

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-406-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** al Doctor Rafael Alberto Gutiérrez Mejía, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado del demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido.

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de febrero de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandante y las de las entidades de seguridad social demandadas.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

### **ANTECEDENTES**

El señor RICARDO RAMÍREZ PACHÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de su afiliación efectuada a Porvenir S.A., el 1 de octubre de 2005, como consecuencia de tal declaración, peticiona que se ordene a dicha administradora a trasladar a órdenes de Colpensiones el valor de las cotizaciones junto con rendimientos financieros depositado en su cuenta de ahorro individual, se ordene a Colpensiones recibir los dineros objeto de traslado por parte de Porvenir y a registrarlas en su historia laboral; de manera subsidiaria solicita se declare que Porvenir es responsable por los perjuicios que le ocasionó promoviendo su afiliación al RAIS y se le ordene el pago de \$558.263.890 a título de indemnización. (fls. 27 y 28).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de abril de 1959 por lo que alcanzaría los 62 años en el año 2021, que por falta de asesoría se trasladó al RAIS el 1 de octubre de 2005, que Porvenir al momento del traslado omitió informarle que le era más favorable pertenecer al RPM, no le informó que allí recibiría un mayor monto pensional frente al del RAIS, no le advirtió respecto de la prohibición de regresar al RMP, no le indicó las modalidades pensionales propias del RAIS y que allí el afiliado debía asumir riesgos económicos; que al no brindársele una asesoría oportuna, mediante la cual se le pusiera de presente los beneficios y desventajas de los dos regímenes en pensión, fue engañado.

Afirma que desde la fecha de su traslado a Porvenir S.A., se encuentra afiliado a dicha administradora y de habersele brindado toda la información necesaria para tomar una decisión objetiva respecto del traslado de régimen, no hubiera efectuado el mismo, que en el mes de agosto de 2018, esta demanda le realizó una simulación pensional en la cual le indicó que al alcanzar los 62 años de edad, le correspondería una mesada pensional de \$781.242 y según proyección pensional en el RPM, conforme su IBL, le correspondería una



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

mesada pensional de \$2.289.270, razón por la cual los perjuicios solicitados de manera subsidiaria, constituyen la diferencia pensional de la mesada que obtendría en el RPM respecto a la del RAIS.

Señala por último que el 10 de septiembre de 2018, solicitó ante Porvenir, la nulidad del traslado, la que fue respondida de manera negativa, en igual sentido elevó tal solicitud a Colpensiones, la que también fue negada. (fl. 27 a 31).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 22 y 23, manifestó no constarle los No. 1, 12, 18, 24, 25 y 29 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y ausencia de responsabilidad atribuible a dicha entidad. (fl. 64).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 24, 25 y 29, negó el No. 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación por falta de título y causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (fl. 97).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante ante Porvenir S.A. el 19 de septiembre de 2005, declarando para todos los efectos que el actor, nunca se había trasladado del RMP; ordenó a la administradora en mención a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación del demandante sin efectuar descuento alguno, concediéndole



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

para el efecto 30 días hábiles a partir de la ejecutoria de dicha providencia y ordenó a Colpensiones recibir dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante. (fl. 115)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

*Debe señalar el juzgado en primer lugar que no existe duda alguna del traslado de régimen pensional que hiciese el señor demandante, y de ello da cuenta el formulario de afiliación que fue aportado al proceso y que data del 19 de septiembre de 2005, formulario esté debidamente firmado por el señor demandante; ahora bien, en cuanto a la pretensión principal de la demanda que consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad o la ineficacia tal como ha señalado la honorable Corte Suprema de Justicia en esta línea jurisprudencial por falta de información, debe señalar el juzgado que como lo ha dicho en otras oportunidades ya innumerables en estos procesos, pues desde la misma creación de la ley 100 de 1993 se implantan dos sistemas pensionales que son totalmente diferentes y por ser diferentes en sus características, pues el resultado final que tiene que ver con el monto de su pensión difieren uno de otro; recordemos que el RPM tiene unas reglas fijas, es decir, para ese momento pues bastaba con conocer la edad de pensionarse y el número de semanas cotizadas, igualmente la forma de liquidar el IBL, mientras que en el RAIS las características son variables dependiendo el monto que acumule el pensionado en su cuenta de ahorro individual y también dependiendo la modalidad de pensión que escoja, entonces, digamos que no son unas reglas fijas, es decir, que desde el principio no se puede determinar cómo va a ser su situación pensional hacia el futuro. De ahí que se exija que se haga, digamos, una actividad, este juzgado la ha llamado casi que pedagógica, con cada uno de los afiliados cuando se inscriben por primera vez al régimen pensional o intentan trasladarse, porque de alguna manera, la ley fija las características, este juzgado también ha señalado que no podemos hablar de entrada de ventajas y desventajas sino simplemente de características, la ley fija las características y es responsabilidad de los fondos explicarle a cada afiliado cada una de esas características, es decir, como aterrizarle a su caso en particular cada una de estas características. Y desde la misma creación de la ley 100, el juzgado también ha considerado que existió una falencia en cuanto la información que se le dio a la ciudadanía respecto de estos dos regímenes pensionales, y es tan así que ha habido una evolución normativa, recordemos que se han expedido diferentes normas tendientes precisamente a que los ciudadanos conozcan cada una de estas características, ya aplicadas a su caso y esta legislación pues viene a determinar con la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 que es mucho más exigente respecto a la asesoría y esa doble asesoría que se debe realizar, inclusive con proyecciones si hay lugar a ello del monto de su pensión, dependiendo pues el tiempo en que sea la afiliación, ha señalado el juzgado que fue un vacío que existió desde la misma promulgación de la ley 100, porque a los ciudadanos realmente no les informó en qué consistía cada uno de esos regímenes pensionales, porque no es lo mismo como ha dicho el juzgado, darles a conocer las características porque eso es muy fácil, es simplemente coger la ley y leer los artículos respecto del de prima media como el de ahorro individual a pensión y ahí nos dice los requisitos para pensionarse, pero para los ciudadanos en una reforma tan importante y que tiene que ver con derechos fundamentales como es el derecho a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida digna, el derecho al mínimo vital, inclusive al derecho a la salud, el estado tiene esa gran obligación de ilustrarlos de manera clara y precisa, este juzgado ha señalado que en ese tipo de reformas a los ciudadanos se debe ilustrar de tal manera que lo entienda ese ciudadano que escasamente sabe leer y escribir, como ese ciudadano que tiene un pos doctorado en seguridad social, que digamos es la persona que más podría saber frente a alguien que solo sabe leer y escribir, pero debe ser tan claro porque es una reforma para todos los ciudadanos, sin distinción alguna, que se deba entender tanto por la persona que no tiene conocimientos altos, como para una persona que es PH en esta materia.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*Sin embargo vemos que eso no se dio, y es así como empiezan a surgir todos estos procesos de nulidad, y es así como la Corte tiene que entrar a estudiar todos los pormenores relacionados con esa falta de información que se dio y que real porque fue un sistema nuevo, un sistema que se implantó y un sistema del cual el país no tenía conocimiento, ni siquiera las personas en su momento formadas en áreas como el derecho, recordemos que inclusive no había especializaciones en seguridad social para la época en que se trajo esta norma, para el 2005 ya empezaban algunas a surgir o ya habían surgido algunas, pero no se tenía un conocimiento muy amplio entonces era un deber de dar esa información, y es así como ante esa falta la Corte tiene que empezar a desarrollar una línea jurisprudencial y desarrollemos con la base a partir de estas sentencias de 2008 y 2009 con ciudadanos que pertenecían al régimen de transición, y entonces es cuando la Corte dice desde la misma expedición de la ley 100, remitiéndose al artículo 13, literal b de esa norma, existía ese deber de información, y ese deber de información tenía que suplirse mostrándole las características, ventajas, desventajas, es decir, cogiendo a cada ciudadano y decirle mire realmente usted le conviene, no le conviene, explicarle como se obtendría la pensión en el régimen de ahorro individual, como se obtiene en el de prima media para que el ciudadano consciente pudiese escoger uno u otro régimen, y es la Corte cuando a partir de ese momento también hace un pronunciamiento bien importante que es la inversión de la carga de la prueba y recordemos que en esa sentencia hace todo el estudio y viene a concluir porque es que los fondos son los que tienen que demostrar que dieron ese tipo de información. Después de estas primeras sentencias, pues surgen todos los interrogantes que se plantean hoy en día en los juzgados pero que ya han sido resueltos por la Corte, es decir, los jueces ya casi que no tenemos que pensar al respecto porque la Corte ya lo desarrolló y la corte viene y contesta todos los interrogantes que se hacen acá en los estrados. 1, es que era solamente aplicable a los regímenes de transición, la corte recordemos en esa sentencia, por ejemplo la 68852, dice no es cierto, no solamente se debe aplicar a los regímenes de transición sino a todos los afiliados, tengan o no expectativas, estén cercanos o no a pensionarse, debe esa asesoría y ese deber de información debe darse a todos porque la ley no hace distinción, la ley no dice que sea para unos o para otros, palabras más palabras menos, la ley no hace distinción y se debe dar a todos, es decir, primer interrogante que la corte ya soluciona.*

*Luego, la corte pues dice la simple firma de este formulario no es una prueba de un consentimiento informado, porque era otro de los argumentos que se exponen, y la corte ya lo soluciona diciendo solamente la prueba del consentimiento informado es que precisamente se demuestre en un juicio que a la persona se le explicó en qué consistía cada régimen y que debía hacer para pensionarse en uno u otro, en términos digamos simples. La corte también viene a decir no se trata de nulidad sino se trata de ineficacia y al tratarse de ineficacia no se tiene que demostrar ningún vicio del consentimiento y es decir uno a uno la corte hace referencia a cada uno de estos pronunciamientos y es una línea que viene desarrollándose desde el año 2008 hasta la fecha, recordemos que las últimas sentencias son las del año pasado, la sentencias de abril y las sentencias de octubre del año pasado, pues hablan exactamente de toda esa ratificación de lo dicho con anterioridad, que significa lo anterior, que lo único que le puede permitir al juzgado, a este juzgado por lo menos, negar las pretensiones de la demanda, es que se demuestre en juicio que al señor demandante efectivamente se le dio la información en los términos que la Corte Suprema de Justicia lo ha exigido durante todas estas sentencias, de no ser así la apoderada en sus alegatos de conclusión señala nuestra entidad fue muy eficiente en dar esa información, pero lamentablemente eso tiene que probarse dentro del proceso y la única prueba que se tiene es el formulario de afiliación, no existe ninguna otra prueba, así entonces, pues al no existir ninguna otra prueba y dado que la corte desde la primera sentencia ha invertido la carga de la prueba, pues deberá acatar las pretensiones de la demanda, y es que pues se ha dicho en un principio y esto es cierto, no existía ese deber de documentar esa información, pero por lo menos se debe traer la hoja de vida, el asesor, pruebas que permitan establecer cómo se dio esa asesoría, en qué términos, cual fue realmente lo que se le dijo al demandante, y es que en estos procesos considera el despacho que esas asesorías no deben darse de manera general sino de manera individual y sobre todo diciéndole a las personas cuales son los requisitos que tiene para pensionarse, por decir algo, si para la época en la que el demandante se afilió, los fondos para esa época se exigía por decir algo \$150.000.000*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*para tener de derecho a una pensión, decirle mire para esta época lo que se exige son \$150.000.000, usted más o menos gana tanto, en tantos años va a tener tanto, entonces piénselo si usted reuniría para esa época ese monto o no; osea como que las personas entendieran que su pensión definitivamente depende es del monto del dinero que tengan en su cuenta de ahorro individual, para que ellas piensen si corren el riesgo dependiendo del salario que tengan y como va a ser esa pensión, como se va a liquidar, es decir es casi que una clase, yo les digo acá es como coger y explicar más o menos de una forma pedagógica que cada ciudadano entienda porque es algo muy importante, estamos hablando de derechos pensionales, derechos a la seguridad social de sujetos de especial protección, porque una persona después de 62 años ya es un sujeto de especial protección por parte del estado por su edad y además esa pensión es la garantía de ese mínimo vital. En este caso, no se aportó prueba alguna distinta al formulario de afiliación, así es que el despacho siguiendo la línea de la Corte Suprema de Justicia deberá declarar la ineficacia, no condenar en costas.*

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada **Porvenir**, indicó:

*Con la venia que me inspira efectivamente los argumentos que usted acaba de exponer relativos a la ineficacia del traslado de régimen del señor Ricardo Ramírez Pachón, lo que es claro su señoría, tal como lo vine ratificando a través de mis alegatos de conclusión y lo expuestos igualmente en la contestación de la demanda, en el presente proceso es que la administradora que represento siempre ha estado durante toda la vida, desde su creación y obviamente en el caso que nos ocupa, acorde en el cumplimiento de las disposiciones legales y dado no solamente por las que impone la obligatoriedad de su cumplimiento sino también por la vigilancia y control que sobre mi representada se ejerce y me refiero a la Superintendencia Financiera de Colombia, relacionado con las reglas en las condiciones en las cuales deben realizarse las vinculaciones de los afiliados, las cuales, señores magistrados, no son caprichosas sino que son el resultado justamente de las mismas, de estas disposiciones que regulan al RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido este ente de control, importante anotar que efectivamente los asesores comerciales encargados de promover las afiliaciones reciben permanentemente la capacitación a fin de garantizar que se brinde una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados y que estuvieran en capacidad de resolver las dudas que pudieran presentarse, efectivamente como lo menciona la juez de primera instancia, efectivamente y con base en el reconocimiento que ella misma hace de toda la historia relacionada con lo que se vino manejando y se vino exponiendo a través de todas estas dudas que se vinieron presentando a lo largo del tiempo, de la creación de estas administradoras, lo que queda claro es que la misma efectivamente si vinieron siendo resueltas por la Corte Suprema de Justicia, lo que si queda claro para mi representada es que fueron sujetas a situaciones que no fueron de las características de las que hoy ocupa, muchas de ellas justamente los obligaron a referirse a situaciones en las cuales esas personas habían tenidos derechos adquiridos, efectivamente inicialmente se había hablado de personas que era susceptibles y eran beneficiarias del régimen de transición, luego posteriormente se menciona las que no eran de régimen de transición por tener por naturaleza propia el derecho a una información completa, eficaz y clara para que tomara la decisión, si bien es cierto la juez de primera instancia como muy bien lo exige y dice no se prueba, no se aporta por parte de mi representada que se haya efectuado una asesoría de acuerdo a las características anteriormente descritas, lo que si queda claro es que si sigue para esta apoderada quedando un vacío legal en el sentido de que si hay una contraposición por decirlo de otra manera, donde efectivamente no se puede dejar o endilgar una responsabilidad a mi representada de haber sopesado o haber tal vez calculado el hecho de haber trabajado unos cálculos o proyecciones para darle una información a una persona que ni siquiera podíamos saber cuál era su futuro salarial para poder establecer efectivamente cual podía haber sido el resultado final, por el contrario, si tal vez lo hubiese hecho, tal vez hubiésemos generado una expectativa la cual por su puesto seguramente o a través del tiempo no se hubiera dado y ahí se hubiese incurrido en un engaño hacia futuro, lo que considero que por el contrario mi representada fue*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*responsable en el tipo de información que pudo haber dado en el momento en que se generó la afiliación, en este caso que fue en el año 2005, recordando efectivamente que no debe desconocerse por supuesto como lo dije en mis alegaciones de primera instancia, que mi representada jamás se ha negado a reconocer efectivamente el tipo de información que ha debido haberle suministrado al demandante, pero no obstante ese deber de asesoría solo hasta la expedición, como la misma juez de primera instancia lo reconoce, la expedición de la ley 1748 de 2014 y decreto 2071 de 2015, fue claro el deber legal de las administradoras de poner a disposición de sus afiliados las herramientas financieras que les hubiesen permitido conocer las consecuencias de su traslado, por lo que en vigencia de Colpensiones los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones, la asesoría podía o no tener ilustración correspondiente a la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión y quiero resaltar también algo muy importante que de manera respetuosa quiero inferir a los magistrados del tribunal y es que efectivamente se le dejó una responsabilidad enorme a las administradoras de ahorro individual con solidaridad, y es el hecho de que se les impone una carga muy difícil a la cual responder, en relación con el tipo de pruebas que tienen que aportar precisamente por lo que señale anteriormente, en donde dejan un entredicho a las AFP si deben cumplir o no deben cumplir bajo unas reglas del juego, lo digo respetuosamente, bajo unas reglas de trabajo al momento de prestar una asesoría, y si por el contrario debe imaginarse cuales son las que debe a su gusto a futuro responder para que el potencial afiliado hubiese tenido una adecuada asesoría*

*Y es que recordemos que como la misma juez de primera instancia acepta y asevera muy bien, de que estos son dos regímenes donde no se habla precisamente de desventajas sino de características propias donde deja especialmente en manos del afiliado su futuro pensional, y se habla de unas exigencias propias para las AFPs, pero no se habla también de la responsabilidad y la diligencia que los afiliados también deben tener a futuro respecto a la administración de su futuro pensional y me refiero a sus aportes, máxime cuando este régimen con naturaleza especial tiene unos rendimientos y tiene unas características que no tiene el régimen de prima media y que son notoriamente beneficiosas para el mismo, y cuando dijo ello se refiere justamente al deber de diligencia cuando además en el caso concreto ha tenido el afiliado bastantes herramientas de consulta a través de mi representada, las cuales nunca fueron ni se logró demostrar que hubieran sido negadas en ningún momento y fue una en varios momentos la recibida a través del traslado de régimen que corresponde a la que como he venido a explicando, señores magistrados, a la que para la época las administradoras estaban obligadas a proporcionar, las que se han allegado también en las campañas de educación financiera, que las administradoras adelantan para todos los afiliados en cumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley 1328 de 2009 y su decreto reglamentario 2555 de 2010, que valga la pena precisar, además de ser de público conocimiento, se encuentran a disposición de todos los afiliados a través de todos los canales de comunicación como la página de internet, los extractos trimestrales de la cuenta de ahorro pensional hecha en las oficinas a las cuales durante toda la vida tuvo acceso el hoy afiliado demandante.*

*Yo solicito de manera respetuosa todos los puntos de vista fácticos no sean desconocidos porque como repito cada situación es diferente para cada afiliado, y lo que es claro y lo que si se logra demostrar es que si aún se asevera por parte del juez de primera instancia, se aporta como única prueba el formulario de suscripción, lo que si es claro es que ninguna parte de la suscripción de la demanda por parte del demandante se logra establecer si ni siquiera se menciona que le llegaron extractos que jamás tuvo acceso a ninguna oficina, que jamás o que se le hubiese negado en algún momento la solicitud de información o esclarecimiento de las dudas propias de cualquier afiliado respecto de su futuro pensional. Finalmente, señores magistrados, en relación con la carga de la prueba que se pretende imponer justamente en estos casos y que son mencionados debidamente por el juez de primera instancia, por la doctora, es claro que esta teoría de la inversión de la carga de la prueba a que se pretende imponer en esta clase de procesos, soportada en la ley 1328 de 2009, para aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia como en el caso que nos ocupa hace mas de 10 años, no resiste un análisis ponderado y serio toda vez que esta en principio incumbe a la demandante y que en todo caso en aplicación del sistema de la carga dinámica corresponde a quien tenga la*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*capacidad de demostrar un hecho procesal que en caso que nos ocupa pues es ausente por inexistente. La actividad procesal impone a las partes deberes relacionados con acreditar la veracidad de los hechos en que sustenta sus pretensiones y eso es más evidente en los procesos dispositivos en los cuales el juzgador no puede suplir la negligencia o decidía de quien teniendo la carga de probar lo dicho simplemente no lo hace, no obstante, con su demanda lo que hace es activar la jurisdicción lo cual conlleva a unas responsabilidades que los magistrados conocen efectivamente.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor RICARDO RAMÍREZ PACHÓN, 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 19 de septiembre de 2005, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 105 del plenario.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen pensional, 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; en las que 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. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN 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.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones y por la entidad recurrente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante, quien si bien como indica la entidad Porvenir, debe actuar con diligencia respecto a su afiliación, lo cierto es que tal falta de información es la que no le permite actuar de dicha forma, al desconocer las verdaderas incidencias de su traslado al RAIS.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo manifestado por las demandadas en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Ricardo Ramirez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2005; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 (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.***



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*(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 así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de Colpensiones en sus alegaciones, según la cual, para la fecha de traslado del actor a esas administradoras, no les asistía el deber de brindar al actor la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, de manera que sí les correspondía probar el suministro de dicha información al señor Ramírez, la que contrario a lo señalado por la entidad recurrente, no se circunscribe a haberle puesto de presente al actor proyecciones pensionales al momento de su traslado, sino que como se ha indicado a lo largo de este pronunciamiento, haberle manifestado las desventajas y desventajas que le podrían acarrear su traslado, la forma de calcular la mesada pensional en cada uno de los regímenes y las modalidades pensionales propias del RAIS, no obstante, entre otros punto relevantes referentes a la situación particular del afiliado; no obstante, tal cuestión no se probó.

De igual forma, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, se peticiona la **ineficacia** del traslado de régimen pensional, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró 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:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*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.*

Ahora, contrario a lo afirmado por la entidad antes mencionado, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el 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 del actor a órdenes de Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2005**, resulta forzoso concluir que contrario a lo manifestado por la recurrente y por Colpensiones en sus alegaciones, no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslados dispuesta en la decisión de primer grado.

Por último, a juicio de esta Sala, 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 se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

**Sin costas** en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 29201900406-01 Dte: RICARDO RAMÍREZ PACHÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** 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.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 34-2018-646-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: GERMÁN TRUJILLO CUERVO  
DEMANDADO: IMPORTADORA MUNDIAL FERRETERA LTDA.

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de octubre de 2019.

**ANTECEDENTES**

El señor GERMÁN TRUJILLO CUERVO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la demandada, existió un contrato realidad desde el 3 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2016, en virtud del cual prestó sus servicios de manera personal e ininterrumpida, bajo las órdenes e instrucciones del representante legal de esta, señor Ángel Rincón y que terminó por renuncia debido a acoso laboral y exigencia de metas en ventas, solicita se declare que la demandada durante la vigencia de la relación laboral, no canceló a su favor prestaciones sociales, vacaciones, cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios, reajuste salarial de los años 2014 a 2016, indemnización moratoria por no consignación de cesantías a un fondo, no lo afilió al sistema de seguridad social y no pagó indemnización por mora.



Como consecuencia de tales declaraciones peticona se condene a la demandada a efectuar el pago de reajuste salarial de 2012 a 2016, indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, cesantías, interés a la cesantía, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria por no consignación de cesantías, primas de servicio, vacaciones, aportes a los sistemas de pensión, salud, riesgos laborales, aportes parafiscales y Caja de Compensación familiar e indexación. (fls.85 a 95)

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 3 de julio de 2012, inició una relación laboral con el señor Ángel Rafael rincón a través de contrato escrito a término indefinido, del cual no le suministraron copia, para desempeñarse como vendedor y representante comercial externo, cumpliendo un horario de trabajo comprendido entre las 8:00 a.m., hasta las 5:30 p.m., y sábado medio día, que realizaba visitas a distintos municipios del país, bajo la continuada subordinación del señor Ángel Rincón, representante legal y propietario de la demandada, era quien le entregaba los tiquetes para los viajes que tuviera que realizar en su calidad de agente externo de la compañía.

Afirma que desde que culminó la relación laboral, 30 de septiembre de 2016, ni durante la vigencia de esta, la demandada no efectuó ningún pago por concepto de prestaciones sociales, primas de servicios, cesantías, interés a la cesantía, ajustes salariales y vacaciones, cancelándosele como contraprestación a su labor el SMLV, más comisiones por ventas; que sólo le canceló el salario básico, comisiones por ventas, dotaciones, viáticos y transportes, pero nunca le reconoció el valor de sus prestaciones sociales y no fue afiliado al sistema de seguridad social integral ni a Caja de compensación. (fls. 83 a 85).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; los negó todos y propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de los derechos reclamados, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl.114)



## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre el demandante y el demandado, existió un contrato de trabajo en aplicación del principio realidad sobre las formas entre el 3 de julio de 2012 y el 30 de septiembre de 2016, indicó el valor de los salarios percibidos en vigencia de la relación laboral, condenó al pago de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones y prima de servicios, a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, en la suma diaria de \$37.299 desde el 30 de septiembre de 2016 y por 24 meses, a partir del mes 25, los intereses moratorios a certificados por la Superfinanciera hasta que se efectuara el pago de lo adeudado, al pago de cálculo actuarial previa realización del mismo ante la administradora pensional correspondiente, teniendo en cuenta las asignaciones salariales declarada, por último, condenó al pago de la indemnización por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en la suma de \$35.144.176, calculada entre el 16 de febrero de 2014 al 30 de septiembre de 2016. (fl. 228)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando:

*“Preliminarmente debe el despacho pronunciarse sobre la tacha formulada por la apoderada judicial del pasivo respecto al testimonio rendido por Sandra Liliana Cárdenas navas que se sustentó en que su dicho podría haberse parcializado en cuanto la misma fue trabajadora activa de la demandada importadora mundial ferretera ltda, y en esa medida puede tener interés en el resultado de este proceso. Para solventar la tacha formulada, sea suficiente con manifestar que a juicio del despacho, el solo hecho que los deponentes estén vinculados como miembros de activos de la empresa demandada, no descalifica su dicho, por el contrario, precisamente dada la condición que ostenta y el conocimiento pleno y directo de los hechos que rodearon la relación de trabajo existente entre el demandante German Trujillo Cuervo y la demandada, puede informar elementos que interesen al juicio. Sin embargo, ha de ser el despacho en ejercicio de la ya recordada labor valorativa, que al dictar sentencia determine si las expresiones de los declarantes lucieron sesgadas por lo que se tacha en la debida oportunidad. Al respecto, y para resolver el despacho se remite a lo resuelto por la corte constitucional en la sentencia c 790 de 2006 en la cual se señaló lo siguiente: “En cuanto al artículo 217 del código de procedimiento civil, éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador. Ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.”*



De manera que para el despacho y dado que las declaraciones vertidas por la testigo no lucen sesgadas, tampoco es posible restarle su credibilidad dado que efectivamente y como se esperaba, dan información clara y precisa sobre los pormenores en que se desarrolló la relación de trabajo, que se somete a verificación en este juicio. En razón de lo cual para el despacho es procedente admitirla como prueba válida y tener en cuenta las declaraciones reseñadas y haciendo que integre el haz probatorio.

Tal y como quedó establecido en la fijación del litigio, el problema jurídico que corresponde al despacho solventar, se remite a establecer si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre el demandante Germán Trujillo Cuervo y la sociedad importadora mundial ferretera Ltda, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 3 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2016, de ser afirmativo lo anterior, determinar si la convocada a juicio adeuda al demandante cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, todo esto solicitado desde el año 2012 al igual que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones y la caja de compensación familiar. De ser afirmativo, establecer el valor de los montos y porque periodos causados se hacen exigibles las obligaciones pendientes. Igualmente, establecer si es viable imponer condena por sanción de no pago de cesantías y de intereses sobre las cesantías, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y la indemnización por despido sin justa causa. Para solventar lo anterior, el despacho se adentrará inicialmente en el análisis de los elementos del contrato de trabajo, y de hallar demostrada su existencia en el caso presente se ocupará de la procedencia del reconocimiento de los derechos reclamados, tanto de carácter prestacional como de carácter indemnizatorio.

Aduce el demandante en su libelo introductor que desde el 3 de julio de 2012, inició a laborar para la demandada Importadora Mundial Ferretera Ltda, a través de la suscripción de un contrato de trabajo escrito a término indefinido del cual no recibió copia, para desarrollar actividades como vendedor y representante comercial externo a nivel nacional, que según indicó permaneció vigente hasta el 30 de septiembre de 2016. La demandante en contraposición al contestar el libelo introductor, indica que suscribió con el demandante un contrato verbal comercial el día 3 de julio de 2012, por lo que Germán Trujillo Cuervo no era su trabajador sino un vendedor intermediario e independiente. Para empezar, impone aludirse al contenido del artículo 53 de la constitución política que consagra el principio de la realidad sobre las formas, como una prerrogativa de nutrido desarrollo jurisprudencial que básicamente se funda en el reconocimiento de la posición desfavorable del trabajador, por lo que ante la discordancia entre lo acordado entre las partes materializado en acuerdos o documentos y lo que en verdad sucede en la práctica, prima esto último siempre y cuando le sea más favorable al trabajador. Preciso lo anterior, se tiene de cara a los artículos 22 y 23 del código sustantivo del trabajo que los elementos del contrato de trabajo son la actividad personal del trabajador, la continua subordinación o dependencia del mismo respecto del empleador, un salario como retribución del servicio, elementos estos que se analizarán de frente a las pruebas recopiladas en el caso de marra.

En lo que respecta al primero de los elementos, esto es, la actividad persona, no se discute que Germán Trujillo cuervo prestó sus servicios personales a favor de la demandada, tal y como dan cuenta las certificaciones expedidas por la demandada la primera de ellas que data del 16 de febrero de 2015 y se advierte en el plenario a folio 7 y en la cual se lee: "que el señor German Trujillo cuervo identificado con cedula de ciudadanía numero 19.425.904 labora en nuestra empresa desde el 3 de julio de 2012 desempeñando el cargo de vendedor nacional, devengando ingresos por comisión de ventas para lo cual la cuenta de ahorros número 4057888543, la cual va asociada a la cuenta corriente numero 382002194 a nombre de Importadora Mundial Ferretera con nit 830066854-8, como cuenta de nómina." Igualmente la certificación



que obra vista a folio 9 que fue suscrita por Ángel Rafael Rincón, gerente general de la pasiva y que data del 29 de octubre de 2015 relata lo siguiente: “que el señor Germán Trujillo Cuervo identificado con cédula de ciudadanía número 19415904 presta sus servicios en esta empresa antes desde agosto 1 de 2012, desempeñándose como asesor comercial, devengando unos honorarios por comisión de venta de un promedio de \$1.120.000.” De esas documentales advierte el despacho que no fueron desconocidas ni tachadas por la pasiva, en razón de lo cual y en aplicación de lo dispuesto o de lo resuelto sobre el particular por la corte suprema, entre otras, en la sentencia del 8 de marzo de 1996, dentro del proceso con radicación 8360, reiterada en providencia del 2 de agosto de 2004, dentro del proceso con radicación 22259, y más recientemente en la decisión del 23 de septiembre de 2009, dentro del proceso con radicación 36748, puntualizó respecto a este tipo de certificaciones emanadas del empleador, lo siguiente: ““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, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez con este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, 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 deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.” En consecuencia y de la actividad personal ejecutada por el actor, dan cuenta las certificaciones aludidas en precedencia que para el despacho tiene pleno valor probatorio, además de las declaraciones testimoniales vertidas por Gustavo Flores Mariño y Sandra Liliana Cárdenas, quienes fueron contestes en señalar que el actor Germán Trujillo prestaba sus servicios a favor de la sociedad demandada en calidad de vendedor a nivel nacional, de igual manera de ello se extracta de la contestación al libelo demandatorio en el cual se refiere que Germán Trujillo estuvo vinculado en dicha compañía a través de una relación comercial en el cargo de vendedor externo, sin embargo, esta situación no fue debidamente documentada por el empleador, quien anuncia un pacto verbal de carácter comercial sin haber formalizado de ninguna manera ese tipo de acuerdo excluyente de la relación de trabajo.

Igualmente, y sea el punto referente señalar, que aunque la demandada refirió haber suscrito con el convocante del juicio un contrato de corretaje, lo cierto es que esta información tampoco guarda consonancia con lo certificado por la importadora mundial ferretera, en la que indica que la prestación del servicio laboral del demandante inició efectivamente en el año 2012, de manera que para el despacho, el primero de los elementos del contrato de trabajo queda debidamente acreditado y sobre el mismo también da cuenta la copia de los estados de cuenta y análisis de cartera de las ventas realizadas por el demandante, respecto de los productos y catálogos favor de la sociedad demandada y que se advierten en el plenario, vistos a folios 40 a 52 y 66 a 70. De esa manera y acreditada como se encuentra la actividad personal del demandante, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, se presume que la relación que lo ató con la demandada fue de carácter laboral, correspondiendo entonces a la pasiva demostrar que se dio un vínculo de otra naturaleza, y como se dijo en precedencia, aunque se hace la salvedad que la vinculación entre las partes por la empleadora fue pactada como una de carácter comercial, lo cierto que al plenario no se allega ninguna documental que atienda a su dicho. De esa manera y teniendo en cuenta el elenco probatorio, para el despacho es concluyente que no obra medio de prueba alguna que pueda desvirtuar la presunción anunciada, pues por el contrario, las pruebas acopiadas conducen a advertir la presencia de este elemento en la relación que unió al convocante del juicio por la pasiva, por las siguientes razones: al absolver el



interrogatorio de parte, el demandante aseguró que la sociedad demandada realizaba la entrega del catálogo de los productos a vender en otras ciudades del país, así mismo que de no lograr el recaudo de las ventas mínimo reglamentario, estas serían descontadas de sus salarios. De igual forma que tuvo como supervisor a la señora Liliana Cárdenas, el que ilustro que debía reportarle los pedidos así como enviar los correos para la toma de dichos pedidos, también señaló que de lo que vendía debía recaudar y dicho dinero debía consignarlo a las cuentas de la importadora mundial ferretera. Adicionalmente refirió que aunque no laboraba dentro de las instalaciones de la empresa, sino que permanecía en otras ciudades, siendo estas santa Marta, ciudades del Huila, del Tolima, del departamento del Putumayo, entre otras, esos viajes los realizaba con ocasión a las ventas y metas que le eran exigidas por la demandada.

Lo indicado por el actor guarda consonancia con lo ilustrado a este despacho por el representante legal de la sociedad demandada, señor Ángel Rafael Rincón quien aseguró lo siguiente: "se le decía que las ventas debían ser bien vendidas, bien hechas para poder recuperar la cartera, esa era la exigencia, de pronto se le daba información de nuevos productos, nuevos precios, cambiados de precios, de resto esa era la labor de él, vender y cobrar, recaudar cartera." Adicionalmente, el testigo Carlos Jaime García fue categórico al señalar lo siguiente, y al serle preguntado manifieste al despacho si usted sabe o le consta que funciones le fueron asignadas a Germán Trujillo cuervo, contestó: "sé que era viajero, se encargaba de vender, de prestar servicios por fuera de Bogotá. A lo anterior se suma que conforme a las alusiones del representante legal, el actor no era independiente para la ejecución de las labores encomendadas, pues al serle preguntado qué funciones le fueron asignadas al actor, contestó: "las de distribuir los productos de la importadora ferretera mundial y ferretería construmil ltda, de la cual manejó las dos empresas." De igual forma, la declaración de la señora Sandra Liliana Cárdenas fue clara en señalar lo siguiente: "él llevaba la relación de las facturas, los pedidos los mandaba a veces por sobre y en esa época por fax al principio, y al sobre llegaban allá o a veces el venía y entregaba los pedidos cuando venía a Bogotá, cuando tenía que viajar iba a la empresa antes de ir al aeropuerto." Aunado a lo anterior, en circular 0120130724, suscrita por el mentado representante legal y que obra a folio 8 de las diligencias, de la cual se extrae lo siguiente: "tenga en cuenta que su cartera hay que sumar 30 días más a los días de vencimiento que aparece en el listado, teniendo en cuenta la fecha de facturación. Esto con el fin de colaborarles en los vencimientos de las facturas para que no tengan una cartera vencida de más de 74 días y que ustedes no pierdan la comisión de recaudo." Con lo anterior, el gerente general de la sociedad demandada en escrito del 4 de abril de 2013, que obra a folio 36, dirigido al demandante, señaló lo siguiente: "para importadora mundial ferretera es esencial contar con una fuerza de ventas que cumpla satisfactoriamente con las metas establecidas para cada mes, es por ese motivo que debemos enviarle un llamado de atención con el fin de informarle nuestra inconformidad como empresa y con el fin de prestarle ayuda en caso de que usted así lo solicite. Debe haber más compromiso con la recogida de cartera, pues usted cuenta con la cartera más atrasada." A lo anterior se suma que el representante legal de la convocada en la diligencia de interrogatorio de parte, fue categórico al contestar a la pregunta, si había algún procedimiento diseñado para el control disciplinario o de llamados de atención, lo siguiente: "los controles disciplinarios o llamados de atención eran por sus bajas ventas o por su mal recaudo, de pronto le salía muy costoso cuando hacía viajes a ciertas partes y vendía sus partes, ejemplo 15 o 20 millones y se le daba unos recursos para poder hacer unas ventas mayores, el porcentaje era muy alto en comparación con sus gastos. Entonces, y se le decía sus ventas son muy bajas, entonces uno también se preocupaba por él y por uno, porque si no tiene más ingresos o si trabaja con otras empresas, para mí los ingresos que el está manejando si era menos del mínimo o más del mínimo, no era suficiente para lo que la empresa necesitaba que vendiera, lo único en que uno llamado a la atención por sus bajas ventas y por sus malos recaudos porque también le vendía a cualquiera y después



la embolataba. Igualmente, al serle preguntado sobre quien imponía esos llamados de atención, contestó directamente: "yo."

Así mismo y de la misiva que obra a folio 11 se tiene que al demandante le eran entregadas camisas de dotación con el logo de la importadora mundial ferretera ltda., de otra parte, obra a folio 59 la evidencia del correo electrónico en el que se informó lo siguiente: "con respecto a las devoluciones y saldos que tenemos pendiente, favor solucionarlos antes del día 30 de octubre, si dichos casos no están solucionados antes de la fecha don Rafael dio la orden de ser descontados del pago de nómina." Todo lo anterior, permite inferir al despacho que la actividad del demandante era vigilada y subordinada, por lo que igualmente encuentra acreditado el segundo de los elementos en desconocimiento del pacto comercial anunciado por la demandada en el escrito de contestación de la demanda. Frente al último de los elementos, esto es, respecto a la remuneración, las sumas rotuladas como pagos por comisión de ventas y recaudo fueron efectivamente cancelados de manera periódica y correspondían a la contraprestación por la labor desarrollada, siendo esta la venta de los productos de la importadora mundial ferretera en calidad de vendedor nacional, dineros que tanto la parte actora como la demandada sostuvieron eran consignados a una cuenta de nómina, por lo que el tercero de los elementos configurativo de la relación de trabajo aflora también satisfecho. De esa manera resulta claro para el despacho que entre las partes existió, con independencia de la denominación dada los contratos asignados, una verdadera relación de trabajo, tesis que se fortalece si se tiene en cuenta que dentro del objeto social de la compañía demandada se encuentra el de la compraventa, importación, exportación y comercialización de todo tipo de bienes muebles e inmuebles, en el que se pueden enmarcar las actividades desarrolladas por el demandante. De esa manera, y acreditada como se encuentra la relación laboral del actor, impone aludirse a los extremos en lo que esta se suscitó. Frente al inicial, el actor en el libelo demandatorio asegura haber sido el 3 de julio de 2012, la cual encuentra soporte en la certificación del 16 de febrero de 2015, expedida por la importadora mundial ferretera ltda, a la que se hizo mención anteriormente y en la que consta que Germán Trujillo Cuervo presta sus servicios a la compañía demandada desde el 3 de julio de 2012, tal y como se anunció en el folio 7, por lo cual será esta la que se tenga como fecha de inicio del vínculo contractual y en lo que atañe a la fecha de finalización, en el sustento fáctico de la demanda se dejó consignado que el actor ejecutó labores como vendedor y representante comercial externo para la empresa importadora mundial ferretera ltda de manera personal, subordinada, continua e ininterrumpida por espacio de 4 años, un mes y 27 días, hasta el pasado día 30 de septiembre del 2016. Circunstancia que fue desconocida por la demandada y en contraposición dijo que no es cierto que el actor hubiere renunciado por cuanto no existía una relación laboral, a lo que se suma que el representante legal de la demandada cuando se le preguntó, cuando se dio por terminada la relación con el actor, contestó: "la carta me la pasó creo que en el 2017." Ante tal disparidad y revisados los medios de convicción recaudados se tiene que no obra en el plenario prueba alguna que respalde el dicho de las partes y que dé cuenta de la fecha de finalización del término contractual. No obstante, lo anterior, la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, fijó para esos eventos en que no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, el criterio según el cual estos se pueden dar por establecidos en forma aproximada cuanto se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en determinado periodo, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le corresponden al trabajador demandante. Al respecto, y en sentencia del 22 de marzo de 2006, dentro del proceso con radicación 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009, dentro del proceso con radicación 33849, y del 6 de marzo del 2012, dentro del proceso con radicación 42167, dijo la sala: "Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto tribunal supremo del trabajo, según la cual cuando no se pueda dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación



laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador. En sentencia del 27 de enero de 1954, precisó el tribunal supremo: Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de estos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan." Así las cosas, observa esta sede judicial copia simple de las facturas en las que figura como vendedor el demandante Germán Trujillo Cuervo, así como el soporte enviado por correo electrónico remitido por la demandada en la que se establece como concepto adjunto pago correrías de folio 174 y 176, que datan de septiembre del 2016. Al igual que los correos electrónicos remitidos por el área de contabilidad de los meses de julio, agosto y septiembre de 2016, que obran a folios 32, 65-70 y 81, que a juicio del despacho prueban los pagos de salarios e indicaciones que realizaba el empleador al trabajador en dichos periodos, y que coinciden con la aproximación señalada por el actor. En atención a los lineamientos fijados por la corte suprema de justicia, como se hizo en la sentencia con radicación 42167 del 6 de marzo de 2012, y de la que se extracta que es un deber del juez escudriñar en el acervo probatorio los extremos temporales de la relación, el juzgado analizó los medios de convicción obrantes y concluyó como fecha final aproximada de la relación de trabajo, el día 30 de septiembre de 2016, y respecto a la modalidad en que se ejecutó de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del código sustantivo del trabajo, el contrato de trabajo no estipulado a término fijo o cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido, por lo que ante la falta de estipulación loable es entender que el contrato lo fue bajo esta modalidad.

Previo a cuantificar el valor de las reclamaciones traídas por el demandante a este juicio, el despacho resolverá de manera preliminar la excepción de prescripción, teniendo en cuenta la certeza respecto a la naturaleza del vínculo que existió entre las partes, y una vez concretados los extremos temporales, resulta irrefutable que le asiste derecho al demandante el reconocimiento y pago de las acreencias derivadas de la relación laboral, sin embargo y atendiendo la excepción de prescripción formulada por la pasiva, con antelación debe definirse si las mismas están o no afectadas por dicho fenómeno. En tratándose de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, la sala laboral de la corte suprema de justicia ha enseñado lo siguiente: "esta sala de la corte ha aclarado en numerosas oportunidades que la declaración de existencia de un contrato de trabajo en casos como el presente, no puede tener efectos constitutivos sino declarativos, en la medida que reconoce la existencia de una realidad anterior a la fecha de la providencia, tal y como fue advertido por la sala laboral de la corte suprema de justicia en las sentencias con radicación 33784 y sl13256 del 16 de diciembre de 2009 y del 2016, respetivamente. Por lo mismo, la corte ha sido enfática en definir que al juez de trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y por consiguiente la data en la que podía ser reclamada, conforme a la ley o con el acto que la contemple a efectos de aplicar la excepción de prescripción a cada caso." Así las cosas, y teniendo en cuenta la jurisprudencia aludida y que como se dijo en precedencia, realmente se esta frente a un contrato de trabajo, el término de prescripción debe atender a los lineamientos del artículo 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo y la seguridad social, que establecen que los derechos sociales prescriben en el término de 3 años contados a partir de la fecha de exigibilidad de cada derecho y que



la reclamación oportunamente allegada al empleador interrumpe el término de prescripción por una sola vez. De esa manera y tenemos que para el caso de las cesantías no ha operado el fenómeno de la prescripción, en tanto el actor demandó dentro del término de 3 años contados a la fecha de terminación del contrato de trabajo, y este beneficio es exigible a la fecha de terminación del vínculo contractual, en razón de lo cual el despacho procederá a liquidar y a reconocer el valor de las cesantías por todo el tiempo laborado por el demandante. Y en lo que atañe a la sanción por no consignación de las cesantías y sin que esto constituya un pronunciamiento de fondo y un reconocimiento del derecho, es preciso señalar que en la medida en que este se causa a partir del día siguiente al vencimiento del plazo con el que cuenta el empleador para consignar a un fondo las cesantías a favor del empleado, esto es, a cada 15 de febrero del año siguiente del febrero siguiente al año de causación de las cesantías, siendo esta una obligación en cabeza de la demandada, lo fue respecto a las cesantías del 2013 al 2015 y la proporcionalidad del año 2016, en razón de lo cual, la sanción derivada por dicho incumplimiento se encuentra prescrita entre el año 2012 y el parcial del año 2013.

Referente a los aportes al sistema de seguridad social, ha sido constante y reiterada la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en el sentido de indicar que el derecho a la pensión no prescribe y en esa medida, al ser aporte un efecto determinante en la constitución y conformación del derecho pensional, los mismos tampoco se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, máxime cuando está en camino la construcción por la prestación por el riesgo de vejez, por lo que habrán de analizarse teniendo en cuenta la totalidad del vínculo laboral que se suscitó entre las partes. Y finalmente, respecto a las vacaciones debe tenerse en cuenta que la exigibilidad del derecho se consolida un año después de haberse iniciado la relación laboral, por lo cual es a partir de esa fecha de exigibilidad que inicia a contarse el término de prescripción trienal para la reclamación de los derechos derivados de la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas durante la relación laboral. Establecido lo anterior, procede el despacho a determinar si es procedente el reconocimiento y pago de salarios y la reliquidación de las prestaciones sociales reclamadas por el demandante. En primer término, debe tenerse en cuenta que el demandante reclama la reliquidación por el pago de salarios causados entre el 3 de julio de 2012 y el 30 de septiembre de 2016, señalando que para dicho interregno la demandante siempre canceló un salario base por debajo del salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. En lo que respecta al salario devengado por el demandante, valga señalar que no existe estipulación contractual alguna que permita deducir fehacientemente la forma en la que el mismo fue pactado, sin embargo, las partes son contestes en señalar que el salario del actor estaba determinado exclusivamente por un factor variable, las comisiones. Igualmente resulta preciso realizar las siguientes indicaciones retomadas de lo concretado en el escrito de demanda, pues en el hecho numerado como octavo, la parte actora señaló lo siguiente: "la empleadora importadora mundial ferretera ltda durante los 4 años, un mes y 27 días hasta el pasado 30 de septiembre de 2016, que duró la relación laboral con el trabajador, solamente le canceló un salario básico pactado, comisiones por ventas, dotaciones laborales, viáticos y transportes. De igual forma, en el interrogatorio rendido por el demandante Trujillo Cuervo y en respuesta a la pregunta si al término de la relación laboral le fueron liquidadas y pagadas sus prestaciones sociales y la totalidad de los salarios causados, sostuvo: "los salarios realmente sí y uno tiene que ser honesto en cuanto a eso, siempre me consignaron en una cuenta que se me abrió por una orden de importadora mundial ferretera como cuenta de nómina al banco av villas del grupo aval. Posteriormente y a la pregunta si le consignaban el salario de manera mensual, contestó: mensual, doctora, todos los meses. Y cuando le fue preguntado respecto al reconocimiento y pago de viáticos por los viajes contestó: quincenalmente. Aunado a ello, también en la declaración indicó que: inició nuestra relación laboral, pues con mutua confianza diría yo, y él me dijo sus comisiones son tanto, sus ingresos por comisiones son tanto y usted tiene un auxilio o sea un salario básico que se le va a presentar como auxilio, cuando



arranqué, no recuerdo exactamente cuánto era, sé que ahí en las pruebas están que eran 405000 o 425000 pesos mensuales, en ese momento y arrancamos a trabajar y comenzó a devengar dinero porque realmente lo necesitaba." Así mismo, el representante legal en el interrogatorio de parte rendido ante este estrado judicial señaló la manera en que se hacía la remuneración del trabajo realizado por el demandante, el cual se tenía en cuenta para generar las comisiones, las ventas y recaudos que lograba. Sobre el particular, el despacho se remite a lo establecido también por la corte suprema de justicia, entre otras en la sentencia del 14 de marzo del 2001, y en la cual dijo: "lo anterior no obsta para agregar con relación a la posibilidad que admite el tribunal que se den contratos laborales aleatorios, como sería el caso cuando la cuantía del salario dependen de las comisiones que la corte lo ha aceptado para los casos en que se desempeña como vendedor no está obligado a cumplir con un horario de trabajo, pues de no darse esa circunstancia al tenor del artículo 132 del código sustantivo del trabajo, tiene derecho al salario mínimo legal. En relación con este tema, debe recordarse que la corporación en sentencia de abril 29 de 1982, señaló que el salario mínimo vinculado estrecha e ineludiblemente a la jornada ordinaria de trabajo no es aplicable pues a los servicios que se remuneran por sistemas distintos al de la unidad de tiempo, si en ellos no exige el patrono realizar el servicio estipulado dentro de una jornada específica."

De esa manera, alega el demandante que mensualmente le eran canceladas las comisiones, sin embargo, su salario correspondía a una cifra inferior al salario mínimo legal mensual vigente, no obstante, y al serle preguntado dentro de la diligencia de interrogatorio de parte al respecto manifestó: "me daban comisiones por eso si mi salario, mis ingresos estaban por encima de 2.5000.000 mensuales. Al indagar igualmente sobre este aspecto en el debate probatorio y de la manera como se realizaban los pagos, la testigo Sandra Liliana Cárdenas quien funge como auxiliar contable de la sociedad demandada manifestó lo siguiente: "del paquete contable de que sale la factura saca una relación de ventas y sobre la relación de ventas llegaban con don Rafael a un acuerdo, a una comisión del 2.5 y sobre ese valor era la comisión de la venta mensual y del recaudo es por rango de días, entonces, de uno a 80 días era del 2.25%, del 81 a 100 días del 1.25, después de 100 días se pierde la comisión de recaudo de la factura, entonces, como ellos también van y relacionan el pago de lo que venden, el sistema también saca el informe, entonces liquida las comisiones por un rango de fecha de mes y la suma de días de acuerdo a la tabla de días que se liquidaba la comisión y la suma de las dos comisiones se le paga mensual." Con relación a la estipulación salarial conformada exclusivamente por comisiones, también advierte el despacho que la sala laboral de la corte suprema de justicia, en la sentencia del 14 de marzo del 2001, advirtió lo siguiente: "lo anterior no obsta para agregar con relación a la posibilidad que admite el tribunal que se den contratos laborales aleatorios, como sería el caso cuando la cuantía del salario depende de las comisiones. Que la corte lo ha aceptado para los casos en quien se desempeña como vendedor, no está obligado a cumplir con un horario de trabajo, pues de no darse esa circunstancia, aquel al tenor del artículo 132 del código sustantivo del trabajo, tiene derecho al salario mínimo legal, en relación con este tema, debe recordarse que la corporación en sentencia de abril 29 de 1982 señaló que el salario mínimo vinculado estrecha e ineludiblemente a la jornada de trabajo, no es aplicable a los servicios que se remuneran por sistemas distintos al de la unidad de tiempo, si ellos no exige el patrono realizar un servicio estipulado dentro de la jornada específica." Y es que según lo dejaron claro los deponentes en el juicio y las partes en el interrogatorio, el demandante no estaba supeditado al cumplimiento de un horario estricto de trabajo. Debe destacarse igualmente en el asunto que la comisión que reclama el demandante es sobre el valor del recaudo, equivalente a un porcentaje otorgado cuando el trabajador tiene como función cobrar o cuando el trabajador vende pero además debe hacer las gestiones de cobro de las ventas a crédito o plazo en el cual percibe el porcentaje solo cuando efectivamente se haya recaudado el pago correspondiente.



De esta manera y como quedó discurrido al inicio en el asunto, las partes no concuerdan con exactitud respecto sobre la forma en que se liquidaban las comisiones por venta y recaudo, pues el demandante no indicó ni en la demanda ni en el interrogatorio rendido al despacho, como tampoco allega material probatorio que de cuenta respecto de la generación, causación y pago de dichas comisiones, pues si bien a folio 71 de las diligencias se allega un reporte de comisiones por venta del demandante del año 2016, lo cierto es que dicha documental contiene la rubrica y la razón social de la sociedad construmil ltda, la cual no hace parte dentro de este proceso, pues la demanda fue dirigida y admitida únicamente contra la importadora mundial ferretera, por lo que mal haría el despacho en tener en cuenta dicha documental y por su parte, la demandada a través de representante legal manifiesta que se había acordado un porcentaje del 5% y a su turno la auxiliar contable de la sociedad señala como se dijo en líneas precedentes que los valores estipulados equivalían a porcentajes inferiores, es decir, al 2.5 sobre el valor de la venta mensual dependiendo el rango de días de 1 a 80 días y del 2.25% cuando el rango de recaudo iba entre 81 a 100 días, y 1.25 después de 100 días se pierde la comisión. Igualmente, es importante establecer que el actor no desconoció que se le hayan cancelado las comisiones en la forma que fueron pactadas, esa situación la advierte el despacho dado que las partes no fueron claras y concisas respecto a lo pactado y no hay prueba si quiera sumaria de la reclamación posterior por valores faltantes de pago, generados por comisiones o salario pactado, ni tampoco fue establecido de manera clara como se le resto el carácter salarial a las comisiones, pues el despacho tiene claro que estas constituyen en pleno el salario devengado por el actor, en virtud de lo estipulado en el artículo 127 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990 y el cual prescribe: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. De esa manera y atendiendo lo manifestado por las partes y debidamente acreditado en el plenario, queda claro que dentro del presente asunto el demandante percibió una cifra superior a la fijada equivalencia del salario mínimo legal mensual vigente, pues como se anotó en lo anteriormente expuesto, el salario estaba compuesto por un factor fijo y uno variable, representado en comisiones, que superaban tal y como lo dijo el demandante la suma mensual de \$2.000.000, aunado a ello que no se aporta al plenario prueba de lo que en efecto se le canceló al demandante como una cifra inferior al salario mínimo legal mensual vigente que hiciera viable reliquidar el valor de los salarios reclamados o determinar si existió una diferenciación salarial respecto a ese tope fijado.

De igual manera, no debe perderse de vista que si bien el demandante aporta tiquetes de viaje aportados por el actor a la luz del artículo 130 del código sustantivo del trabajo, los viáticos o los gastos de transporte no constituyen salario, pues la norma aludida señala que los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pero no en lo que solo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación. Por lo que bajo ese entendido, solo los tiquetes allegados por la parte demandante no tienen per se la finalidad de proporcionar un medio de transporte, de esa manera, el despacho se remite a los folios 79, 80, 166, 167 y 176 relacionado con el reconocimiento y pago de viáticos, en estos no se indica sobre que conceptos recae el valor pagado, conforme lo dispone la norma en cita, para que puedan llegar a constituirse como factor salarial atendido a como está que el demandante por razón de sus funciones que debía desempeñar a lo largo del territorio nacional percibía valores correspondientes tanto a manutención y alojamiento como a gastos de transporte. Ante tal falta de discriminación o de claridad respecto a que valores iba asignados para cada concepto, el despacho considera también inviable proceder a la reliquidación de los salarios o prestaciones sociales discriminando los valores



percibidos por el actor para manutención y alojamiento, dejando eximidos de tales conceptos los gastos de los tiquetes aéreos o los gastos de transporte en que incurrió el demandante. De esa manera, el despacho negará la reliquidación del salario reclamado por el demandante por los valores percibidos entre el 3 de julio de 2012 y el 30 de septiembre de 2016, pues el demandante en manera alguna probó lo que le fue reconocido y pagado por la pasiva fuera inferior al salario mínimo legal mensual vigente, adicional a ello el mismo demandante aceptó que le fueron cancelados oportunamente sus salarios y comisiones, mismos que reitera esta sede judicial, se componían por un favor fijo y uno variable, insistiendo que las comisiones por virtud de lo dispuesto en el artículo 127 del código sustantivo del trabajo, constituyen factor salarial. De esa manera y para efectos de calcular el monto de los derechos reclamados en cabeza del demandante es del caso establecer el monto del salario devengado en cada anualidad por la parte actora, en ese orden de ideas, téngase en cuenta que en virtud del principio de la carga de la prueba, establecido en el artículo 167 del código general del proceso, aplicable a los juicios del trabajo por disposición del artículo 145 del código procesal del trabajo y la seguridad social, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, y en esa medida es el trabajador quien debía demostrar el valor del salario devengado año a año. De esa manera y como se advirtió en precedencia en el plenario no hay medios de prueba que permitan establecer el salario pagado al demandante por las anualidades 2012 a 2014 y el parcial del año 2016, por lo que teniendo en cuenta que conforme a las normas que regulan las relaciones laborales en Colombia, ningún trabajador puede devengar menos de un salario mínimo legal mensual vigente, será este el que se tenga en cuenta ante la carencia demostrativa para efectos de liquidar las prestaciones sociales causadas a favor del demandante por los años indicados. Y en lo que respecta al año 2015, el despacho liquidará conforme a la certificación del folio 9, en la que se tiene que el promedio mensual devengado por el demandante ascendía a la suma de \$1.120.000. En síntesis, el despacho fija los salarios en la siguiente manera: para el año 2012, \$566.700; para el año 2013, \$589.500; para el año 2014, la suma de \$616.000; para el año 2015, la suma de \$1.120.000 y para el año 2016 la suma de \$689.455. De esa manera, y fijado el monto del salario, el despacho procederá a cuantificar el valor de las prestaciones sociales debidamente probadas como pendientes de pago a favor del demandante.

De las cesantías e intereses a las cesantías y la sanción por no consignación de las mismas. Sobre el particular se tiene que el demandante le son aplicables las condiciones que establece la ley 50 de 1990, en su artículo 99 por lo que la empleadora importadora mundial ferretera ltda, debió haber liquidado de forma definitiva y a 31 de diciembre de cada año, las cesantías del demandante, las que también tenían que haberse consignado como fecha límite el 14 de febrero del año siguiente en la cuenta individual abierta en un fondo administrador de cesantías a favor del trabajador. Es necesario mencionar que por regla general, todo patrono está obligado a cancelar a sus trabajadores el equivalente a un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año por concepto de cesantías, para cuando se incumple con lo allí establecido la ley 50 en su artículo 99 establece: El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. Tal y como lo indica el demandante, durante la vigencia de la relación laboral, las cesantías no fueron consignadas a un fondo, por lo que se accederá a la imposición de la condena antes referida, respecto al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, los intereses de cesantías causados sobre las mismas y la sanción por no consignación de las mismas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 50 de 1990. Teniendo en cuenta y como se anotó en precedencia que respecto al auxilio de cesantías no operó el fenómeno prescriptivo. En ese punto, resulta preciso indicar que aunque las



prestaciones versan sobre las cesantías causadas y no pagadas a partir del año 2012, se tendrá en cuenta entonces la vigencia completa del contrato de trabajo, en razón de lo cual el despacho condenará a la demandada importadora mundial ferretera ltda al reconocimiento y pago por concepto de auxilio de cesantías al demandante por un valor total de \$3.168.443, por los años 2012 a 2016, liquidados de la siguiente manera: por el año 2012, la suma de \$325.852; por las cesantías del 2013 la suma de \$589.500; por las cesantías del 2014 la suma de \$616.000; por las cesantías del 2015 la suma de \$1.120.000; por las cesantías del 2016 la suma de \$517.091, para un total de \$3.168.443. Los intereses a las cesantías se liquidan de la siguiente manera: por el año 2012 la suma de \$39.100; por el año 2013 la suma de \$70.741; por el año 2014 la suma de \$73.920; por el año 2015 la suma de \$134.400; por el año 2016 la suma de \$62.050, para un valor total de \$380.211. En cuanto a la indemnización regulada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, el despacho accederá a imponer la sanción pretendida, partiendo de la premisa que su causación se da una vez vence el plazo para la consignación de las cesantías, y teniendo en cuenta que se encuentra prescrita la sanción por no consignación de las cesantías para el año 2012, por lo que será reconocido el valor de la sanción por las cesantías causadas por el 2013, 2014, 2015 y la proporcionalidad del 2016, sobre las que no operó el fenómeno de prescripción, y las cuales, como se dijo en precedencia debieron ser consignadas por la enjuiciada a más tardar el 15 de febrero del año siguiente, por lo que a partir del día después a tal fecha, es decir, a partir del 16 de febrero del 2014 y hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo fijado por el despacho, en el 30 de septiembre de 2016, se causará tal indemnización liquidada en la suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo, estimado en el valor de \$37.229 diarios y a partir de la ocurrencia de la terminación del contrato de trabajo, el despacho impondrá condena a la empleadora por el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo. Lo anterior obedece a que para este despacho es improcedente imponerle al empleador y de manera simultánea el pago de dos sanciones, como lo serían la del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, por lo que a la terminación del contrato, únicamente concurre la última, tal y como lo ha sostenido en múltiples jurisprudencias la sala laboral de la corte suprema de justicia, entre las que se encuentra la sentencia con radicación 37766 del 6 de mayo de 2010 en la cual se enseñó: "Sumado a lo anterior, es conveniente aclarar que tal como se advirtió al resolver el cargo, existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera solo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado.

Es importante advertir y reiterar que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, pues ella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de cuándo fenece. Es que no puede decirse que si por no pagar la totalidad de la cesantía, por la cual se impone una indemnización, pueda seguir corriendo aquella que viene derivada de la falta de consignación de una parte de dicha cesantía. Este raciocinio no resulta lógico en la medida en que se cometería una grave injusticia con el empleador si las dos sanciones moratorias



corrieran aparejadas o al mismo tiempo, ya que la sanción que el legislador previó fue la de imponer un día de salario para ambos casos desde el momento de su incumplimiento, pero no la de dos días de salario por día de retardo, porque en este caso sin duda alguna, resulta atentándose contra la finalidad del código sustantivo del trabajo, cual es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social en las voces del artículo 1 del código sustantivo del trabajo." De manera que atendiendo a las instrucciones de la corte suprema de justicia, el despacho procederá a establecer la procedencia del reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo y la cual se causará únicamente a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, operado el 30 de septiembre de 2016. Para ello, debe recordar el despacho que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, tiene origen en el incumplimiento del empleador respecto de las obligaciones con su trabajador, y específicamente en cuanto al reconocimiento y pago de prestaciones y salarios, tal resarcimiento es de naturaleza eminentemente sancionatoria y su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del empleador. Lo anterior significa que para la aplicación de esta sanción en cada caso es el juzgador quien debe analizar si la conducta tardía del empleador estuvo desprovista de buena fe, es decir, si tuvo la intención de desconocer abiertamente los derechos de su trabajador. Tal y como lo ha entendido la corte suprema de justicia entre otras en la sentencia del 30 de abril de 2013, dentro del proceso con radicación 42466, con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, en la cual advirtió: "la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la consciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud." En el plenario no hay justificación alguna que permita establecer que la demandada obró con buena fe al omitir deliberadamente reconocimiento y pago de las prestaciones y demás derechos que le asisten al demandante, aunado a que como quedó acreditado, las labores desplegadas podrían haberse efectuado con trabajadores vinculados por contrato de trabajo, dado el objeto social de la pasiva, se suma a lo anterior que la sola creencia de encontrarse inmerso en un contrato de prestación de servicios o de carácter comercial o de corretaje como lo denominó la pasiva, no da paso indefectiblemente a considerar la buena fe patronal. Por el contrario, demuestra que conociendo las labores desplegadas, la forma en su realización y los lineamientos impartidos por sendos años, decidió continuar con aquella forma errada de contratación, tal y como lo advirtió la corte suprema de justicia en la sentencia sl44370 del 2012. Debe advertirse que en tratándose de la indemnización moratoria también impone evaluar el proceder del ex trabajador, esto es, si impetró la correspondiente acción ordinaria laboral con prontitud para acceder a los derechos insatisfechos o si por el contrario dejó pasar el tiempo para presentar la misma. Bajo tal orientación y atendiendo lo señalado por la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, y comoquiera que el demandante devengó un salario mínimo para casi toda la relación de trabajo, se aplicará lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, que señala que según lo dispuesto en el inciso 1 de ese artículo, solo aplicará a los trabajadores que devengan más de un salario mínimo legal mensual vigente, y para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo. Artículo 65. Si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, deberá pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al salario diario por cada día de retardo. Ahora bien, y si el demandante solicita la indexación de las sumas objeto de condena, ello no se torna posible dada la mora reconocible, por tanto, acceder a tal pretensión configuraría una imposición de doble sanción frente al mismo incumplimiento.



En consecuencia, el despacho procederá igualmente a imponer condena a la demandada respecto al reconocimiento y pago de la sanción contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, respecto de las cesantías no consignadas a un fondo por los años 2013 al 30 de septiembre de 2016, imponiendo sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, tal y como se anunció en precedencia que liquidado arroja la suma total de \$35.144.176, y a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, a partir del 1 de octubre de 2016, se impondrá la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, a razón de un día de salario por cada día de retardo en los términos puntualizados en precedencia y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 1 de octubre de 2018 y a partir de ese entonces el valor de los intereses de mora fijados para los créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera y hasta que se produzca el pago total de lo adeudado.

Al tenor de lo establecido en el artículo 186 del código sustantivo del trabajo, se establece que los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante 1 año, tienen derecho a 15 días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas, no obstante lo anterior, las mismas proceden proporcionalmente por cualquier fracción de tiempo efectivamente laborado, comoquiera que en el expediente no obra constancia del reconocimiento de los periodos de vacaciones obligatorios a favor del demandante, lo que procede en este momento es acceder al reconocimiento de la compensación de dinero o dineraria de los periodos de vacaciones, teniendo dentro del presente asunto, que operó la prescripción parcial respecto de las vacaciones causadas con anterioridad al 30 de septiembre del 2012, dado que su derecho se hace exigible un año después de haber iniciado la relación laboral, de manera que teniendo en cuenta el periodo de prescripción se liquidará las vacaciones causadas entre el 13 de septiembre del 2012 y el 30 de septiembre del 2016, por valor de \$1.378.910.

Por la prima de servicios y al no existir comprobante alguno que soporte el pago de las prestaciones sociales, se condenará por este concepto a la empleadora, recordando que de conformidad con el artículo 306 del código sustantivo del trabajo, se dispone por concepto de prima de servicios el pago de 30 días de salario anual por semestre calendario. De esa manera, y teniendo en cuenta que las primas causadas durante el año 2012 se encuentran prescritas, el despacho accederá a imponer condena parcial por las primas de servicios causadas en el año 2013, 2014, 2015 y el parcial del 2016, liquidando las del 2013 en la suma de \$147.375, las del 2014 por la suma de \$616.000, las del 2015 por la suma de \$1.120.000, las del 2016 por la suma de \$517.091, en razón de lo cual se condenará a la empleadora a pagar a favor del demandante la prima de servicios liquidada por el despacho en la suma de \$2.400.466.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el demandante dentro del presente asunto persigue el pago de los dineros que le corresponde cancelar por ley, por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales, aportes parafiscales al sena y la caja de compensación familiar. Sobre el particular el despacho advierte que al tenor de lo establecido en el artículo 22 de la ley 100 de 1993, el empleador es el responsable del pago de su aporte del aporte de sus trabajadores a su servicio, por lo cual corresponde a este descontarle al trabajador el valor que deberá cancelar por concepto de su aporte. Finalmente, expresa la disposición que el empleador responderá por la totalidad del aporte, aun en el evento en que no hubiere efectuado el correspondiente descuento al trabajador. Dado que dentro del presente asunto, el empleador no probó que en efecto hiciera los descuentos al demandante, como tampoco efectuó los aportes al sistema de seguridad social durante todo el tiempo laborado por el actor, se impondrá condena a efectuar por el pago de la totalidad de lo que corresponde por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por los periodos laborados y correspondientes entre el 3 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta el ingreso base de



cotización fijado por el despacho en esta sentencia, previo cálculo actuarial que para el efecto expida la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el demandante, y dicho pago deberá realizarse a plena satisfacción de la entidad pensional y conforme al cálculo actuarial que esa última genere. Sobre los aportes a la caja de compensación familiar, el despacho no dispensará condena por este concepto, toda vez y tal como acontece con los aportes a seguridad social en salud, los mismos se realizan por un disfrute en la ejecución del vínculo, no obstante, en gracia de discusión lo que debió probar la activa es que con ocasión a la falta de afiliación y cotización por el empleador, se vio inmersa en la pérdida de subsidios o beneficios que las cajas de compensación familiar otorgan a sus trabajadores, estadio probatorio que debilita el reclamo de los emolumentos negados por tal situación, tal y como lo ha enseñado el consejo de estado en la sentencia 307405 del 2009, y dado que dentro del presente asunto el actor no asumió la carga de probar tales pérdidas, el despacho absolverá a la demandada de estas pretensiones. Igualmente, respecto a los aportes a salud y riesgos laborales, el despacho considera que para el demandante era necesario acreditar que la falta de afiliación conllevó a que el demandante tuviera que incurrir en algún costo o gasto que debiera ser sufragado por su propio peculio por la desatención del sistema que conlleva la falta de afiliación, situación que por demás no está acreditada en el caso presente, por lo cual no se dispensará condena por estos conceptos.

Como excepciones de fondo, la importadora mundial ferretera ltda formuló la de prescripción y aquellas que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe de la demandada y la innominada. En lo que respecta a la prescripción, tal y como quedó estudiado en líneas precedentes el despacho la declara probada parcialmente y para las prestaciones sociales anunciadas y analizadas en la parte motiva. En cuanto a las restantes, para determinar o desestimar tales excepciones, basta indicar que conforme a lo aquí acreditado se pudo constatar que en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre las partes existió un contrato de trabajo pactado a término indefinido que permitió al actor acceder a las prestaciones sociales, laborales e indemnizatorias reclamadas, en razón de lo cual, las excepciones anunciadas se declaran no probadas."

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esta decisión la parte demandada indicó:

*"Como bien lo indicaba en la sentencia, son tres los elementos constitutivos de una relación laboral, frente a los cuales es sabido por todos que se encuentra la prestación personal del servicio, el salario y la debida subordinación. Como se consideró por parte del juzgador de instancia, es evidente conforme a la certificaciones que se hicieron y que se allegaron al presente por parte del señor Trujillo en el escrito demandatorio, sí es evidente que existe una prestación personal del servicio y sorprende al suscrito que teniendo en cuenta las mismas certificaciones, el despacho de por cierto y asuma que existe un salario como retribución a esta prestación cuando en el mismo se expresa que lo que el señor Trujillo devengaba se obedecía a comisiones de ventas según la primera que se relacionó por parte del despacho, y en la segunda se hace referencia a un concepto de honorarios lo cual permite indicar que son relaciones sustancialmente diferentes a la que se declaró por el mismo. **Así las cosas y jurisprudencialmente se ha desarrollado que cuando existe una prestación personal de servicio y se prueba el salario, se presume que existe una subordinación, al ver que dentro de las consideraciones del despacho no se tuvo en cuenta tal premisa jurisprudencial, me separo teniendo en cuenta adicional a lo anterior que la subordinación no se encuentra demostrada dentro del presente proceso. Al no***



encontrar el salario entonces analicemos que pretende o que se pudo considerar por parte del despacho referente a la subordinación, y es que desconoce totalmente que la relación comercial permite al empresario realizar e indicar ciertos aspectos para que puedan desarrollar una actividad los agentes comerciales como los corredores comerciales que el determine. Frente al caso podemos entonces tener claro que si bien se le determinó en que sector podía realizar su actividad cuando se exigía o se llamaban a los vendedores para el caso del señor Trujillo a que informara el estado de sus cuentas, lo que estaba haciendo por parte de la importadora mundial ferretera era la labor de coordinación y de apoyo que debía prestarse al mismo para saber el estado de sus actividades y la forma en que se desarrollaba el mismo porque como bien se va a explicar más adelante si existía una relación comercial, esta le otorgaba la facultad a realizar estas solicitudes como era el preguntar y ahondar sobre la actividad que se estaba desarrollando propendiendo en sí que se pudiera proteger el producto y el buen nombre de la empresa el cual se tenía dicha relación. **Adicional a lo anterior y como se manifestó en los alegatos de conclusión es prácticamente imposible realizar una labor subordinataria cuando se está en otra ciudad y era el trabajador o el prestador de los servicios comerciales quien determinaba cuál era la forma en que iba a abordar sus clientes, el horario en que los recibía y demás, por ende considero yo que no se encuentran probados dentro del expediente los 3 elementos constitutivos de la relación laboral, por ende no puede considerarse que estemos frente a un contrato realidad, sin embargo y teniendo en cuenta las declaraciones en el interrogatorio de parte del señor Trujillo es evidente que si existió una relación comercial, la cual se desarrolló verbalmente, tocando este tema es evidente su señoría que no se puede decir que existe un contrato a término indefinido cuando la misma parte accionante no tiene claro cómo se desarrolló ni en qué forma se planteó el mismo, como bien se puede observar dentro del escrito demandatorio aseguran que celebró un contrato verbal de trabajo del cual no se le entregó copia, sin embargo, al momento en que se interrogó y se escuchó por parte del juzgado el señor Trujillo manifiesta que no tiene ninguna certeza de cómo se realizó esta actividad, ni en la forma en que se llegó a un acuerdo; en cambio sí manifestó que el desarrolló su actividad comercial y que lo hizo buscando un ingreso económico el cual tenía que empezar a recibir porque era una actividad propia de un vendedor. **Adicionalmente también cabe resaltar, su señoría, que si bien el juzgado advierte que existen unas facturas dentro del expediente, no las empieza a valorar en debida forma a juicio del suscrito ya que le da solo el valor probatorio referente a lo que devengaba el señor Trujillo, pero no deviene en esta que existía una relación comercial como tal, porque si existiera una forma laboral en la cual se pudiera esgrimir que existía una relación laboral, la forma de cobro sería totalmente distinta y no una de factura, en la cual como se puede observar dentro de las mismas, las cuales no fueron debatidas ni rechazadas ni por parte de la parte accionante, se encuentran determinados los valores como se realizan los pagos los productos a los cuales se hace referencia, y adicional a lo anterior que también existía una relación netamente comercial en la cual se estaba discriminando cada uno de los conceptos por los cuales se encontraba y estaba devengando el señor Trujillo.****

Así las cosas, considero yo, honorable tribunal que se debe revisar los 3 elementos constituidos de la relación laboral, en especial el tema de la subordinación y en salario, los cuales considero no se encuentran presente ni probados dentro del presente expediente, por el contrario sí se logra desvirtuar tal situación cuando se interrogó a los testigos de la parte demandante, en los cuales manifestaban de manera contraria que si el señor nunca se encontraba en el Espinal y que nunca prestó sus servicios para la ferretería que el ostenta junto a su hijo, y en uno de ellos, específicamente la esposa del mismo se escuchó que en alguna ocasión se presentó una situación de convalecencia referente a la salud del señor Trujillo y el mismo se hizo presente en el Espinal, estaba en el Espinal en los días que supuestamente debía prestar sus labores a las afueras de su residencia y que el cual prestó entonces así como su convalecencia en dicha ciudad, que también se logró manifestar por



parte del señor Trujillo, como de la esposa, que él en algunas ocasiones también trabajaba dentro de la ferretería de su hijo, así mismo también él manifestó en los interrogatorios de parte que él trabajaba no solo para la importadora mundial ferretera que es la empresa que se encuentra aquí demandada sino que también prestaba sus servicios para otra empresa que se denominaba construmil. Así las cosas, es evidente que la subordinación no puede darse porque no puede prestarse las labores dentro de una empresa familiar, dentro de la empresa aquí demandada y dentro de la empresa construmil, situaciones que considero que deben ser analizadas al momento de determinar si existió o no la subordinación deprecada y por ende la prosperidad del contrato realidad. Por ende, considero yo que así las cosas debería revocarse en ese sentido el fallo que se dictó en su artículo 1 el cual decretó que si existía una relación laboral como tal.

**Referente a la sanción moratoria es evidente que la sanción moratoria se ha desarrollado el concepto jurisprudencial de que esta no puede darse de manera automática, y que no puede tomarse como una situación que procede de manera sistemática o automática, sino que debe analizarse en forma todas las pruebas que obran dentro del proceso para determinar si existió o no mala fe del presunto empleador, así las cosas, considero yo su señoría, que como bien se indicó debe analizarse si obró con lealtad el mismo, si hubo rectitud y honradez en el caso que se presentaba, es evidente su señoría que el caso de importadora mundial ferretera, aunque si se presentan unos vacíos de la forma en que se llegó a un ajuste comercial con el señor aquí demandante, siempre se obró con la honradez y con el ánimo de ayudar al señor Germán Trujillo, a tal punto que si él, como él lo reconocía la relaciones fueron cordiales, amables y terminaron dentro de los mejores términos y se otorgaban unos tipos de auxilios que generalmente buscaban que las personas que prestaban su servicio como vendedores externos, llevaran siempre una forma adecuada dentro de sus actividades, esto es decir, que se le daba un auxilio de hotel, se le daba un auxilio de transporte, se le daba un auxilio de comida y en algunas ocasiones como se manifestó por parte del representante legal, si ellos lo manifestaban se llegaban hasta a prestar varios dineros para que desarrollaran sus actividades sin que llegaran a pasar ningún tipo de penuria, ya sea económica o al momento del alojamiento. Adicional de lo anterior, debo decir, su señoría, que si bien pudo presentarse una situación anómala referente en la forma en que se contrató al señor Germán Trujillo, es evidente que el señor Rafael Rincón como representante legal de importadora mundial ferretera, actuó dentro de un convencimiento que existía una relación comercial, porque siempre se plantearon los pagos de comisiones y que se planteó que el objeto del mismo era comercializar los productos que él conocía, y este convencimiento nos permite a nosotros deducir entonces que la mala fe que deprecó el juzgado al momento de proferir su sentencia no era evidente, ya que como también se pudo determinar cuando el señor Germán Trujillo recibe las certificaciones que él mismo solicitó en las cuales se habla de honorarios y salario, él ni siquiera refutó las mismas ni solicitó ninguna aclaración, por el contrario, su actuar a mi modo de ver también sirve para que se induzca al error al empleador, el cual estaba, como bien lo decía, convencido de que estaba frente a una relación comercial y que por ende no debía cancelar las prestaciones sociales por las cuales se sanciona.**

Frente a las sanción referente a las cesantías, considero que el elemento de la mala fe es indispensable y se logra determinar, como les dije, que si hay una actuación errada esta no se reviste de mala fe, pues se obró conforme al convencimiento que tenía el empleador al momento en que se llegó a ese acuerdo verbal con las partes. Así las cosas, interpongo mi recurso de apelación para que sea revisado los montos también en los cuales se condena, referente a las acreencias sociales condenadas y adicional a lo anterior también al aspecto que hace parte del aporte a la seguridad social. **Referente al tema del pago de seguridad social en el aspecto de que debía probarse por parte de los aquí accionantes, en qué forma se dieron o no los pagos como tal. Adicional a lo anterior, había un medio probatorio en el cual**



**ellos podían traer acá al despacho para que se diera el convencimiento de que no se realizó el mismo, y era traer una sábana o un historial laboral expedido por Colpensiones en el cual se demostrara que no se hicieron los pagos correspondientes, los cuales dentro del expediente no se hizo ni se trajo presente a ningún momento para que el despacho procediera a la condena.**

*Como bien lo indica el artículo 164 del código general del proceso, existe la necesidad de la prueba que lo que hace es llegar a permitir al despacho que existan verdades procesales, y como bien nos indicaba en el presente caso no se hizo ni se arrió ni se puso de presente que existiera en algún momento dicha falta por parte del empleador, por ende considero que al no tener un soporte probatorio esta condena, también debe revocarse. Resumo entonces lo del recurso de apelación, solicito entonces se revoque el numeral 1 de la sentencia proferida, en el cual yo considero que no existen dos de los elementos para que se pueda declarar la existencia de la relación laboral, y también que se revisen las pretensiones de condena de los montos de la condena en lo que hace referencia a las acreencias laborales, y se revoque también la sanción por moratoria del artículo 65 y la sanción por no pago de las cesantías por tenerse en cuenta que las actuaciones de la importadora mundial ferretera, revisten de buena fe y no se logró probar que existiera en algún momento un actuación que permitiera o quisiera hacer obtener ventaja por parte del empleador.*

## 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, teniendo como puntos de inconformidad, tres; estos son :i) falta de prueba de los elementos del contrato y básicamente de la subordinación y salario ii) buena fe como eximente de las sanciones moratorias y iii) falta de prueba en cuanto al no pago de aportes.

### **i) De los elementos del contrato de trabajo**

Al respecto conviene recordar 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.

También es una premisa indiscutible 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.**

También es claro que de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del mismo código, una vez **probada la prestación del servicio se presume la existencia del contrato de trabajo; presunción legal que desde luego puede ser desvirtuada, mediante la demostración del hecho contrario al presumido.**

Es así como de vieja data ha sido clara la jurisprudencia, declarando como esta norma ofrece una ventaja probatoria al demandante y corresponde entonces a quien niega el contrato de trabajo desvirtuar esta presunción, no como equivocadamente sostiene el recurrente cuando asegura que la subordinación debe ser probada, así como el salario, y que además debe hacerlo el trabajador, pues este, lo único que debe probar es que prestó servicios, bajo cualquier nombre o condición-; como en este caso que se dice fue por un contrato comercial de corretaje-; para que luego se itera, ante esta ventaja probatoria, la demandada despliegue la suya para desvirtuarla mediante la demostración del hecho contrario, es decir en este caso la existencia de un contrato comercial de corretaje.

Ahora bien, hecha esta precisión resta afirmar que ni en el juicio ni con los argumentos del recurso logró la demandada demostrar la existencia de un vínculo comercial y sus afirmaciones al respecto, no dejan de ser eso simples afirmaciones carentes de respaldo; como aquella en la que se expresa que es difícil ejercer subordinación si se esta en otra ciudad o que el solo hecho de presentar facturas de cobro implica que el vínculo es comercial, pues allí se olvida que el artículo 23 del CST dispone; que a pesar de darle otro nombre o exigir facturas u otras condiciones; si en la realidad se desarrolla el contrato de trabajo es este el que existe y debe ser declarado por el Juez, como en efecto sucedió.

Vale también recordar y de eso nada dijo el recurrente que el vínculo de índole laboral fue certificado por el mismo demandado, en la documental de fecha febrero 16 de 2015 (fl 7) en la cual se certifica: “que el señor German Trujillo Cuervo identificado con cedula de ciudadanía numero 19.425.904 labora en nuestra empresa desde el 3 de julio de 2012, **desempeñando el cargo de vendedor nacional**, devengando ingresos por comisión de ventas...” Igualmente la



certificación que obra a folio 9, de fecha octubre 29 de 2015 en donde se expresa: “que el señor Germán Trujillo Cuervo identificado con cédula de ciudadanía numero 19415904 presta sus servicios en esta empresa desde agosto 1 de 2012, desempeñándose como asesor comercial, devengando unos honorarios por comisión de venta de un promedio de \$1.120.000.”

En ese orden se debe reiterar tal y como analizó también el A quo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que las afirmaciones contenidas en estas certificaciones respecto del vínculo laboral se deben tener como hechos ciertos y de negarse tal certeza por la parte que las expidió, debe probar de manera fehaciente, que lo consignado allí, no corresponde a la realidad; así lo señaló en reciente sentencia SL639 del 2 de febrero de 2021:

*Sobre el hecho de desvirtuar las certificaciones laborales, ha sentado esta Corporación que el empleador que quiera desdecir de lo que él mismo manifestó por escrito, **cuenta con una exigencia probatoria mucho más rigurosa para lograr su cometido, puesto que debe acreditar en qué condiciones de modo, tiempo y lugar se dio la afirmación falaz y qué lo motivó a certificar algo que manifiestamente estaba fuera de la realidad de las cosas.***

*Así lo ha entendido la Sala en diversas providencias de tiempo atrás, entre otras, en las sentencias CSJ SL758-2018; CSJ SL2032-2018; CSJ SL2600-2018; CSJ SL4735-2017; CSJ SL17514-2017; CSJ SL16528-2016; CSJ SL14426-2014; CSJ SL, 30 abril de 2013, radicación 38666; CSJ SL, 24 agosto de 2010, radicación 34393; CSJ SL, 23 septiembre de 2009, radicación 36748. Precisamente en la sentencia CSJ SL, 8 marzo 1996, radicación 8360, señaló:*

*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, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. **Por esa razón, 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 deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.** (negrilla fuera del texto original)*

Conforme este criterio jurisprudencial en cita, se tiene que respecto del contenido de la certificación aludida, la parte demandada en su recurso guarda silencio, sin que demostrara tampoco en juicio que lo allí consignado, no era cierto; de tal manera, que al no haberse allegado medio probatorio que tenga la magnitud para desvirtuar lo expresado ahí, se tiene como cierta la realidad que plasma dicha



certificación en cuanto a la existencia de la relación laboral que unió a las partes.

## ii) De las sanciones moratorias

Aduce el recurrente que siempre actuó de buena fe, y ese es su argumento para ser exonerado de las sanciones moratorias a las que fue condenado; esto es, tanto la prevista en el artículo 65 del CST y la del art 99 de la ley 50 de 1990.

Bien, de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T y de igual manera la prevista en el art 99 de la ley 50 de 1990 que: i) Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer; ii) en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago; iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) **en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En el presente asunto ninguna prueba existe de esta buena fe, salvo afirmaciones que nuevamente resultan carentes de respaldo; precisa la Sala que argumentar se creía estar bajo un contrato comercial;- y sin embargo certificar lo contrario -; no es suficiente para probar buena fe en el incumplimiento de sus obligaciones, y por tanto también insuficiente para poderlo ubicar en el campo de la buena fe, que sería lo único que podría exonerarlo de esa condena.

En este caso no existe una sola razón que pueda analizarse al respecto y menos aún la afirmación del recurrente que se refiere a que la demandada daba auxilios etc; pues estas afirmaciones no alcanzan a ser razones atendibles del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

No sobra citar la más reciente sentencia de la Corte Suprema al respecto, esto es la SL539 Radicación n.º 79771, de doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020), en donde se expresó:



“( ... )

Vale recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala es el empleador quien tiene la carga de probar, de manera suficiente y convincente, las razones por las cuales se sustrajo de su obligación de pago de las acreencias laborales.

Aunque una lectura desprevenida de esta regla de la carga de la prueba llevaría a pensar que en la práctica implica una presunción de mala fe, al obligarse al empleador a probar lo contrario, esto es, la buena fe, tal comprensión es incorrecta frente a la regla jurisprudencial que desde hace décadas viene empleando la Corte. En efecto, la justificación de que el empleador tenga esta carga probatoria obedece a lo siguiente:

**Es un postulado inmerso en los contratos de trabajo que estos deben ejecutarse de buena fe, lo que implica que tanto el empleador como el trabajador deben cumplir fielmente sus obligaciones y deberes recíprocos. Dentro de estos deberes se encuentran, de manera especial, el pago íntegro y oportuno de las remuneraciones y prestaciones a los trabajadores, obligación que, recuérdese, es la principal del empresario, como lo es para el trabajador la prestación del servicio.**

**Por tanto, cuando el empleador incumple este deber principal, con ello resiente la buena fe contractual al privar al trabajador de los derechos laborales que por ley, convención o contrato le corresponden. Por ello, lo lógico es que él, en su condición de deudor moroso, demuestre que a pesar de haber incumplido su obligación prestacional, siempre obró ceñido a la buena fe o, dicho de otro modo, tuvo razones poderosas y creíbles para sustraerse de su pago.”**

Por tanto, como quiera que en este caso ninguna razón fue presentada por el demandado, es por lo que no cumplió con su carga de demostrar que su omisión en el pago obedecía a razones poderosas y atendibles, lo que basta para confirmar la sentencia en este aspecto único.

### **iii) De la prueba en el pago de aportes**

Para resolver este punto basta con expresar que no le correspondía al demandante, ello de acuerdo con las reglas de carga probatoria; acreditar que no le habían pagado los aportes, como afirma el recurrente. Justamente ante la afirmación del actor sobre el no pago de los partes, debió el demandado acreditar que si los hizo;



y como ello no sucedió debe esta Sala sin más razones por innecesarias confirmar dicha condena.

Por último y en cuanto a la solicitud de revisión de las sumas objeto de condena en primer grado, se determina que las mismas se liquidaron en debida forma, una vez revisadas estas; lo que impone **confirmar** la sentencia en todas y cada una de sus partes.

**Sin costas** en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

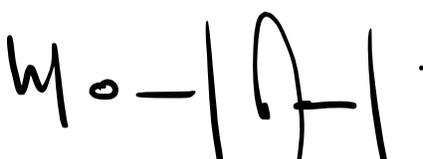
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**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

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 34-2018-646-01 Dte: GERMAN TRUJILLO CUERVO Ddo.: IMPORTADORA  
MUNDIAL FERRETERIA LTDA.**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



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

PROCESO ORDINARIO No. 04-2018-638-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: OSCAR IVAN OSPINA SUAREZ

DEMANDADO: RACORES COMPONENTES  
METALMECANICOS LTDA

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**MAGISTRADA PONENTE  
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá treinta y un días (31) días del mes de mayo, del año dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

**PRETENSIONES**

El señor OSCAR IVAN OSPINA SUAREZ demandó a RACORES Y COMPONENTES METALMECANICOS LTDA, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se **declare la existencia de un único contrato a término fijo entre las partes, desde el 6 de julio de 2012 hasta el 12 de**

**octubre de 2016. Se declare la nulidad de los contratos posteriores que se le hizo firmar al demandante. De manera subsidiaria pide se declare la existencia del último contrato el cual inició el 12 de enero de 2016, encontrándose prorrogado hasta el 11 de enero de 2017.** En consecuencia y como condenas solicita el pago de indemnización, prestaciones y moratoria, indexación y costas. (fls 4 al 14).

### **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones afirma básicamente que fue contratado mediante contrato a término fijo y que una vez terminó el primero fue contratado mediante contratos sucesivos a corte 31 de diciembre de cada año, que el 27 de abril de 2015 se le obligó a tomar vacaciones, que el último contrato fue el 12 de enero de 2016, que el salario fue de \$1.200.000, que el 12 de octubre de 2016 la demandada terminó el contrato por una presunta justa causa, sin establecer cual ni indicar los hechos que dieron lugar al despido, que no se le llamó a descargos, que no se le consignaron cesantías. ( fls 4 al 14).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada contestó la demanda mediante apoderado quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento jurídico y fáctico. En cuanto a los hechos dijo ser cierto que se firmaron varios contratos pero que estos no fueron continuos y que se liquidaban cada que se terminaban hasta el 2015 el 31 de diciembre de cada año y luego el 11 de julio de 2016 y el 12 de octubre de 2016, contrato que terminó con justa causa. Propuso las excepciones de inexistencia de unidad contractual, pago, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación del derecho, improcedencia de sanciones moratorias por existir buena fe, prescripción. (fls 46 a 53)

### **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

Tramitada la primera instancia, la Juez 4 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el siete (7) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), por la que resolvió CONDENAR a la demandada a pagar al demandante indemnización por despido injusto en la suma de \$3.560.000, y ABSOLVER de las demás pretensiones.

Para llegar a esa conclusión en síntesis afirmó la Juez: *Los problemas jurídicos en este caso entonces y de acuerdo a la demanda y a la contestación son los siguientes: primero, si entre las partes existió un solo contrato de trabajo a término fijo; segundo, si la terminación del mismo fue con justa causa; tercero, si la demandada pagó el auxilio de cesantías del año 2016; cuarto, si procede la sanción moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones y la sanción por no consignación de las cesantías... Para resolver lo pedido, considera necesario el juzgado recordar que el artículo 46 del código sustantivo del trabajo establece que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito, establece esa norma que si en un plazo no inferior a 30 días antes de su vencimiento ninguna de las partes avisare a la otra por escrito su determinación de no prorrogar el contrato, este se entenderá renovado por un término igual al inicialmente pactado y así sucesivamente, y que si el término es inferior a un año, únicamente podrá prorrogarse hasta por 3 periodos iguales o inferiores al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un año y así sucesivamente. Teniendo en cuenta el soporte normativo anteriormente mencionado, el juzgado procedió a revisar las pruebas allegadas al proceso, encontrando a folio 15 el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes el 6 de julio de 2012, y se pactó como fecha de terminación 31 de diciembre de ese mismo año. Se observa además que no se allegó prueba que en el plazo que establece la ley, el empleador hubiera avisado al trabajador su decisión de no prorrogar el contrato de trabajo, por lo que debería concluirse que el contrato se prorrogó por un término igual al inicialmente pactado, sin embargo, a folio 56 a 60, aparecen copias de los contratos de trabajo a término fijo suscritos por las partes a partir del 8 de enero de 2013, y que se relacionan a continuación: el primero, del 8 de enero de 2013 al 31 de diciembre de ese año, folio 56; segundo, 7 de enero de 2014 al 31 de diciembre de ese año, folio 58; tercero, 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de ese mismo año, folio 59, y finalmente el cuarto, del 12 de enero de 2016 al 11 de julio de 2016, folio 60. **De acuerdo con lo anterior, se tiene que fue voluntad de las partes suscribir varios contratos de trabajo a término fijo e independientes al primero, y si bien no se demostró que la parte demandada avisara con 30 días de anticipación a la fecha de vencimiento del primer contrato y de los posteriores la decisión de no prorrogarlo, dicha circunstancia no es suficiente para declarar la nulidad de los contratos celebrados con posterioridad máxime si no se indicó en la demanda que el consentimiento del demandante al suscribir los contratos hubiese estado viciado por error, fuerza o dolo, tal y como lo establecen los artículos 1052 y 1508 del código civil, carga probatoria que se encuentra en cabeza de la parte actora.** Aunado a lo anterior, como lo indicó la apoderada de la parte demandada, hubo interrupciones entre la suscripción de uno y otro contrato, existieron días en que el actor no prestó sus servicios a la entidad demandada, por lo que no puede declararse una unidad de contrato, pues se reitera una de las formalidades para el contrato a término fijo es que sea suscrito por escrito y así fue que se hizo en esta oportunidad, se reitera, a voluntad de las partes,*

tanto del demandante como de la demandada. En consecuencia, concluye el juzgado que **el demandante estuvo vinculado a la sociedad demandada mediante 5 contratos de trabajo término fijo independientes, el último de los cuales tuvo vigencia el 12 de enero de 2016 y el 13 de octubre de ese mismo año. El último salario ascendió a la suma de \$1.200.000 mensuales, conforme se puede constatar con la documental de folio 60 del expediente.** En cuanto a la indemnización por despido injusto, y frente al tema la corte suprema de justicia, sala laboral, ha señalado que cuando el trabajador demuestra el despido la carga de la prueba sobre la justa causa invocada le corresponde al empleador, probando que el motivo del despido se encuentra cobijado en alguna de las causales legalmente establecidas, y que además, cumplió con la obligación de expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esta determinación. Aunado a lo anterior, se tiene que la legislación laboral Colombiana ha establecido en forma taxativa los hechos que son causas justas de terminación unilateral del contrato de trabajo y ha definido que ellos se deben alegar oportunamente, es decir, al momento en terminar la relación de trabajo, pues posteriormente no puedan alegarse válidamente causales o motivos distintos, así está dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo. Para demostrar el despido, la parte actora allega copia de la comunicación de fecha 12 de octubre de 2016, que se encuentra a folio 24 del expediente y que señala: "por medio de la presente, nos permitimos comunicarle la decisión de la gerencia de la empresa de cancelar su contrato de trabajo con justa causa, de acuerdo al artículo 7 del decreto 2351 de 1965. En lo que tiene que ver con el incumplimiento de las normas contenidas en el reglamento interno de trabajo, dejando constancia de sus actos disociadores, con el agravante que el día 11 de octubre de 2016 se le hizo un llamado de atención verbal y escrito, el cual se negó a firmar. Invitándolo a corregirse y a tener una relación acorde a los principios y valores éticos que son la base de nuestra organización empresarial, como es el respeto, compromiso, trabajo en equipo y actitud positiva. El día de ayer en la tarde volvió a reincidir con actitud desafiante y de rebeldía hacia esta gerencia." Pues bien, **de la lectura se advierte que para la terminación del contrato se invocó como causal el incumplimiento del reglamento interno de trabajo, actos disociadores y un llamado de atención verbal y escrito efectuado al actor el 11 de octubre de 2016. Aunado a que el día siguiente había reincidido con actitud desafiante y de rebeldía.** Como puede observarse la demandada invocó para la terminación del contrato ese incumplimiento del reglamento interno, **sin embargo, no expuso con claridad en la comunicación del despido que normas o aspectos de dicho reglamento habían sido desatendidos por el trabajador, y como se puede observar a folio 79 a 88 del expediente, dicho reglamento es bastante extenso, por lo que resultaba indispensable que se indicara en qué consistía el incumplimiento de dicha normatividad. Aunado a lo anterior, se mencionan actos disociadores, desafiantes y de rebeldía, pero el juzgado no tiene certeza de cuales fueron esos actos en que incurrió el demandante para catalogarlos como tal, pues se reitera, la carta es muy genérica y no se especifican situaciones concretas.** No desconoce el juzgado que los testigos David Ávila Castellanos, Marlene Patiño y en esta oportunidad Edilson Esneider Ramírez, los anteriores que fueron tachados por la parte actora, sin embargo, como lo indica la parte demandada no se desestiman esas declaraciones, toda vez que por tener tanta cercanía con el demandante con la empresa son testimonios a los que hay que darles plena credibilidad porque tienen pleno conocimiento del litigio que aquí se debate. No desconoce el juzgado entonces que esos testigos indicaron todos que el despido ocurrió porque el demandante se negó a cumplir con el tiempo

suplementario de trabajo que fue acordado con la empresa, y que se negó a quedarse a laborar luego de la jornada ordinaria, **sin embargo, ello no fue lo que se señaló en la carta de terminación del contrato, como ya se dijo, con posterioridad a la terminación no puede alegarse un motivo diferente al indicado en la carta de despido.** Frente al tema, la corte suprema de justicia, en sentencia 38872 de 2011 señaló: “en efecto, entiende esta corporación que el trabajador tiene derecho a conocer con precisión los hechos que soportan la decisión de la empresa, porque tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina, las finalidades de la norma se concretan en dos sentidos: uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo, que consiste en la imposibilidad de acudir con posterioridad a causales o motivos diferentes, y otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas.” Y es que el juzgado no tiene como una exigencia legal para la validez del despido que el empleador tuviera necesariamente que citar en la carta del despido el precepto legal que enmarque la conducta del trabajador en una causal de terminación del contrato de trabajo, bastaba con la descripción de los hechos imputados para despedir al trabajador como en este caso ocurrió, especificar por lo menos, las conductas claras y concretas al respecto. Sentencia 45034 de 2014 de la misma corporación. Valga aclarar además que si bien se indicó en la carta el artículo 7 del decreto 2351 de 1965, el mismo contiene varias causales, y no es posible para el juzgado suponer en cual incurrió el actor, y resulta a todas luces desacertado que en la contestación de la demanda, esto es, después de acaecido el fenecimiento de la vinculación laboral, en los hechos 12 a 14 la empresa accionada indique que la causal establecida es la del numeral 2, literal A, artículo 62 código sustantivo de trabajo, que fue la misma que dijo la abogada en sus alegatos de conclusión, cuando eso no fue lo que se señaló en principio en la carta, y si en gracia de discusión lo hubiera hecho lo cierto es que no se probó tal actuar. Así las cosas, debe concluirse que por no haberse expresado con claridad en la comunicación del despido la justa causa y tampoco haber demostrado que el demandante incumpliera sus obligaciones contractuales, el despido devino en injusto. En consecuencia, se condenará a la demandada a pagar la indemnización por despido que corresponde a los salarios faltantes para el cumplimiento del término fijo pactado, no son los días ni el monto que dice la apoderada de la parte demandada, toda vez que el contrato se prorrogó hasta enero de 2017 porque no se le pasó ningún preaviso. Por lo tanto, haciendo las operaciones matemáticas pertinentes y comoquiera que le faltaban 89 días al demandante, eso es lo que se va a tener en cuenta para la liquidación de la indemnización, esto es, desde el 13 de octubre de 2016 hasta el 11 de enero de 2017 un total de \$3.560.000. Cesantías y sanción por no consignación de las cesantías. Solicita la parte actora que se condene al pago de cesantías causadas desde el 6 de julio de 2012 hasta el 12 de octubre de 2016, así como la sanción por su no consignación en un fondo. Las pretensiones se fundamentan en la declaratoria de la existencia de un único contrato de trabajo, la que fue negada por el juzgado, que concluyó que existieron varios contratos de trabajo a término fijo, en consecuencia, se absolverá a la demandada de esta pretensión, máxime si se tiene en cuenta que la terminación de cada contrato de trabajo la demandada pagó el auxilio de cesantías correspondiente al tiempo laborado en cada relación laboral que fue 31 de diciembre de cada año; razón por la cual, tampoco se originó la obligación de consignar el auxilio a un fondo, pues los contratos terminaron en fecha anterior a la establecida en la ley para su depósito. Prueba del pago de cada liquidación son las documentales de folios 18,25 y 62 a 65 del expediente. En consecuencia, se absolverá a la demandada

de esta pretensión. Finalmente, indemnización moratoria. Se solicita el pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha en que se comunicó el depósito judicial realizado por la demandada que fue el 27 de octubre de 2016, tal y como lo informa la misma parte demandante en el hecho 18 de la demanda. En relación con esta indemnización ha sido clara la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en su sala laboral, al señalar que su condena no es automática y que debe observarse si existió o no buena fe por parte del empleador. Así por ejemplo en sentencia sl11436 de 2016, en donde se rememoró la sentencia 24397 de 2005, explicó esa corporación que debían los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisfacía la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debía hacerse, desde luego, con los medios probatorios específicos del proceso que se examinaba y que en materia de indemnización moratoria no había reglas absolutas que determinaran cuando un empleador actuaba de buena o mala fe, solo era el análisis de cada caso permitía imponer esa condena. Si bien la norma invocada dispone que las prestaciones sociales y salarios deben pagarse a la terminación del contrato de trabajo, en este caso se encuentra demostrado para el juzgado que el pago de las prestaciones se realizó a través de pago por consignación realizado el 21 de octubre de 2016, folio 68. Y que fue comunicado al demandante el día 27 de octubre siguiente. Por lo que considera el juzgado que entre la fecha de finalización del contrato 12 de octubre de 2016 y la fecha en que fue comunicado el depósito judicial al actor, transcurrieron tan solo 15 días, tiempo que se considera prudencial para realizar el pago correspondiente, considerando que el empleador debe realizar ciertas acciones administrativas para realizar el pago correspondiente, y por lo tanto, concluye el juzgado, que no existió mala fe en la demora, que se repite, fue de 15 días, máxime cuando, se reitera, se cumplieron además con las condiciones para que la consignación judicial tenga plena validez y aptitud de exonerar al empleador de la indemnización moratoria. Al respecto puede leerse la sentencia 39000 del año 2014 de la corte suprema de justicia. En consecuencia, se absolverá a la demandada de esta pretensión. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, se fija como agencias en derecho la suma de \$180.000. En mérito de lo expuesto, el juzgado 4 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1. Condenar a la sociedad racores y componentes metalmecánicos s.a.s. a pagar al demandante señor Oscar Iván Ospina Suarez la suma de \$3.560.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa;
2. Absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra;
3. Condenar en costas a la parte demanda, se fija como agencias en derecho la suma de \$180.000.

Inconformes con la decisión las partes interpusieron recurso así:

**Parte actora:** "... De conformidad con la sentencia proferida me permito presentar el siguiente recurso de apelación, en el siguiente sentido: señor magistrado del tribunal, me permito manifestarle que es importante tener en cuenta dos principios rectores del derecho laboral a tener en cuenta a la hora de determinar de fondo el presente proceso, y uno consiste en la primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la constitución

nacional, y la irrenunciabilidad de derechos laborales, contenido igualmente en la misma disposición y en el código sustantivo del trabajo. En relación con el primero, **bastaba señalar que como se puede apreciar en el plenario, obran varios contratos de trabajo, en donde se puede apreciar que entre uno y otro no había ningún tipo de espacio de solución de continuidad que permitieran entender que hubo diferentes contratos realmente. Vale la pena señalar que son las mismas partes y es el mismo cargo que se desempeñó, es decir, era el mismo objeto contractual, si bien las partes firmaron nuevos contratos, manifestar esto implica reconocer que el trabajador pudo haber renunciado a sus derechos laborales.** Vale la pena tener en cuenta que el derecho laboral es un derecho tuitivo, proteccionista y entiende que si un trabajador llega a firmar o cualquier documento que resalte o que implique la renuncia a sus derechos, este pacto o este acuerdo que suscriba debe ser de todo nulo, toda vez que es una persona que se encuentra en un marco de subordinación y de inferioridad frente al poder subordinante que tiene el empleador, en ese orden de ideas, manifestar que por el hecho que se hayan firmado posteriores contratos de trabajo y que ello haya significado que efectivamente se terminó un contrato y empezó uno nuevo, implica desconocer este principio de la irrenunciabilidad de derechos laborales. **Por consiguiente, teniendo en cuenta el principio de realidad sobre las formas, donde se puede ver que hubo un único contrato, hubo el mismo cargo, las mismas partes y el mismo objeto contractual, se deberá revocar la sentencia proferida por el presente despacho, manifestando e indicando que el contrato que realmente se suscribió fue un contrato único y se declare la declaratoria de unidad contractual en el presente proceso, para lo anterior tener en cuenta las sentencias citadas en la demanda del 13 de julio de 1977, agosto 5 de 1988, enero 19 de 1989, reiteradas en concepto del ministerio del trabajo del 12766 de 2011 que indica lo que acabo de resaltar, por consiguiente solicito se declare la prosperidad de las pretensiones relacionadas con dicha pretensión de declaración de unidad contractual correspondientes al no pago de cesantías al fondo, lo que implica pagar las cesantías que no se consignaron en el fondo y la consecuencia sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990. En relación con la indemnización por despido sin justa causa, solicito se revise su valor, toda vez que se solicitó la indexación de dicho valor más sin embargo no fue declarado en la presente sentencia.**

**Parte demandada:** "...Su señoría, con todo respeto, me permito interponer recurso de apelación contra el fallo acabado de proferir, en cuanto al monto de la indemnización por despido sin justa causa, en cuanto no se tuvo en cuenta que el último contrato que fue suscrito el 12 de enero de 2016, estableció en una de sus cláusulas: "la duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya las partes acuerdan que no será prorrogado, por consiguiente el trabajador queda preavisado desde la fecha en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente." Con base en esta cláusula que establece en ese contrato, que no está prohibida en ninguna normatividad laboral si había un preaviso de ese último contrato del 12 de enero, ello quiere decir que ese contrato terminó efectivamente el 11 de julio de 2016, porque era un contrato con una duración de 6 meses. Como el señor Oscar siguió laborando a partir del 12 de julio de 2016, lo que hubo en ese momento sería un contrato laboral a término indefinido, que terminó el 12 de octubre de 2016, y con ocasión del despido injusto que fue declarado la indemnización debería corresponder o basarse en las normas que establecen como se deben liquidar los contratos a término indefinido, en este caso sería un salario que como ya quedó probado, correspondía a \$1.200.000."

## CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S la Sala resolverá los puntos de apelación propuestos a saber: **Parte actora:** i) unidad de contrato. ii) indexación de la condena. **Parte demandada:** i) monto de la indemnización. Comenzaremos por razones de método por el recurso de la parte actora.

### i) De la unidad de contrato

Insiste el recurrente en la declaración de un solo contrato, bajo el argumento de la primacía de la realidad, sosteniendo que no hubo interrupciones entre los contratos.

No obstante, es justamente de la realidad probatoria, con la que pudo la Juez determinar, que no existió ese único vínculo, pues si existieron interrupciones en los mismo lo que se deduce de la documental (contratos y liquidaciones); visible a folios 54 y siguientes.

El primer contrato fue iniciado el 6 de julio de 2012 y su fecha de finalización fue el 31 de diciembre del mismo año. ( fl 61), con un salario de \$704.820; el segundo se inició el 8 de enero de 2013 y finalizó el 31 de diciembre de ese mismo año, siendo importante destacar que el salario fue en ese año de \$1.006.350 (fl 62), el tercero se inició el 7 de enero de 2014 y terminó el 31 de diciembre de ese año con un salario de \$1.022.982.(fl 63); el cuarto aunque inició el 1 de enero de 2015 y finalizó el 31 de diciembre del mismo año, tuvo una variación en el salario, esto es a \$1,068,674; mientras que el quinto se inicia el 12 de enero de 2016 y finaliza el 12 de octubre de ese mismo año; (fl 65).

Es claro que sí hubo interrupciones y variaciones de salario excepto en 2015, y que en ese tiempo no logró el demandante demostrar que prestó servicios, así como tampoco existe prueba de haber sido obligado a suscribir los nuevos y menos aún a recibir las liquidaciones por la que declaró haber finalizado cada uno de ellos. Vale decir que aún en el evento de no existir interrupción ha sido clara la jurisprudencia al sostener que, si en verdad se encuentra que es la voluntad de las partes cambiar el nexo finalizarlo y comenzar otro, no puede

declarase la existencia de uno solo, pues es voluntad de las partes ese pacto, es valido y contrario a lo afirmado por el recurrente no implica renuncia a derechos, pues ellos son liquidados conforme a la ley con la aquiescencia del trabajador y con plena libertad de dar inicio a un nuevo vínculo.

La Sala insiste en que ni una sola prueba existe de la prestación de servicios durante la finalización de los contratos en diciembre y la iniciación de los otros en enero, de manera que así el recurrente insista en que solo existió uno su afirmación no pasa de ser eso una simple afirmación carente de respaldo probatorio, excepto en 2015, lo que no obsta para que en diciembre de ese año finalizara el vínculo comenzando nuevamente **el 12 de enero de 2016**.

En ese orden se pronunció la Juez sobre la continuidad encontrando que no existió en forma acertada y sin que se repite la parte actora pudiese probar lo contrario; por lo que se confirma su decisión.

#### **ii) De la indexación.**

Le asiste razón al recurrente en este aspecto, pues al revisar la demanda es claro que se solicitó el pago de las condenas indexadas, siendo claro que es procedente ordenar el pago de la indemnización, -cualquiera que fuere su monto, pues ello fue lo único cuestionado por la demandada en su recurso-; **indexada al momento del pago**, luego se modificará la sentencia en este aspecto.

Resuelto el recurso de la parte demandante se resuelve el de la demandada.

Aduce el recurrente, como lo hizo desde que contestó la demanda que no fueron 5 contratos sino seis, pues en el último el iniciado el 12 de julio de 2016, se pactó que no se prorrogaría y como el demandante siguió laborando esto fue mediante pacto verbal y mediante un contrato a termino indefinido, luego la indemnización no es la que ordenó a Juez sino de \$1.200.000.

Revisado el contrato que aparece a folio 60 y cuyo termino inicial fue el comprendido entre el 12 de enero de 2016 y el 11 de julio del mismo año; es decir por seis meses; efectivamente en la cláusula octava se consagra: "*la duración del presente contrato es la establecida en este documento y desde ya*

*las partes acuerdan que no será prorrogado. Por consiguiente, el trabajador queda preavisado desde la fecha, en el sentido de aceptar que este contrato no se prorrogará ni renovará total o parcialmente y vencido el término del mismo, **El empleador dispondrá máximo de ocho (8) días para cancelarle su liquidación**". (Resalta la Sala).*

Bien varios aspectos para destacar de la cláusula a saber: i) Las partes no pueden en un contrato pactar cláusulas por debajo de la ley o que desmejoren lo en ella previsto. En ese sentido conviene recordar que el artículo 46 del CST ordena que **"si antes de la de la fecha de vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de ni prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a 30 días, este se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado y así sucesivamente"**. En ese orden el aviso es antes de la fecha de vencimiento; **no en la fecha de suscripción del contrato**; esto es antes del 11 de julio y con una antelación no menor a treinta días de esta fecha, se itera, no en la fecha en la que se suscribe el contrato. ii) Es por lo anterior que el D.R. 1127 de 1991 dispuso expresamente que los contratos cuya duración sea igual o inferior a 30 días no requieran de preaviso (art 1), mientras que los contratos de trabajo cuya duración fueren superiores a 30 sí antes de la fecha de vencimiento con una antelación no inferior a 30 días. iii) Aún aceptando en gracia de discusión que la cláusula supera la ley- que no-; en la realidad en los hechos nunca se aplicó; el **empleador renunció a su aplicación, pues después del 11 de julio permitió que el contrato continuara, es decir en los hechos fue prorrogado**, iv) corrobora esta inaplicación el que no pagó en los términos de la cláusula, la liquidación del contrato, esto es dentro de los 8 días siguientes al 11 de julio; pues de acuerdo con la liquidación, se liquidó el tiempo comprendido entre el 12 de enero de 2016 hasta el 12 de octubre del mismo año; la que claramente titula **" LIQUIDACIÓN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO"** (ver folio 65).

En consecuencia, no hay duda sobre la existencia de un contrato a término fijo inferior a un año, por seis meses inicialmente y prorrogado por seis meses más esto es hasta enero 11 de 2017; y como quiera que terminó el 12 de octubre, sin justa causa, como declaró la Juez, aspecto que no fue objeto de reproche en el recurso, la indemnización no es otra que el tiempo que restaba hasta esa fecha como también concluyó la Juez, razón por la que se confirma la decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia apelada, para **CONDENAR** a la demandada **RACORES Y COMPONENTES METALMECANICOS SAS** a pagar al demandante **OSCAR IVAN OSPINA SUAREZ** la suma de \$3.560.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada al momento del pago, de conformidad con los señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-531-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: ELIZABETH VARGAS RINCÓN  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora Johanna Alexandra Duarte, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de marzo de 2020.

**ALEGACIONES**

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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

### **ANTECEDENTES**

La señora ELIZABETH VARGAS RINCÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la entonces BBVA hoy Porvenir S.A., al promover su traslado del ISS a dicho fondo, la asesoró de manera errada e inadecuada, sin señalarle las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen; como consecuencia de tal declaración, peticona se decrete la nulidad de dicho traslado efectuado el 4 de marzo de 2003, se ordene a Porvenir a trasladarla al RPM, junto con los aportes rendimientos de los mismos efectuados por ella y se ordene a Colpensiones a aceptar su traslado. (fls. 3 y 4).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 5 mayo de 1963, por lo que actualmente cuenta con 55 años de edad, que empezó a cotizar para el ISS en el mes de agosto de 1981 y el 4 de marzo de 2003, se trasladó al RAIS por intermedio de BBVA Horizonte, hoy Porvenir S.A., sin contar con una asesoría adecuada y profesional, omisión que la indujo a creer que dicho traslado no tendría incidencia en su situación pensional, que actualmente se encuentra afiliada a la administradora en mención y ha cotizado al sistema general en pensiones un total de 1476 semanas.

Afirma que antes de alcanzar la edad de los 47 años, no recibió por parte de Porvenir S.A, asesoría en cuanto a que podía regresar al RPM, razón por la cual, quedó inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, que el 13 de junio de 2018, solicitó ante Colpensiones traslado al régimen que esta administra, petición que le fue negada; de igual forma, solicitó ante Porvenir S.A., le informaran cuál sería el valor de su mesada pensional para el año 2018, a lo que esta le indicó que a la edad de 57 años, su mesada ascendería a \$2.440.800, que de pensionarse en el RPM, su mesada pensional conforme su IBL, ascendía a \$11.176.605, situación que sin duda le resulta notablemente perjudicial, ello producto de no haber sido asesorada en debida forma al momento de su traslado. (fl. 4 a 6).



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, a 3, 5, 9, 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 87).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 2, 4, 10 y 11, manifestó no constarle los No. 3, 6, 9, 10 y 13 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa. (fl. 111).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante el 4 de marzo de 2003 a través de Porvenir S.A., declarando como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones, condenó a Porvenir a trasladar a órdenes de Colpensiones los aportes pensionales, con todos sus frutos y sin efectuar deducción alguna por concepto de gastos de administración, condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las entidades demandadas. (fl. 198)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

*El problema jurídico a resolver dentro del presente trámite se centra en determinar si resulta nulo el traslado de la afiliada del RPM al RAIS, ante la supuesta omisión de la AFP Porvenir s.a. en su deber de información. Lo primero que debe indicarse es que se encuentra acreditado en el proceso que la señora Elizabeth Vargas rincón se vinculó al ISS el día 11 de agosto de 1981, donde cotizó 692 semanas. Y que el 30 de septiembre del año 2004, suscribió el formulario denominado solicitud de vinculación o traslado de porvenir s.a., información que se colige de la documental que reposa en el folio 42 y 119 del plenario. Preciado lo anterior, debe señalarse que le corresponde a la AFP Porvenir s.a. por ser la entidad que absorbió a la AFP Horizonte s.a. tras la fusión hecha en el*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

año 2013, la encargada de probar en qué circunstancia se hizo el ofrecimiento a la aquí demandante, las condiciones en las que se le otorgó el traslado del régimen, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema ha sido pacífica y reiterada al indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual le haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia, se resalta no sólo lo favorable sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, e incluso si fuera el caso en desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la nulidad del traslado, tal como lo ha señalado la corte, entre otras en las sentencias SL12136 de 2014 y las sentencias SL1421, 1452, 1688 y 1689, todas del año 2019.

Teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, debe indicar esta juzgadora que en el plenario no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido una información por parte de la AFP Horizonte, hoy Porvenir s.a., esto es, sobre las ventajas y desventajas que conllevaba su cambio de régimen pensional al momento de ser acogida como afiliada. Así, la demandante al absolver el interrogatorio de parte refirió en una reunión general hecha al personal de la empresa, el asesor les brindó una información somera sobre los requisitos pensionales, y contrario a ello, hizo énfasis en los supuestos beneficios del traslado y la crítica situación económica del ISS, insistiendo que la mejor opción era que se trasladara ese fondo privado. Pues bien, los medios de convicción aportados al proceso, analizados en conjunto permiten colegir que la AFP horizonte, hoy Porvenir, no acreditó haber suministrado una información clara, precisa y detallada a la aquí demandante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión en su deber de información, en efecto, tal entidad no allegó prueba alguna con la que se demuestre que al momento de acoger como afiliada a la señora Vargas Rincón, el asesor de la época le hubiese efectuado una simulación o proyección a futuro o un cuadro comparativo de la pensión de vejez que podría recibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que pueden llevar a concluir que cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada, a fin de realizar un traslado de régimen pensional. Y es que si bien en los folios 48 a 54 obra simulación pensional efectuada por la demandada Porvenir s.a. a la aquí demandante el día 18 de junio de 2018, debe advertir el despacho, que tal documento no resulta idóneo ni pertinente para acreditarse que al momento del traslado del régimen de la señora Vargas, esta hubiese recibido tal información. Pues nótese que dicho cálculo fue realizado luego de o mas de 10 años de estar afiliada la demandante en el RAIS; luego no es dable que con dicha documental se pueda tener como subsanada la omisión de la AFP encartada en su deber de información, misma situación ocurre con los comunicados de prensa que fueron arriados a folios 124 y 125 del expediente, pues tampoco tienen la capacidad de acreditar que la demandante al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen contaba con el pleno conocimiento de las implicaciones que le acarrearía tal decisión, lo anterior como quiera que la validez de la información suministrada se debe juzgar al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la sentencia SL1688 de 2019.

Ahora, aun cuando a folio 39 milita el formulario de afiliación de la AFP horizonte en cuya parte inferior se consignó la voluntad de afiliación, allí se lee lo siguiente: hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, he sido asesorado sobre las implicaciones de regímenes especiales, sobre el régimen de transición en caso de pertenecer al mismo. Lo cierto es que este no resulta ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se la haya proporcionado toda información del traslado a la señora Elizabeth Vargas, que se reitera son las ventajas y desventajas del mismo, pues conforme lo ha señalado la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, dicha circunstancia a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado. En este punto cabe recordar que cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada, en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse un régimen pensional a otro, pues lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme las reglas establecidas para el régimen pensional en aras de construir su derecho. Así las cosas, pese a que en el formulario de vinculación se plasmó la firma como aceptación de lo allí contenido, no es menos cierto que la AFP encartada no cumplió con su deber de proporcionarle a la afiliada una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar su anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Por lo que no queda mas sino declarar la nulidad de la afiliación de la aquí demandante al RAIS, realizado el día 4 de marzo de 2003, a través de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Horizonte s.a., hoy Porvenir s.a. Declaración que trae como consecuencia la invalidación del movimiento entre administradoras del RAIS, por lo que se deberá entonces disponer el regreso automático de la accionante al RPM administrado hoy por Colpensiones. En consecuencia, la AFP Porvenir s.a. deberá trasladar todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Elizabeth Vargas rincón, a Colpensiones, entidad ultima que deberá activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral.

Las excepciones, teniendo en cuenta las consideraciones dadas a lo largo de esta sentencia, se deberán declarar no probadas. Los medios exceptivos propuestos por las administradoras demandadas, donde se incluye la de prescripción, puesto que la de nulidad del traslado al régimen pensional no está sometido al término trienal que rige en materia laboral por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible, sin que de este modo resulte acertado dar aplicación a la prescripción de la acción rescisoria contenida en la legislación civil. Las costas, dando aplicación al artículo 365 del código general del proceso, las costas de esta instancia serán a cargo de las demandas por resultar vencidas en juicio, haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda y presentar medios exceptivos a su favor.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada **Colpensiones**, indicó:

*Me permito interponer recurso de apelación contra su sentencia, solicitándole al tribunal revocar en su totalidad la sentencia, absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas, en cuanto no se probó dentro del proceso técnicamente algún vicio del consentimiento.*

La demandada **Porvenir**, indicó:

*El objeto es que se revoque el numeral 1 de la sentencia por usted proferida, y en consecuencia el numeral 2, la materia del recurso es específicamente la nulidad del traslado de régimen pensional, pues como fue indicado en los alegatos de conclusión y como es evidente durante todo el desarrollo de la litis, no se demuestra en ningún evento que el traslado de régimen pensional haya estado viciado por alguno de los vicios del consentimiento previstos por el código civil, y en este sentido es preciso señalar que mi representada siempre brindó la información suficiente y necesaria para que la demandante entendiera las condiciones, características y consecuencias de efectuar el traslado del régimen pensional, como también es preciso señalar que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, como también que al momento de efectuarse la afiliación, las administradoras de fondos de pensiones no se encontraban en la*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*obligación de documentar la información brindada por los asesores comerciales, téngase en cuenta honorables magistrados, que la información se brindaba de forma verbal y para el momento de la afiliación no se contaba con medios magnéticos para grabar la información brindada, a su vez también es preciso indicar que como en el formulario de afiliación consta, la afiliación se dio de forma libre, voluntaria y completamente informada, respecto de las condiciones, características y consecuencias del traslado de régimen pensional, también le solicito a los honorables magistrados que se tenga en cuenta que para el momento de la afiliación no existía el deber de buen consejo, la doble asesoría, generar comparaciones entre uno y otro régimen, al igual que proyecciones pensionales, pues esta solamente nacieron con el decreto 2555 de 2010, normativa que no tiene carácter de retroactivo como tampoco le era aplicable a mi representada al momento de hacerse el traslado de régimen pensional, y en este sentido, también es preciso señalar que la demandante de forma continua decidió permanecer en el RAIS, ejercer el pago de los correspondientes aportes y en este sentido, la demandante se puede colegir que en este encontraba el régimen más beneficioso para sus intereses. A su vez, también es preciso señalar que durante todo el tiempo de su afiliación le han asistido las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ELIZABETH VARGAS RINCÓN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 4 de marzo de 2003, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 39 y 119 del plenario allegada por la parte demandante y demandada Porvenir S.A.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen pensional, 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; en las que 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. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN 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.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Porvenir S.A. en sus alegaciones, **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.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Elizabeth Vargas Rincón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2003; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., entonces Horizonte Pensiones y Cesantías a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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)*

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se tiene que no es de recibo la afirmación de Porvenir tanto en sus alegaciones como en recurso respecto a que se le brindó la información pertinente a la actora al momento de su traslado y de ello da cuenta el formulario de afiliación, pues como bien lo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la simple suscripción del formulario, no implica el cumplimiento de dicho deber de información, como quiera que no contiene datos relevantes respecto de la situación pensional de cada afiliado en particular.

De igual forma, contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que sí le correspondía probar el suministro de dicha información a la señora Vargas, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por las demandadas en sus recursos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró 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.*

Ahora, en cuanto al argumento de Porvenir según el cual, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ello no es óbice para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

*“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

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

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2003**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **modificar** el numeral primero de la decisión de primer grado en cuanto a que como se señaló en aparte pertinente cuando se alega la falta de información como ocurre en este caso, la figura que tiene lugar es la **ineficacia**, debiéndose modificar la sentencia en tal sentido.

Finalmente, 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

**Sin costas** en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora ELIZABETH VARGAS RINCÓN al RAIS, en el año 2003.

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

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

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 28201800531-01 Dte: ELIZABETH VARGAS RINCÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY  
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 30-2019-433-01  
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA  
DEMANDANTE: JOSÉ YAMIL CHARRY  
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 de recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito.

**ALEGACIONES**

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

**ANTECEDENTES**

El señor JOSÉ YAMIL CHARRY, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la

demandada al reconocimiento y pago de mesada pensional No. 14, a partir del 1 de junio de 2014, fecha en que suspendió el pago de la misma, junto con intereses moratorios e indexación. (fl.23).

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró con el BCH, desde el 1 de marzo de 1972 al 25 de junio de 1997, que su empleador le reconoció pensión de vejez a partir del 26 de junio de 1997, en cuantía inicial de \$668.828.83, que el BCH, procedió a conmutar las pensiones que tenía a su cargo al ISS hoy Colpensiones, entidad que mediante resolución GNR 347554 del 2013, asumió el pago de la pensión que era pagada por el BCH en el 100%, la que fue reconocida a partir del 9 de diciembre de 2013, en cuantía de \$1.770.304, suspendiendo esta entidad el pago de la mesada 14, que venía devengando y la que percibió por aproximadamente 16 años.

Afirma que el 13 de mayo de 2019, solicitó ante la demandada reconocimiento y pago de la mesada 14, la que le fue negada por esta. (fls. 23 y 24).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 7, 8 y 11 a 13, negó el No. 9 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción. (fl.37).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento CONDENÓ a la demandada a reconocer al demandante la mesada pensional a partir del mes de junio de 2014 y en adelante, junto con incrementos, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas de junio de 2014 y 2015, condenó a la demandada a pagar por concepto de retroactivo de dichas mesadas la suma de \$10.937.754, causadas desde junio de 2016 a junio de 2020, junto con intereses moratorios y condenó en costas a la demandada. (fl.39).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había discusión respecto a la normatividad aplicable en cuanto al reconocimiento

pensional del actor, toda vez que la demandada había reconocido este bajo los parámetro del régimen de transición, en virtud del Acuerdo 049 de 1990 y por virtud de la figura de conmutación pensional como se observaba de acto administrativo proferido por esta en el año 2013; por lo que conforme al acta de conciliación suscrita entre el BCH y el actor, se había estipulado que el primero le reconocería una pensión de origen voluntaria, la que pagaría sólo hasta que el ISS, reconociera pensión de vejez, consagrándose igualmente en dicha acta que si el ISS, reconocía una mesada de menor valor a la allí prevista, el BCH, no tenía la obligación de reconocer mayor valor alguno, de igual forma, señalaba la documental en comentario que igualmente el BCH indicó que la pensión que pagaría era de manera voluntaria a partir de 1997 y hasta que el ISS le reconociera derecho pensional al actor.

Señaló que había quedado claro que el actor alcanzó los 60 años de edad en el año 2012, que el BCH había asumido el pago de aportes pensionales luego de la desvinculación laboral del actor y Colpensiones había reconocido a partir 10 de julio de 2012 pensión a favor del actor con fundamento en el régimen de transición, teniendo en cuenta las más de 2000 semanas cotizadas por este, previendo igualmente la conmutación pensional efectuada para el caso del actor, pensión de la que disfrutaba desde el año 2004, que del acto administrativo de reconocimiento pensional efectuado por la demandada se determinaba que sólo había ordenado el pago de la mesada adicional de diciembre de cada año y de igual manera obraba acto administrativo mediante el cual, se había reliquidado la prestación reconocida por la demandada al actor.

Refirió el que la mesada 14 se encontraba prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, que igualmente el Acto Legislativo 01 de 2005, preveía que a partir de la expedición del mismo, los pensionados sólo podían percibir 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes percibieran una pensión igual o inferior a 3 SMLV, si la misma se causaba con anterioridad del 31 de julio de 2011 y como quiera que el actor causó el derecho pensional para el año 2012, como lo indicaba la demandada en acto administrativo de reconocimiento pensional, en virtud de tal disposición fue que esta entidad no le reconoció la mesada No. 14; sin embargo dicha disposición contrastada con lo previsto en el artículo 58 de la CP, en el cual se consagró que se garantizaban los derechos adquiridos que no podían ser desconocidos por

norma posteriores, es decir, el AL 01 de 2005, no afectaba los derechos adquiridos con anterioridad al 31 de julio de 2011, derechos que habían sido objeto de amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional.

Y al revisar el material probatorio recaudado se tenía que el demandante había sido acreedor de la conmutación pensional mucho antes de la expedición del Acto Legislativo en comento, motivo por el cual, tal beneficio se encontraba dentro del grupo de los derechos adquiridos, que igualmente la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, había indicado que la conmutación pensional procedía para las pensiones legales y convencionales y mediante tal figura el ISS, podía sustituir a las empresas en el pago de dicha pensiones junto con sus derechos accesorios.

Razón por la cual, no era de recibo la afirmación de la demandada en cuanto a que los derechos pensionales del actor con el BCH, se habían extinto una vez esta reconoció la prestación, pues la mesada 14, era un derecho adquirido del actor por virtud de la figura de la conmutación y por ello permanecía vigente en el tiempo, por lo que se condenaría a la demandada a reconocer dicha mesada y en cuanto a los intereses moratorios afirmó que los mismos se causaban por la tardanza en el reconocimiento pensional y para el caso del actor se le había reconocido pensión con fundamento en la transición y por integración normativa de la Ley 100 de 1993, procediendo su reconocimiento para el caso del demandante por cuanto el artículo 141 de dicha Ley, los regulaba en caso de mora en el pago de mesadas pensiones y respecto al término con que cuentan las entidades para decidir el reconocimiento pensional de vejez, era de 4 meses; que la parte demandante había reclamado en junio de 2012 reconocimiento de derecho pensional y la mesada 14 se echaba de menos desde julio de 2014, pero la solicitud elevada a este respecto ante la demandada, databa del 13 de mayo de 2019, por lo que la entidad contaba con 6 meses luego de elevada dicha solicitud para responder a la misma, los que vencieron el 13 de noviembre de 2019, siendo a partir de esta fecha respecto de la cual se debían reconocer los intereses moratorios sobre el retroactivo de la mesada 14.

En cuanto a la excepción de prescripción indicó que el derecho pensional no prescribía, sino las mesadas no reclamadas dentro del término trienal; siendo que la mesada pensional solicitada, se había causado en junio de 2014 y se

había reclamado en mayo de 2019, habiéndose presentado la demanda el 17 de junio de 2019 y superándose los términos previstos en los artículos 488 CST y 151 del CPTSS, estando llamada a prosperar la excepción bajo estudio como quiera que la mesada reclamada, no se solicitó dentro del término trienal estando prescritas las causadas con anterioridad al 13 de mayo de 2016, absolvió de la pretensión encaminada al reconocimiento de indexación como quiera que se había condenado al reconocimiento de intereses moratorios.

### **APELACIÓN DEMANDADA**

Apeló esta parte, indicando que la prestación del demandante se había reconocido para el año 2013 y a partir del 2012, que tal pensión se había reconocido con posterioridad a la entrada en vigencia del AL 01 2005, por lo que no le asistía al actor el derecho de reconocimiento a la mesada 14, como quiera que su derecho pensional se había causado con posterioridad al 31 de julio de 2011, situación que no era la del actor, pues adquirió status pensional a partir del 10 de julio de 2012, estando abolida para dicha data la mesada 14 y si bien venía devengando una pensión por parte de su empleador esta era voluntaria y el ISS no tenía por qué sufragarla en los mismos términos.

### **CONSIDERACIONES**

Procede estudiar en apelación como en consulta a favor de la demandada si como lo señaló el juzgador de primer grado, al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional No. 14.

No fue objeto de reparo que el actor disfrutaba de pensión concedida por el BCH, la que tenía el carácter de voluntario y temporal, como se observa de acta de conciliación visible a folio 4 del plenario, la que sería pagadera hasta cuando el ISS asumiera el pago de la pensión legal de vejez, cuyo trámite estaba a cargo del actor, igualmente, como lo señaló el juez de primer grado, se previó en dicho acuerdo conciliatorio que en caso que el ISS, le reconociera una mesada pensional inferior, el Banco no se obligaba a reconocer diferencia alguna, debido al carácter voluntario de la prestación que estaría a su cargo de manera temporal, de igual forma de tal documental se determina que la pensión allí reconocida, poseería el carácter de **temporal**.

Conforme lo anterior, y contrario a lo manifestado por el juzgador de instancia y por la parte demandante en sus alegaciones los términos en que el BCH reconocería el derecho pensional al actor, no constituyen derecho adquirido alguno, pues claramente se pactó por las partes que dicha prestación, su monto y derechos accesorios, ostentarían el carácter de temporal y en virtud a aquella temporalidad, se pagaría **única y exclusivamente** hasta cuando el ISS, le reconociera pensión de vejez o invalidez, lo que ocurrió a través de resolución GNR 347554 del 9 de diciembre de 2013 (fl. 10), en la que Colpensiones si bien abordó la cuestión de la conmutación, dejó expresado con claridad que el actor acreditaba el cumplimiento de los requisitos **legales** para acceder a pensión de vejez, la que le concedió a partir del 1 de diciembre de 2013 y en virtud de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no habiéndose obligado el BCH con el actor al pago de la mesada 14, posterior a su reconocimiento por el ISS, en tal sentido se refirió la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 67759 del 24 de julio de 2019, M.P. Rigoberto Echeverri, oportunidad en que concluyó en un caso similar:

*De igual forma, se precisa que tampoco se desconoció que el ISS, en virtud de la citada conmutación, pagó las mesadas que restaban de la pensión anticipada de vejez en los términos que el BCH la concedió, es decir, incluyendo la respectiva mesada catorce, pues nótese que el recurrente en el escrito inicial expresó que ese derecho accesorio solo le fue suspendido en octubre de 2008, una vez el ISS le otorgó la pensión legal de vejez y, por eso, es que incoa su pago a partir de esa fecha.*

**Ahora, es de anotar que cuestión distinta es la que atañe a la prestación otorgada por el ISS mediante la Resolución n° 049893 del 29 de octubre de 2008, modificada por la n° 006591 de 23 de febrero de 2009, pues, como se dijo, aquella es de orden legal y le fue concedida a la actora en atención al cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no en virtud de la conmutación pensional realizada con el BCH.**

**De esta manera, desacierta la censura al estimar que los derechos accesorios con que se reconoció el derecho pensional por parte del Banco tuviesen que mantenerse en la pensión legal de vejez del ISS, pues, se itera, esta última prestación se causó de manera posterior, independiente y bajo presupuestos normativos distintos a los derivados del acuerdo conciliatorio y a la conmutación pensional y, por tanto, aspectos como el relacionado con la mesada catorce debían regirse por lo dispuesto para la época en que la demandante reunió los requisitos (octubre de 2008). En ese orden, tampoco erró el juez de apelaciones al referir que a la fecha en que la actora causó la pensión legal de vejez, el goce de la mesada catorce se había limitado, en razón a la reforma introducida por el A.L 01 de 2005, y solo las pensiones que no superaban los 3.s.m.l.m.v tenían derecho a percibirla, caso que no era el suyo. (Negrilla fuera del texto original)**

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita y como lo indica la entidad demandada en su recurso y alegaciones no era de su resorte, seguir pagando al actor la mesada 14, en tanto este no tenía derecho a la misma conforme la normatividad bajo la cual se le reconoció pensión legal, como en efecto lo señala la recurrente, como quiera que no ofreció reparo que el actor causó su derecho pensional el 10 de junio de 2012, data para la cual, alcanzó los 60 años de edad y ya contaba con más de 2000 semanas cotizadas, como se determina de acto administrativo de reconocimiento pensional antes mencionado, razón por la cual, en su caso el derecho a obtener la mesada 14 ya se encontraba sujeto a las previsiones del párrafo transitorio 6, artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, que conservó el derecho a la mesada adicional bajo estudio únicamente para quienes hubieran adquirido status pensional con anterioridad al 31 de julio de 2011, caso que como se vio, no es el del actor.

Es así como no habiendo pacto alguno conforme el cual el BCH, se obligara al pago de la mesada No. 14 y habiendo quedado probado que el reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones, fue independiente al efectuado por el BCH y bajo los parámetros **legales**, los que le impedían reconocer dicha mesada adicional, se **revocará** la decisión de primer grado para en su lugar ABSOLVER a la entidad demandada de toda las pretensiones invocadas en su contra.

Sin costas en esta instancia, las de primer grado, a cargo del demandante.

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión de primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a la entidad demandada de toda las pretensiones invocadas en su contra por el señor JOSÉ YAMIL CHARRY, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, las de primer grado a cargo del demandante.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



**LORENZO TORRES RUSSY**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



Departamento Cundinamarca  
**TRIBUNAL SUPERIOR**  
Distrito Judicial de Bogotá  
**SALA LABORAL**

**Rad. 17 2017 585 01**

**DTE: TERESA DE JESUS ARCHILA GALVIS**

**DDO: COLPENSIONES - FONDO DE PRESTACIONES  
ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP**

**ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**MAGISTRADA PONENTE**

**MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA**

Conoce esta Corporación, el fallo proferido por el Juzgado 17 laboral del Circuito, dada la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

**ALEGATOS**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

### SENTENCIA

La señora **TERESA DE JESUS ARCHILA GALVIS** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **COLPENSIONES y el FONCEP, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare la compatibilidad entre las dos pensiones reconocidas: la pensión de vejez que percibe por COLPENSIONES y la pensión sanción decretada por la sentencia judicial proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá.** Que se condene a la demandada FONCEP a reliquidar la primera mesada pensional de la pensión sanción aplicando el IPC al salario devengado en el último año de servicios desde la fecha del retiro de la EDIS hasta la fecha del cumplimiento de la edad para la pensión a los 60 años de edad, al pago de las diferencias pensionales y a la inclusión en nómina.

Que se condene a la demandada COLPENSIONES a MODIFICAR la resolución No. 048399 del 21 de octubre de 2009 expedida por el ISS que reconoció la pensión por aportes y se ordene a COLPENSIONES a reliquidar su pensión a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1990, ya que contaba con más de 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Que se condene a la demandada COLPENSIONES, a reintegrar el bono pensional girado por el Distrito a través del FONCEP, al pago de los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1.993, las costas y agencias en derecho.

**Como pretensión subsidiaria y en el evento en que no se decrete la compatibilidad pensional, solicita se ordene reconocer, liquidar y pagar las diferencias pensionales que surjan entre el mayor valor entre las dos pensiones, mes a mes y la indexación de las sumas. (fl.-109)**

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que:

- Que prestó sus servicios a la EDIS, desde el 6 de febrero de 1.981 hasta el 14 de junio de 1.994.
- Que mediante sentencia judicial de fecha 22 de junio de 1.999, el Juzgado 13 Laboral del Circuito obtuvo el reconocimiento y pago de la pensión sanción prevista en el art. 8 de la ley 171 de 1.961, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá.
- Que la demandada FONCEP mediante resolución No. 000027 del 24 de mayo de 2013 se abstiene de dar cumplimiento al fallo en mención.
- Que es beneficiaria del régimen de transición y realizó aportes a entidades privadas desde el 25 de noviembre de 1.973 hasta el 31 de agosto de 2008, acreditando un total de 907,14 semanas de las cuales 667 semanas fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión.
- Que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue concedida mediante resolución No. 048399 del 21 de octubre de 2009, dando aplicación a la ley 797 de 2003, a partir del 1 de septiembre de 2008, en cuantía del mínimo legal.
- Que solicitó ante COLPENSIONES la reliquidación de la pensión de vejez a la luz de lo normado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y en consecuencia se devuelva el bono pensional al Foncep, así como también, se declare la compatibilidad de las pensiones reconocidas.
- Que la anterior petición fue negada por la demandada COLPENSIONES, mediante varios actos administrativos. (fl.- 107-108)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Una vez notificada en debida firma la demandada COLPENSIONES, procedió a dar contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda, en la que acepta los hechos enlistados en los numerales 1, 2, 4, 5, 11, 13, 14 y 16 a 25, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó cosa juzgada, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración al derecho al pago de IPC, intereses moratorios y carencia de causa para demandar. (fl.-144-155)

Por su parte la demandada FONCEP, se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos, acepta los enlistados en los numerales 2, 4, 5, 7 a 12, 23 y 26, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó imposibilidad de acatamiento al fallo proferido por el Juzgado 13 laboral del Circuito, incompatibilidad entre la pensión sanción y la pensión de jubilación, indebida financiación de la pensión sanción y la pensión de jubilación, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de factores salariales e improcedencia de los intereses moratorios. (fl.-170-183)

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia de fecha 13 de noviembre de 2019, el juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, se resolvió:

1. *“Declarar probadas las excepciones de cosa juzgada y de prescripción propuestas por Colpensiones, en relación con las pretensiones ya señaