas entre la conciliación y las alegaciones de las partes. Por ende, como también el día de hoy agotamos las alegaciones dentro del proceso 2018 0093, el despacho además advierte que no existen causales de nulidad dentro de alguno de los dos expedientes, también plenamente los presupuestos procesales y vemos debidamente agotada la reclamación administrativa en los términos del artículo 6 del código procesal del trabajo y de la seguridad social. En relación con Colpensiones, se aceptaron en las contestaciones de ambos procesos por parte de la referida empresa industrial y comercial del estado esas circunstancias y además se prueban en el proceso 2018 93, con los documentos de folios 29 a 34, y en el 2018 308 con la documental de folios 186 a 189.

Para entrar entonces a resolver lo relativo a la nulidad, como se denomina en el proceso 2018 93 y/o ineficacia de esa afiliación o de ese traslado, que efectuó cada uno de los demandantes dentro de los procesos que actualmente está analizando el despacho, desde el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, pues advertimos que básicamente en la contestación de la demanda, Colpensiones señaló que ninguno de los actores está amparado por el régimen de transición, que ninguno tenía 15 años de servicio o cotizaciones para el 1 de abril de 1994, incluso que cada uno de los demandantes tenía menos de 40 años de edad para esa calenda, que por ende no pueden regresar el régimen por ella administrado, ya que, lo debieron hacer cuando les faltaban cuando les faltaban mas de 10 años para cumplir el requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión y que por ello no hay lugar a acceder a las pretensiones. Old mutual pensiones y cesantías refirió por ejemplo que el error de derecho no produce vicios del consentimiento, que además el actor o los actores se afiliaron de forma libre y voluntaria, que tampoco existía para el momento la obligación de las afps de suministrar la información en los términos que reclaman los accionantes, pues se indica que ello vino a establecerse a partir del decreto 2071 de 2015 y de la ley 1748 del mismo año; y protección s.a., señaló en términos generales que el formulario en cada caso se diligenció de manera libre y voluntaria, que los accionantes no hicieron ejercicio del derecho al retracto, que los formularios cumplen con las condiciones establecidas en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, que no medió en consecuencia algún vicio de consentimiento en ese acto jurídico, que en el formulario se dejó constancia de la suscripción de manera libre y voluntaria, que además no puede aducirse un engaño por los cambios normativos que fueron introducidos, por ejemplo, con la resolución 1555 de 2010, en lo que tiene que ver con las tablas de mortalidad, la resolución 3099 de 2015, de la formula para calcular el capital necesario que debe acreditarse en una cuenta de ahorro individual para cubrir



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

vitaliciamente una pensión mínima en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado; y en ese orden de ideas dentro de cada uno de los procesos, evidencia el despacho efectivamente al contarse con la impresión de la consulta realizada al siaf que el señor Álvaro Nur Quiñones en el proceso 2018 93, se afilió efectivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad el 28 de febrero de 1995, esa afiliación se hizo efectiva a partir del 1 de marzo del mismo año a través de la entonces afp ing, hoy protección s.a., que luego se trasladó a Colfondos, posteriormente a porvenir y finalmente está vinculado con escandia, hoy old mutual, la consulta obra a folio 192. En el proceso 2018 308, se allegó a folio 405 y se verifica en consecuencia que el señor Posada Abadía se afilió al rais el 20 de diciembre de 1990 Con efectividad a partir del 1 de febrero de 1997, a través de la afp ing, hoy protección s.a., y que posteriormente se trasladó a old mutual s.a. En ese orden de ideas y de acuerdo con lo planteado por cada uno de los demandantes en los escritos introductorios que dieron origen a los procesos que está analizando el despacho, y en lo que tiene que ver entonces con ese deber de información que debía tener o que le asistía a las administradoras de fondos de pensiones al momento de la vinculación con ese régimen de ahorro individual con solidaridad, pues tenemos que contrario a lo referido tanto en algunas de las contestaciones de dichas encartadas como a lo referido también en las alegaciones de conclusión por algunos de sus apoderados, la misma surgió no con posterioridad ni a través de, por ejemplo, las circulares de la superintendencia financiera o demás que ya se mencionaron por parte del despacho, sino desde la misma expedición de la ley 100 de 1993 como por ejemplo se indicó en el literal b del artículo 13 de esa codificación, en la que se señaló la posibilidad que tiene cada afiliado de elegir de manera libre y voluntaria entre los dos regímenes que existen a partir de esa normativa, elección que se indicó allí de manera clara, debe partir del pleno conocimiento que tenga el afiliado de uno y otro régimen. En ese sentido encontramos también posteriormente el numeral 1 del artículo 97 del decreto 663 de 1993, en el que aparece efectivamente señalado de manera expresa, reitero, el deber de información de las afps. Y posteriormente el artículo 21 de la ley 795 de 2003, también aplicable a las afps como entidades del sistema financiero, reiteró el deber de información que tienen a fin de que los usuarios tomen decisiones de manera informada; el literal c del artículo 3 de la ley 1328 de 2009, ya se refirió mas concretamente al principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna que debe observarse con celo en las relaciones entre las entidades financieras y sus consumidores, y a su vez en desarrollo de esta normativa, el decreto 2241 de 2010 incorporó en su artículo 2 como principios, 1. La debida diligencia de las administradoras del sistema general de pensiones cuando ofrezcan sus productos y cuando presten sus servicios encaminados a que los usuarios reciban la información debida; 2. La transparencia de información cierta, suficiente y oportuna y como 3er principio nos habla de velar porque el interés de los consumidores prevalezca. Ya mas adelante con la expedición de la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015, y la circular externa 16 del 2016, esta de la superintendencia financiera, pues sabemos que se estableció incluso la obligación de que se cuente con lo que conocemos hoy con la doble asesoría, esto es, que el afiliado debe acudir tanto a recibir la información por parte de la administradora en la cual se encuentra afiliado, como por aquella en la cual desea a partir de allí efectuar los aportes, todo con la finalidad, reitero, de mantener ese celo en cuanto a la suficiente información de la persona cuando va a efectuar un traslado de régimen. Y es que como lo han reiterado los apoderados de los demandantes en ambos procesos, desde las demandas que presentaron como en los alegatos de conclusión escuchados el día de hoy, este tema ha sido analizado en varias ocasiones ya por la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la primera decisión la sabemos data del año 2008, del 9 de septiembre, es la del proceso de radicación 31989, y simplemente por enunciar algunas de ellas tenemos la del 22 de noviembre de 2011, radicación 33083, la sl12136 del 3 de septiembre de 2014, radicación 46292, la sl19447 del 27 de septiembre de 2017, de radicación 47125, mas recientemente por ejemplo esta la sl 1452 del 3 de abril de 2019, radicación 68852, que se trajo a colación por algunos de los apoderados en sus alegaciones y básicamente en todas ellas si bien se han analizado cada vez situaciones más particulares y podríamos decir incluso en algunos casos diferentes porque las primeras decisiones fueron de personas e incluso que tenían derechos adquiridos, porque ya habían cumplido requisitos pensionales cuando decidieron trasladarse de régimen, posteriormente se analizaron casos de personas con expectativas legítimas porque por ejemplo ya habían cumplido con alguno de los dos requisitos, bien fuera el tiempo de servicios, las semanas o la edad, cuando decidieron trasladarse de régimen y se trataba también de personas beneficiarias del régimen de transición, pues ya mas recientemente la corte en vista de las diferentes decisiones, incluso disímiles que se han suscitado en los tribunales superiores de los mismos o incluso diferentes distritos judiciales, pues ha venido profiriendo decisiones en las que clarifica justamente en esa labor que le es de unificar la jurisprudencia, cuales son las pautas que se deben tener en cuenta cuando se analizan situaciones como las presentes en las que se solicita la nulidad y/o ineficacia de esos traslados de régimen pensional. Por esta razón, el despacho considera que si pueden ser tenidas en cuenta esas decisiones como doctrina probable, no es cierto como se mencionó por alguno de los apoderados en las alegaciones que sean decisiones que hayan revisado casos diametralmente diferentes, se tratan de casos análogos y como digo, ahí la corte fue clara en referir que la situación de verificar la existencia o no de esa suficiente información brindada por las administradoras de fondos de pensiones del régimen privado, no incumbe o no tiene que ver con la condición del afiliado beneficiario del régimen de transición, con si tenía o no derechos adquiridos, con si tenía expectativas legítimas, ya que en todos los casos se debe verificar es que se haya dado esa información suficiente, oportuna y completa; carga de la prueba que además también definió la corte está siempre a cargo de la afp en cuestión, y que por ello no debe trasladarse a los demandantes. Por ello, como ya lo dijo el despacho, considera efectivamente y constituyen doctrina probable, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la ley 169 de 1996. Tenemos incluso decisiones más recientes como la sl1688 del 8 de mayo de 2019 de radicación 68838 y la proferida el, perdón ya hablé de la del 8 de mayo de 2019, en las cuales, reiteró, se establecieron esas pautas o unas de las cuales ya mencionó el despacho, pero además se señaló que incluso cuando el afiliado había recibido una reasesoría o por ejemplo si se le indicaron estas circunstancias cuando se traslado dentro del mismo régimen pero a una afp diferente, pues lo cierto es que la oportunidad que se debe verificar en cuanto a esa información que haya sido clara, precisa, oportuna y demás, es aquella recibida en el momento en que la persona que estaba vinculada al entonces instituto de seguros sociales se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y no la que haya recibido de forma posterior. La corte también precisó que en casos como el expuesto o como los estudiados aquí por el despacho no es viable aplicar las reglas jurídicas ni interpretativas con relación a las nulidades que por ello no se debe exigir al afiliado la demostración de un vicio del consentimiento, pues aclaró que la consecuencia jurídica de la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado y que por ello la transgresión al deber de información se estudia es desde dicho fenómeno y no desde el régimen de nulidades o inexistencia. La corte también señaló que no puede entenderse saneada la irregularidad por el paso del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

tiempo, incluso por alguna ratificación que se haya efectuado por el afiliado como podríamos entenderla por ejemplo de un traslado entre afps como ocurrió en ambos expedientes que analiza el despacho o por ejemplo por el haberse efectuado aportes voluntarios que tampoco es necesario que los demandantes o afiliados demuestren un perjuicio o menoscabo económico, que además la sola firma del formulario de afiliación aprobado por la superintendencia financiera no exime a la afp de la demostración ya referida y además tampoco es indicativa de que el afiliado la haya recibido en manera suficiente para tomar la decisión de afiliarse, pues tal formalismo no excusa, en palabras de la corte, a las administradoras de cumplir con sus deberes y si bien efectivamente se ha precisado que esas reglas deban analizarse en cuanto al caso en concreto, pues ello no quiere decir que sean unas pautas generales que deban tenerse en cuenta por parte de los operadores judiciales cuando se trata de situaciones similares, ya que por ejemplo aquí no estamos hablando de algún vicio del consentimiento motivado, por ejemplo, en una fuerza o en un dolo, que obviamente sería una circunstancia diferente, ni tampoco evidencia el despacho que las afps demandadas hayan acreditado de manera suficiente que en efecto hayan dado esa información completa y eficaz para los efectos requeridos al momento en que los actores decidieron trasladarse de régimen. Incluso el día de hoy en el interrogatorio de parte, el representante legal de la afp que fue, valga la redundancia, interrogado por la parte actora, manifestó que toda la asesoría brindada había sido de manera verbal y por ende, pues reitero, no se tiene noticia o no se cuenta con una prueba que demuestre cual fue la efectivamente brindada al señor Posada Abadía, lo mismo pues que puede predicarse con relación suministrada al señor Nur Quinones. En ese orden de ideas y pues la simple copia del formulario que se aportó en los procesos, tanto de las vinculaciones iniciales de los actores como de las posteriores que hicieron dentro del mismo régimen de ahorro individual, como ya se mencionó, no resultan suficientes y relevantes, razones por las cuales el despacho considera entonces que en atención a esas decisiones de la sala de casación laboral y a lo evidenciado en cada uno de los procesos objeto de decisión, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuó cada uno de los demandantes del de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Por lo anterior, el despacho ordenará en ambos procesos que la afp old mutual pensiones y cesantías s.a., a la cual se encuentran afiliados los demandantes, transfiera a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de los demandantes, tales como cotizaciones y bonos pensionales, además de todos los rendimientos causados, sin que sea posible descontar valor alguno por mesadas, gastos de administración o cualquier otro. Ello en atención a que, como lo ha expuesto en esas decisiones reiteradas la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, la consecuencia jurídica de decretar esa ineficacia es la exclusión, como ya se dijo, de todo efecto jurídico del acto de traslado, es decir, de la afiliación, por lo que no es posible entonces que la administradora de pensiones obtenga algún tipo de beneficio derivado de un actuar negligente. Así por ejemplo, en reciente sentencia de la sala de casación laboral que es del 9 de octubre del año 2019, dentro del expediente con radicación 68852, la corte recordó lo siguiente: “la sala ha doctrinado 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 a 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”. De otro lado,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

tampoco puede salir avante la excepción de prescripción que propusieron las encartadas y en las que refirieron el paso del tiempo transcurrido desde esas calendas de afiliación de los demandantes para la década de 1990, hasta el año 2018, cuando se presentaron las demandas o los años cercanos a dicha fecha cuando se elevaron las reclamaciones, pues en este punto se ha establecido que al tratarse de una circunstancia directa intrínsecamente ligada con un derecho pensional, el tema del régimen al cual se encuentra afiliada la persona goza de esa característica de ser imprescriptible que se traduce del estatus de pensionado, al punto que pues la corte también en estas decisiones en las que ha accedido a la ineficacias de los traslados, también ha analizado lo relativo a la prescripción como lo hizo por ejemplo en la sentencia sl1688 del 8 de mayo de 2019, ya mencioné, de radicación 68838 en la que claramente señaló que: “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”. Por lo anterior, pues el despacho no declarará probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas. En ambos procesos también se dispondrá la condena en costas a cargo tanto de protección s.a., como de old mutual pensiones y cesantías s.a., y en cada proceso el despacho dispone incluir a la secretaria una suma igual a \$1.000.000 como agencias en derecho, divididas entre las referidas demandadas. En mérito de lo expuesto, el juzgado 36 laboral del circuito de la ciudad de Bogotá D.C, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, resuelve: voy a leer primero la parte resolutive dentro del proceso 2018 00093”

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión los apoderados de COLPENSIONES y OLD MUTUAL, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

“Su señoría, muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación, tanto del proceso 2018 093 y el proceso 2018 308, solicitando al honorable tribunal que revoque la sentencia proferida en los presentes asuntos, teniendo en cuenta que si bien en los fallos de la honorable corte suprema de justicia traídos a colación por el despacho, la corte ha declarado la ineficacia de traslado de los actores, lo cierto es que la misma corte en sentencias como la sl1452 del 2019, ha indicado que cada caso se debe estudiar de forma particular y con respecto a eso, solicito al honorable tribunal tener en cuenta las particularidades de cada uno de estos casos, pues si bien, como ya se indicó, la corte permite la ineficacia de traslado de personas que tengan una expectativa legítima de pensionarse con mi representada, esto no ocurre con estos asuntos. Téngase en cuenta que en el caso del señor Álvaro Nur Quiñones, este no era beneficiario del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994, tan solo contaba con 35 años de edad y tan solo tenía 495 semanas cotizadas. Adicional a esto, para la época del traslado en el año 1995, tenía 34 años de edad, es decir que le faltaban 28 años para alcanzar la edad de estatus pensional que se requiere en el régimen de prima media. Por otra parte, señor José Libardo Posada, cuyo radicado es 2018 308, igualmente no era beneficiario del régimen de transición al 1 de abril de 1994, tenía 680 semanas de cotización y 36 años de edad, así mismo, para la época de traslado en el año 1997, tenía 38 años de edad, faltándole así 24 años para alcanzar la edad de 62 años requeridos en el régimen de prima media.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así mismo, del interrogatorio de parte de los demandantes y de los hechos de la demanda, se pudo manifestar que los demandantes se trasladaron de régimen de forma libre y voluntaria, que conocían algunas características del régimen de ahorro individual con solidaridad; adicional a esto, realizaron aportes voluntarios y también es de tenerse en cuenta que los demandantes se trasladaron entre fondos privados en varias oportunidades ratificando de esta manera su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual. Adicional a esto, nunca se acercaron a mi representada a solicitar información con respecto a su futuro pensional así como también manifestaron que no se acercaron a ninguno de los puntos demandados, faltando así también a su deber de informarse como lo señala el estatuto del consumidor financiero. Adicionalmente, indicaron que su inconformidad en el régimen de ahorro individual, el motivo por el cual pretenden regresar al régimen de prima media, sería el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen pensional, lo cual, frente a este asunto, si se presenta algún tipo de error, sería un error de derecho no un error de hecho, y al respecto el artículo 1509 del código civil colombiano, manifiesta que el error de derecho no vicia el consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que en el presente asunto, tampoco quedó probado por las partes demandantes el error del consentimiento en el cual aluden. Por tal motivo, solicito al honorable tribunal se revoque la presente providencia y se absuelva a mi representada, muchas gracias.”

“Señora juez, respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación en contra de la decisión proferida con relación al proceso 2018 308, le solicito respetuosamente al honorable tribunal que revoque la sentencia de primera instancia en su lugar absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra. En primer lugar, considero que, el fallo se fundamenta en unas fuentes jurídicas incorrectamente aplicadas, respetuosamente, lo considero porque pues se ha hablado de que existe un precedente y una doctrina probable que implica que de manera generalizada se establezca la inversión en la carga de la prueba a este tipo de procesos donde se solicita la nulidad de afiliación al régimen de ahorro individual de alguien que venía previamente en el régimen de prima media, y consideramos respetuosamente, como lo consideran 3 salas del tribunal superior de Bogotá, que pues esta interpretación no es correcta porque la jurisprudencia debe ser aplicada en casos análogos y no se ha presentado un solo caso en la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, donde una persona con mera expectativa de derechos pensionales haya sido beneficiada con una declaración de nulidad donde se disponga la inversión de la carga de la prueba y esto tiene una razón de ser, tan es así que incluso el salvamento de voto que interpuso el magistrado Quiroz Alemán a sentencia del mes de abril del presente año, radicado sl1452 de 2019, radicación 68852, fue una aclaración de voto y en esa aclaración de voto el habla por ejemplo de la posibilidad del saneamiento del contexto en el que se emitió la ley 100, de la crisis del instituto de seguros sociales, del alcance de la obligación de información que varía de acuerdo a si la persona tiene régimen de transición o no, del análisis de la condición de promotor del afiliado, entonces el hizo una aclaración de voto precisamente porque a pesar de que tiene unas consideraciones diversas al fallo que hace la doctora Clara Cecilia Dueñas de Quevedo, pues no va a interponer un salvamento de voto porque igual una persona que perdía un régimen de transición y esta es una condición mas beneficiosa, lo que genera un perjuicio claramente en el momento de revisar el traslado, de hecho para rememorar las primeras sentencias de la corte, siempre se habló de un perjuicio “actual y evidente” en esa medida, no resultan aplicable al caso que nos ocupa esas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

interpretaciones, mucho menos como precedente judicial, eventualmente, como un criterio auxiliar de interpretación que es algo diferente, pero como precedente y doctrina probable acá no se presenta esa situación. En esa medida, pues no se le puede imponer a las demandadas que acrediten algo imposible para ellas como lo sería precisamente una prueba adicional al formulario de afiliación, inicialmente se impuso esa carga porque en el 2008 la corte suprema conoció el caso de 2 personas que perdieron su pensión en el régimen de prima media, posteriormente, también dispuso eso para personas que perdían el régimen de transición, y de manera clara se refería a ello y se justificaba que la afp teniendo en cuenta esa pérdida de un beneficio claro, le hubiera informado de alguna forma al afiliado que iba a generarse una consecuencia negativa al momento de realizar el traslado del régimen pensional, pero en estos casos como el del demandante, no se estaba generando ningún tipo de perjuicio actual o evidente, de hecho la ley 100 impuso la competencia, eso lo impuso la norma, una competencia entre regímenes pensionales, porque precisamente cada uno tiene beneficios y desventajas. Es importante también tener en cuenta que la mayoría de personas afiliadas al rais se benefician de este régimen, porque la mayoría, y eso está estadísticamente comprobado, ganan entre un salario mínimo o algo mas y comparado con lo que ganarían en el régimen de prima media en los últimos 10 años, con una tasa de reemplazo, pues obtendrían la misma pensión, pero en el rais tienen el beneficio de la garantía de pensión mínima, por ejemplo, o personas que decidieron en algún momento emigrar o que perdieron su empleo, la devolución de saldos es mucho mejor en el rais, entonces no se puede hablar de que se genere un perjuicio actual y evidente y resulta ser este tipo de interpretaciones de facto un desconocimiento generalizado de lo que estableció la ley 797 de 2003 en su artículo 2, en donde claramente se establece una restricción con unos objetivos. Por lo tanto, primero, llamar la atención en cuanto a que ese criterio y ese fundamento jurídico de la sentencia, consideramos respetuosamente, se realizó de manera errónea. Por otro lado, en cuanto a lo que dispone el numeral 2 de la sentencia en el sentido en que mi representada debe devolver lo que generó por gastos de administración, nosotros insistimos en que pues esta interpretación es antijurídica porque no hay ningún tipo de criterio ni de fundamento, ni siquiera un criterio auxiliar de interpretación que imponga eso, de hecho estuve causalmente revisando la sentencia que hizo alusión el despacho como fundamento para esa condena en costas y ese detrimento económico que se le impone a mi representada, la sentencia sl44360 de 2019, radicación 68852, y es un caso que claramente no es análogo, es un caso donde la persona se afilio a la afp porvenir y estuvo todo el tiempo afiliado solo a esa afp, y se menciona que precisamente no procede el descuento de gastos de administración porque es una sanción porque digamos que es una penalidad contra la afp que tenía la carga de acreditar el deber de información y todo el tema, no hay ni una sola sentencia que haya dispuesto que una afp que recibe un afiliado en un momento donde ya no tiene la opción de regresar al régimen de prima media, deba cargar con la consecuencia económica y el detrimento patrimonial de no poder descontar lo generado por gastos de administración, y al tiempo tenga que devolver los rendimientos financieros, es una interpretación totalmente antijurídica porque, primero, no existe ningún tipo de precedente jurisprudencial de la corte suprema que avale esa interpretación y ese detrimento económico, y en segundo lugar hay una pacífica, ahí si doctrina probable, de la corte suprema de justicia donde ha dicho que los terceros de buena fe ante un negocio jurídico de apariencia negocial válida o legal, no tienen porqué sufrir perjuicios del acto jurídico que celebraron. Entonces, es un desconocimiento casi que de unos principios generales del negocio jurídico donde un tercero de buena fe no puede verse



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

perjudicado, entonces yo le llamo la atención al tribunal para que si en gracia de discusión dispone la nulidad en el presente asunto de la afiliación del demandante al rais, no puede ser la afp que no tuvo nada que ver con la afiliación, que recibió el demandante en un momento donde ya era ilegal hablarle de régimen de prima media, se le genere este perjuicio económico de no descontar lo correspondiente a gastos de administración, en pro de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, le solicito al tribunal que revoque la sentencia de primera instancia. Muchas gracias”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por las demandadas, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor JOSE LIBARDO POSADA ABADIA, 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 PROTECCIÓN S.A. y el posterior traslado a la demandada OLD MUTUAL, PENSIONES Y CESANTÍAS, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta y se ordene la devolución de la totalidad de los dineros que el actor tiene en su cuenta.

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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 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.

Así mismo, y contrario a lo que señalan los recurrentes, la Jurisprudencia ha sido enfática en señalar que el traslado de régimen pensional, es solo uno, y por ello, los cambios entre fondos que se pudiesen realizar con posterioridad a dicho traslado no afectan o convalidan la actuación inicialmente surtida por las AFP.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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.

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.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 34 36 2018 308 01 Dte: JOSE LIBARDO POSADA
ABADIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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. 37-2018-542-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Francisco José Molano Achury identificado con C.C No. 1.023.929.755 de Bogotá y T.P No. 313751 del C.S. de la J., en calidad de apoderado de COLFONDOS S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

A la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz C.C. No. 31.486.436 y T.P. No. 303924 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2019.

ALEGACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

El señor MIGUEL ANTONIO RUBIANO 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, intereses moratorios y costas del proceso. (fl.87)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 1 de septiembre de 1957, se afilió al ISS el 1 de junio de 1974 y se trasladó a Colfondos el 1 de julio de 1996 y si bien lo hizo, fue por buscar una mejor pensión, sin embargo, ello no fue así pues además de informársele las consecuencias y desventajas de trasladarse, se mesada pensional en Colpensiones es más favorable. (fl.88)

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, 14 y 15 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido y la innominada o genérica. (fl. 139).

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 manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito propuso las de falta de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 155).

OLD MUTUAL se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados en los numerales 5, 8, 9 y 16 y manifestó no constarle



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

los demás. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (fl.191)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante. (fl.345)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando:

El juzgado hace su remisión a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con las modificaciones y las variaciones jurisprudenciales que ha tenido, sentencia SL 1452 SL 1688 de 2019 que por ser las últimas dictadas resultan clarificadoras en este asunto. Debo advertir de manera general que se sostiene desde la sentencia hito la responsabilidad en cabeza de las AFP y por tanto, su obligación legal de prestar información contenida en la Ley 100 de 1993 y solo puede entenderse de la afiliación libre y voluntaria cuando se saben las consecuencias de una y otra. Esta información es para todos los afiliados, sean o no beneficiarios de la transición. Se debe acudir a la aclaración de voto del D. Jorge Luis Quiroz Alemán quien explica que se debe realizar la verificación en cada caso individual y le doy prelación a la aclaración de voto, pues no se puede aplicar automática y objetivamente la jurisprudencia.

Debo advertir que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, que aunque no fue pedido en la demanda, por el análisis particular procedo a su estudio; a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 solo contaba con 37 años de edad, cuando firmó el formulario con Colfondos contaba con 39 años de edad y 759.86 semanas, densidad que si bien no puede calificarse como derecho adquirido, sí resulta una densidad de semanas considerable que permite por lo menos tenerlo como un potencial derecho, por lo que se analizara si eso fue tenido en cuenta al momento del traslado. El 16 de junio de 1996 se firmó el formulario con Cofondos S.A. y en la parte de su firma, en la leyenda allí contenida manifiesta que los suscribió de forma libre, voluntaria y sin presiones.

Del documento y de sus características particulares, debo advertir que desde el estudio de los parámetros formales este documento se ajusta a los parámetros contenidos en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, pues se estipula allí la información detallada personal y laboral exigidas por la norma. Inicialmente, del aludido documento advierto que cumplió los requisitos legales para la suscripción del formulario de afiliación y en tal sentido, este se torna válido.

Corresponde analizar conforme la jurisprudencia, si en el caso particular se cumplió con el deber legal de la obligación de información como aspecto sustancial que le permite determinar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que se encuentran reunidos a cabalidad los requisitos exigidos para efectos de determinar la validez de ese acto jurídico.

En este caso, para el momento de la afiliación el actor contaba con densidad apta de cotizaciones, las que exigía en su momento que el asesor resaltara ese hecho, por lo menos lo pusiera de relieve para explicarle las consecuencias de ese acto particular, en especial porque se podría colegir en ese momento que ya tenía financiado un total porcentual del 75.9% de las mesadas pensionales que se exigían en ese momento en el Régimen de Prima Media conforme a la Ley 100 de 1993.

Se advierten sendas afiliaciones en le RAIS, es decir traslados horizontales, el actor dijo que las asesorías fueron más claras que la inicial, las afiliaciones le daban mayor luz para pensionarse con una mejor mesada. De lo dicho por el demandante puedo colegir que la asesoría fue deficitaria, la asesoría primera que se le dio al demandante. A criterio de este funcionario, sí se advierte la asesoría deficitaria, pero contrario a los señalado por la apoderada de la parte demandante en los alegatos, considero por el trascurso del tiempo que si hay lugar a subsanar esa deficiencia sustancial que se pudo advertir de la primera afiliación, conforme a lo dicho por el testigo y el demandante. Siempre su objetivo fue mejorar la prestación en la cuenta de ahorro individual con solidaridad. Conocía el modo y financiación de la pensión. Por eso fue que buscó el traslado de régimen. Si bien se hizo énfasis en el riesgo del ISS, confirmó que después se hablaron de características propias del régimen de transición.

RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

A pesar de que existe una jurisprudencia, se debe revisar cada caso específico, en el caso del demandante de que la asesoría para el primer traslado fue deficitaria, la segunda asesoría o la asesoría para el traslado de Old Mutual no lo fue por aseveraciones del demandante. Hay que señalar a los Magistrados del Tribunal, que solicito verifiquen una contradicción que encuentra la sentencia porque en primera instancia el juez señala que hay una asesoría deficitaria, pero que al mismo tiempo el testigo se pronunció sobre este tema de manera contradictoria, cuando el testigo no se pronunció sobre este tema porque no lo conocía. El testigo solo se refirió a la primera afiliación, no a la segunda afiliación. Teniendo la primera asesoría como deficitaria y aplicando los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema, consideró el despacho que si no había una asesoría suficiente para la declaratoria de nulidad, luego entonces se establece que en el traslado que se hizo a Old Mutual si hubo una asesoría, pero no se hace un análisis de las obligaciones que tenía Old Mutual con el demandante. La primera es que si el despacho se hubiera dado cuenta que la afiliación a Old Mutual en enero 2012, el señor Miguel Rubiano ya no tenía derecho de trasladarse nuevamente al RPMPD.

La firma del formulario de afiliación no es suficiente, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, en este proceso ello no se probó, solicito se verifiquen los dichos de Miguel Antonio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Rubiano Guzmán. Además, solicito se reconozcan los intereses moratorios a la pensión de vejez, porque las AFP llevaron al error al demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por el apoderado de la parte demandante, se tiene que lo pretendido por el señor MIGUEL ANTONIO RUBIANO, 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 6 de junio de 1996**, como se verifica de la copia del historial de vinculaciones del actor y que reposa a folio 183 del plenario y del formulario de folio 27.

Señaló el juez a quo que en este asunto debía absolverse de las pretensiones, debido a que en el formulario se podía leer que el actor había impuesto su firma de manera libre y voluntaria, que además por el transcurso del tiempo de permanencia del actor en el RAIS, se había subsanado la deficiencia de la falta de información del traslado inicial, aunado a que conforme lo había dicho el demandante y el testigo, el señor Rubiano siempre quiso fue mejorar su mesada pensional.

Por su parte, el apelante señala que no se encuentra conforme con la decisión, pues en su criterio, ocurrió todo lo contrario a lo señalado por el juzgado de primera instancia, pues en el interrogatorio el actor no señaló tener conocimiento de la información otorgada por el asesor de Colfondos, tampoco que el formulario fuera prueba alguna de la información debida y que el testigo nada había dicho respecto de la información otorgada al demandante durante las afiliaciones al RAIS.

Pues bien, para resolver lo anterior se tiene que 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 del 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Y es por ello que al revisar las pruebas, tanto documentales como el interrogatorio rendido por el demandante y la declaración del testigo Jorge Parra Cifuentes, se tiene que **ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Rubiano Guzmán se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media al momento de su traslado.**

Nótese como en el **formulario de afiliación** que reposa a folio 27 del plenario si bien es cierto se indica que: *“hago constar que la selección del Régimen de Ahorro Individual la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones...”*, no menos cierto es que dicha escritura no tiene la virtud de acreditar qué información respecto del régimen de transición, bonos pensionales, requisitos para pensionarse y derecho de retracto se le brindó al accionante; 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; recuérdese además que la firma del formulario de afiliación acredita un consentimiento sin vicios, pero no informado, sentencia SL1688 de 2019.

Aunado a lo anterior, en el **interrogatorio del actor y en el testimonio rendido por el señor Jorge Parra**, no se puede colegir algo diferente a que debido a que le informaron los asesores de Colfondos que el ISS se iba a acabar, buscó una mejor opción y por ese motivo se trasladó; el testigo fue claro al indicar que aparte de esa información, y que tendrían rendimientos los aportes que se efectuaran, ninguna otra situación se les dijo.

Ahora bien, el que el demandante hubiere efectuado **diferentes traslados entre Administradoras Privadas**, tal y como él mismo lo aceptó en el interrogatorio y además como se comprueba de la documental que reposa a folio 183 en donde se informa que se trasladó a Horizonte, Colmena, ING y nuevamente a Colfondos, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Suprema de Justicia ha señalado que dichos traslados no pueden entenderse como convalidación del consentimiento inicial y menos aún, que en virtud de los mismos el accionante hubiese recibido la información necesaria, pues en los término de la Corte Suprema de Justicia, tales traslados quedan cobijados de la misma ineficacia de traslado inicial en atención a que se trata de movimientos dentro del mismo Régimen de Ahorro Individual.

Así las cosas, se da por demostrado que la demandada Colfondos S.A. faltó al deber de información, pues no le indicó 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (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)

Es por ello que le asiste razón a la recurrente, tanto en sus alegatos como en su recurso, pues la Administradora de Pensiones demandada Colfondos S.A., a la que se trasladó el actor, no demostró cómo le correspondía, que manifestó a éste las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual, lo que lleva a concluir que no le fue brindada al actor de manera completa toda la información al respecto.

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara el demandante a través de formulario de afiliación suscrito con COLFONDOS S.A. el 16 de junio de 1996 y se ordena a esta demandada el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Y en este asunto no operó el fenómeno de la prescripción, pues ya la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1689 de 08 de mayo de 2019, Radicado N° 65791, precisó que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo; en ese sentido, enfatizó que **la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible**, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Ahora bien, 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 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.

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 en relación con el reconocimiento pensional, por ende, se **absolverá** a Colpensiones de dicha pretensión.

Consideran las restantes Magistradas quienes conforman esta Sala, que COLPENSIONES tiene a cargo la obligación pensional del 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 el demandante tiene derecho al reconocimiento to pensional conforme la actualización y consolidación de su historial de cotizaciones, aspecto sobre el cual, **la Ponente salva voto por las siguientes razones:**

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 el actor nació el 1 de septiembre de 1957 **cumpliendo entonces los 62 años el mismo día y mes del año 2019** y en cuanto a las 1300 semanas requeridas en la actualidad, conforme a las documentales de folios 154 y 208 a 213, se tiene que el accionante **tiene más de 1300 semanas cotizadas**, cumpliendo así con los requisitos exigidos por la norma señalada para pensionarse por vejez.

Valga aclarar que **el demandante cuenta hasta diciembre de 2018 con 1895.86 semanas.**

Entonces, debía condenarse a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” a reconocer al demandante la pensión de vejez, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta un salario base de liquidación de toda la vida o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

por los diez últimos años de cotización, la que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, suma que deberá cancelarse debidamente indexada.

La anterior aclaración se efectúa debido a que conforme a la documental obrante a folio 212 vuelto, el demandante aún se encuentra afiliado al Sistema, situación que impide calcular el valor de la mesada pensional.

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación que el demandante, señor MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN efectuó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 16 de junio de 1996, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CUARTO: 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2018-542-01 Dte: MIGUEL ANTONIO RUBIANO GUZMÁN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada por concepto de reconocimiento pensional demandante e intereses moratorios.

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

SÉPTIMO: 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

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 37-2019-029-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LIGIA SOCORRO JAIMES GONZALEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ C.C. No. 31.486.436 de YUMBO. T.P. No. 303924 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 y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de enero de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2019-029-01 Dte: LIGIA SOCORRO JAIMES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

La señora LIGIA SOCORRO JAIMES GONZALEZ 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 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.4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de agosto de 1959, estuvo afiliada al ISS desde el 1 de agosto de 1995, en mayo 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)

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 inexistencia del derecho, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl.106).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 5 y 12 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.59).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por la demandante a Porvenir el 23 de abril de 1997. Ordenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración y condenó en costas a Porvenir. (fl.148)



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

Citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 31989 de 2008, la SL1688 de 2019, entre otras, clarificadoras de la línea jurisprudencial. La voluntad se materializa cuando esté precedida de una asesoría, esa obligación siempre radicó en cabeza del Fondo Privado por el delicado objeto social que administran. Quien debió efectivamente realizar la asesoría debida en el acto jurídico era la Administradora de Fondo de Pensiones, pues desde la Ley 100 de 1993 tuvieron el deber de emplearlo y cumplirlo, en este asunto como ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, se invierte la carga de la prueba en favor del afiliado. Este deber no puede quedar limitado a un grupo poblacional respecto de personas con beneficio transicional, pues este deber y obligación debe cumplirse respecto de todos los afiliados.

En cada caso debe efectuarse un estudio particular y en este caso se tiene que a la entrada en vigencia la demandante contaba con 35 años de edad pues nació en agosto de 1959, es decir, era en principio beneficiaria del régimen de transición. Al momento del traslado contaba con escasa densidad de emanas para determinar si tenía un derecho adquirido.

Indicó que el acto jurídico de traslado con el formulario de afiliación no era suficiente, debía acreditarse el deber de información y como no se cuenta con elementos probatorios diferentes al formulario de afiliación, se declarará la ineficacia de la afiliación.

APELACION

PORVENIR

El juzgado indica que se presenta ineficacia por la falta de información de mi demandada. El formulario de afiliación suscrito fue de manera libre y voluntaria, sin que existiera ningún tipo de presión, es necesario destacar que el formulario es totalmente válido para los efectos procesales de conformidad con el art. 244 del C.G.P., además no fue tachado de falso, por tanto, es menester no perder de vista la declaración escrita en ese formulario. Al momento en que la demandante absolvió interrogatorio si bien manifestó que no se le informó totalmente, tampoco resolvió inquietudes pues dijo que realmente no tenía ninguna inquietud respecto de su afiliación.

Por otro lado, si Porvenir no hubiera suministrado la información, el deber de información se estableció mediante concepto N° 2015123910 del 29 de diciembre de 2014 el cual fue emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que vigila a mi representada y este Estatuto Financiero lo que indicó era que las AFP tenían la obligación de documentar las particularidades de cada régimen, así las cosas, mi representada cumplió con dicha disposición y por eso emitió boletín en cual se dio conociendo público de fecha enero de 2014, garantizándole a la demandante el derecho al retracto.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2019-029-01 Dte: LIGIA SOCORRO JAIMES GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

No se puede afirmar que estamos ante una ineficacia de pleno derecho, si nos remitidos al Código Civil y de Comercio, cuando no se cumple con uno de los requisitos propios, no existe y nunca nació a la vida jurídica, pero este acto si nació y cumplió con requisitos propios de la ley. nulidad relativa con error de hecho. Aunado a ello la demandante seguía realizando aportes y ratificó su afiliación.

COLPENSIONES Interpongo recurso de apelación para que de atenderse el fallo de primera instancia, se estaría vulnerando el principio de estabilidad financiera del sistema que se materializa en la prohibición legal de traslado en la que ya se encuentra la demandante. Se revise material probatorio porque obra prueba de por lo menos 4 circunstancias, primero la existencia de una asesoría brindada por el fondo, segundo el contenido de esa asesoría que giró en torno a la situación particular de la demandante; tercero la calidad de la misma como profesional del derecho y cuarto el verdadero motivo de descontento de la demandante en el fondo que no es otro que el monto final de su mesada pensional y es que el hecho que sus expectativas pensionales no concuerden con el capital ahorrado, no puede endilgársele per se como omisiones en la información por constituir o depender de variables propias del RAIS, sin que pueda olvidarse que el acto del traslado es eficaz si produce los efectos jurídicos por el cual se suscribe y es evidente que la demandante conocía las consecuencias de trasladarse de régimen, aspecto que se dieron no solo en la antesala sino también en la afiliación de la demandante como lo mostró ella en el interrogatorio que rindió.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, encuentra la Sala que lo pretendido por la señora LIGIA SOCORRO JAIMES GONZÁLEZ 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 23 de abril de 1997**, como se verifica de la documental visible a folio 34 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 conocimiento 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 Ligia Socorro Jaimes 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)

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; aunado a ello, del interrogatorio absuelto por la demandante no se puede colegir nada diferente, a que el asesor de Porvenir en el año 1997, tan sólo le indicó que era mejor trasladarse de régimen y no era la señora Ligia quien debía formular preguntas, era el asesor del Fondo Privado la persona que debía brindarle la información completa, veraz y oportuna a la demandante.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2019-029-01 Dte: LIGIA SOCORRO JAIMES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

reciente sentencia SL4559 del 23 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

En cuento al argumento de Colpensiones según el cual el traslado de régimen que será objeto de confirmación, implica la **descapitalización del RPM que administra**, 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.

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 (RMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37-2019-029-01 Dte: LIGIA SOCORRO JAIMES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

*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.

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. 37-2019-029-01 Dte: LIGIA SOCORRO JAIMES GONZALEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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. 38-2018-107-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSE ANTONIO ROJAS RAMIREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

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 la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de julio de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JOSE ANTONIO ROJAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre el Banco Andino de Colombia S.A. y el ISS se aceptó una conmutación pensional. Que se declare que el banco canceló por anticipado al Seguro el valor correspondiente a la pensión de vejez del actor y la suma de 12% correspondiente para cubrir el pago en salud del accionante. Como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38-2018-107-01 Dte: JOSE ANTONIO ROJAS RAMIREZ Ddo.: COLPENSIONES

consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a Colpensiones suspender el descuento del 12% de la pensión para el pago de la cotización en salud, por lo tanto, devolver al demandante causado a raíz de este descuento desde el mes de julio de 1998 junto con los intereses corrientes e indexación. (fl.4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 19 de marzo de 1937, en la actualidad cuenta con 81 años de edad, el ISS le reconoció pensión de vejez y aceptó una conmutación pensional mediante resolución 0828 de marzo de 2000 con el Banco Andino.

En la convención colectiva de 1999 celebrada entre el banco y los trabajadores, se acordó que el Banco Andino pagaría las cuotas patronales de los trabajadores respecto de todos los riesgos y previo cálculo actuarial, el Banco pagó la suma de \$866.900.812 para cubrir el pago de la salud de 70 personas que integran la conmutación pensional incluido el demandante, razón por la cual Colpensiones no debe efectuar ese descuento. (fl.2)

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, 5 y 21 a 27 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y la innominada o genérica. (fl.60)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. (fl.97)

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

Dentro de este este escenario se señala que en el marco de una convención colectiva de trabajo, pues el banco Andino asumía los costos derivados de la salud de sus pensionados



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38-2018-107-01 Dte: JOSE ANTONIO ROJAS RAMIREZ Ddo.: COLPENSIONES

y se allega como prueba la documental obrante a folios 37 a 51 del expediente que comporta una compilación de convenciones colectivas del banco Andino para 1997 – 1999 misma que carece de constancia de depósito y que simplemente corresponde a un resumen de las cláusulas o previsiones convencionales que abran operado o tendrían vigencia en ese banco en esa oportunidad luego pues por esta vía mal haría el despacho en valorar como si se tratara de una estricta convención colectiva esta documental sin embargo, pues considera el despacho que si efectivamente estuviéramos en presencia de una convención colectiva y que efectivamente dijera lo que señala en su cláusula 40 en punto al servicio médico entiende el despacho que efectivamente el banco se comprometió a reconocer y pagar los servicios médicos y de droga para el trabajador pensionado y sus parientes directos en la misma forma y proporción que le sean reconocidos y pagados a los trabajadores activos, esto quiere decir que durante el tiempo en que hubiera un pensionado a cargo directamente de la empresa pues evidentemente la empresa asumiría los costos correspondientes a la cobertura de las contingencias propias de la salud y en cuanto al seguro social se indica que respecto de las cotizaciones al Instituto Colombiano de Seguros Sociales por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el banco paga la cuota patronal y respecto de los otros riesgos paga la cuota patronal y las de los trabajadores, entiende el despacho dentro de este escenario que se regula particularmente es la situación de aquellas personas que siendo pensionadas para efectos de la conmutación pensional púes evidentemente siendo pensionados vienen siendo atendidos en salud por parte del empleador y aquellos en los que siguen efectuando algún tipo de cotizaciones pues las asume directamente el empleador, tanto en la parte correspondiente a la empresa como lo que le correspondería al trabajador dentro de ese particular contexto ahora bien, no es objeto en el presente proceso los términos de interpretación de esa cláusula convencional siendo pertinente señalar que con ocasión de la interpretación que el banco Andino le dio a estos aspectos y particularmente en punto al 12% correspondiente a aportes en salud entendió que estaba efectivamente obligado a sufragar respecto de sus pensionados ese importe y con el fin de compensar los efectos de los descuentos del 12% que afectarían a los trabajadores pensionados por cuenta de esa entidad pues evidentemente efectuó las gestiones pertinentes con el fin de conmutar igualmente esa carga que había asumido así dimana no solo de la resolución 0828 del 21 de marzo del 2000 cuya copia obra a folios 22 a 26 sino particularmente de la resolución 1227 del 28 de abril del año 2000 la que se registra a folios 27 a 30 del expediente en la que se dispuso adicionar la resolución 0828 del 21 de marzo del 2000 en el sentido de indicar que el banco Andino de Colombia S.A debe cancelar en dinero \$866.900.812 correspondiente al reajuste por salud valor que solo es válido a partir del 30/04/2000 para que el Instituto proceda a incluir en nómina a los beneficiarios de la conmutación como quedó expresado en la resolución que se adiciona, ahora bien, dentro de este escenario y pues entendiendo que el pago efectivamente fue realizado para efectos de la conmutación entre otras personas la parte que debía asumir la empresa respecto de la pensión compartida de la quera beneficiario el demandante pues entiende el despacho que el valor que se sufrago, esos \$866.900.812 tenían como finalidad precisamente que la prestación del accionante se reajustara en su oportunidad para restarle los efectos del descuento que legalmente procedía del 12% y por esta vía pues considera el despacho que de plano no hay lugar a la prosperidad de las suplicas de la demanda en la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38-2018-107-01 Dte: JOSE ANTONIO ROJAS RAMIREZ Ddo.: COLPENSIONES

forma en que fueron planteadas pues se reclama en términos generales que se suspenda el descuento en salud equivalente al 12% de la pensión para el pago de cotizaciones respecto del demandante y que se le devuelvan los dineros que en esa proporción se han venido descontando desde el inicio del reconocimiento pensional al incoante de la acción por parte del seguro social, esto se señala desde 1998 que el reconocimiento fue a partir del 19 de marzo de 1997 en relación con ese aspecto no sobra recordar que en los términos del artículo 157 de la ley 100 de 1993 que regula el aspecto de afiliados al sistema de seguridad social y salud, se prevé que en su literal A numeral 1° Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley, disposiciones estas a las que se remite el artículo reseñado, que implican que necesariamente un pensionado debe estar afiliado al sistema de seguridad social en salud y por esa vía de su mesada pensional debe deducirse el equivalente al 12% del ingreso, el cual se destina a la EPS a la que este afiliado o a la administradora de salud a la que eventualmente se encuentre afiliado el pensionado correspondiente en aras de garantizarle la cobertura de los servicios de salud y es dentro de este contexto que es imposible jurídicamente hablando, suspender las deducciones del 12% de las mesadas pensionales de los pensionados pues suspenderlo implicaría no efectuar los pagos con destino al sistema de seguridad social y dejar desprotegido al pensionado en materia de salud, circunstancia que es abiertamente improcedente en este contexto ahora bien, por esta vía de plano el despacho considera que no hay lugar a la prosperidad de las suplicas de la demanda de la forma en que fueron planteadas siendo pertinente señalar que si lo pretendido hubiera sido por ejemplo una reliquidación de la pensión aduciendo por ejemplo que con ocasión a esa conmutación pensional no se hizo el ajuste correspondiente para restarle los efectos del descuento del 12% que el banco pretendía evitar, así debió haberse planteado la acción judicial sin que pueda este despacho dentro del escenario dentro de las facultades extra y ultra petita emitir un pronunciamiento en relación con ese aspecto toda vez que ello no fue debatido en el presente trámite procesal y cierto es que para la aplicación de las facultades extra y ultra petita es requisito indispensable que esta circunstancia haya sido debatida en juicio, circunstancia que no se aviene a lo acreditado en el proceso pues lo debatido en el juicio era precisamente la procedencia de efectuar los descuentos o no, no así una eventual reliquidación o reajuste de la mesada pensional derivada de la conmutación pensional en los términos en que fue aprobada en su momento por el Instituto de seguros sociales y los efectos respecto de la incidencia de los descuentos 12% en el marco de esa compartibilidad, en consecuencia dadas las condiciones que presenta el caso bajo examen evidentemente no hay lugar a acceder a las suplicas de la demanda relacionada con suspenderle el descuento del 12% de la pensión al incoante de la acción menos aun devolverle el 12% del dinero descontado de la pensión de vejez para el pago de salud.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38-2018-107-01 Dte: JOSE ANTONIO ROJAS RAMIREZ Ddo.: COLPENSIONES

APELACION

DEMANDANTE

Si bien se encuentra la resolución de la conmutación pensional y la convención en donde se especificaba claramente que el Banco Andino pagaría la cuota adicional del 12%, es evidente que en esta situación se estaría haciendo un doble descuento, un 12% en la parte de la conmutación pensional y un 12% de la pensión de vejez. Solicito se considere un solo descuento y se haga el reembolso de ese dinero.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que en este asunto no existió discusión en cuanto a que a través de resolución 0828 del 29 de marzo del año 2000 el ISS aceptó una conmutación de las obligaciones pensionales del Banco Andino de Colombia S.A. correspondiente a 70 personas dentro de las cuales se encuentra incluido el señor José Antonio Rojas (fl.25 y fl.72)

Tampoco ofreció reparo alguno que por acto administrativo 1227 del 20 de abril de 2000 se adicionó la anterior resolución, en el sentido de indicar que el Banco Andino debía cancelar en efectivo en la Tesorería General del Instituto la suma de \$866.900.812 correspondiente al reajuste por salud (fl.29 y fl.72)

Y de acuerdo estuvieron las partes y así lo prueba la documental de folio 70 del plenario contentiva del expediente administrativo del demandante, que a través de resolución N° 17858 de 1997, el entonces Instituto de Seguro Social reconoció pensión de vejez al actor bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 13 de marzo de ese mismo año en cuantía inicial de \$652.897.

Ahora bien, solicita el recurrente se tenga en cuenta lo dispuesto en la convención colectiva, en cuanto a que el Banco asumió el descuento del 12% en salud y lo pagó al ISS, razón por la cual la accionada no debería efectuarle otro descuento por el mismo concepto y valor.

Para tal efecto, se tiene que la legislación laboral colombiana definió las



convenciones colectivas en el art. 467 del CST, estipulando una serie de requisitos para que las mismas nazcan a la vida jurídica, requisitos que se encuentran contemplados en el art. 469 de la misma codificación y sin los cuales la convención no produce efecto alguno, cuales son: “La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.”

Frente a este tema también se ha pronunciado en diferentes oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia SL378 de 2018 en donde señaló:

*“Si bien esta Corporación ha reiterado que en casación la convención colectiva solo es una prueba, por manera que no procede la inclusión de sus contenidos normativos en la proposición jurídica, **también ha destacado su importancia como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos.** En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes.*

*Así las cosas, **ante la ausencia de prueba de la nota de depósito del acuerdo convencional, es claro que el colegiado de segunda instancia no podía partir de la existencia de la norma sustancial -por su contenido-,** sino que, contrario a lo planteado por la censura, hizo bien en indagar por la existencia del derecho a cuyo reconocimiento aspiró el promotor del litigio, entre otras razones, porque requería conocer los supuestos fácticos en perspectiva de definir si reconocía o negaba el derecho deprecado, en tanto, frente a la oposición de la demandada a las pretensiones de la demanda, se alegó la inaplicabilidad para el actor de la cláusula convencional sobre la cual soportó su pretensión pensional. Bien puede decirse, entonces, que el juzgador tiene el deber de verificar si se cumplen o no los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual: «La convención colectiva de trabajo debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el departamento nacional de trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. **Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún***

**efecto»**

En conclusión, el que no aparezca la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, pues el demandante se limitó a allegar un folleto del texto convencional (folios 16 a 17), circunstancia que no discute el recurso, impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, “a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma”, para acreditar así la existencia y validez del mismo, aspectos jurídicos que debían ser analizados por el Tribunal, lo que excluye la supuesta transgresión al principio de consonancia.”

Pues bien, al revisar el texto convencional aportado a folios 37 a 51 del plenario, encuentra la Sala que **brilla por su ausencia la constancia de depósito** de la convención colectiva tal y como lo señaló el juez de primera instancia, situación que impide tener certeza respecto de si el texto convencional fue depositado en los términos y solemnidades exigidas por el art. 469 del CS.T.

Por lo anterior y al no ser posible analizar el texto convencional que es el soporte de las pretensiones incoadas en este proceso, no queda solución diferente a la de confirmar 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: CONFIRMAR la sentencia apelada.

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 38-2018-107-01 Dte: JOSE ANTONIO ROJAS RAMIREZ Ddo.: COLPENSIONES

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado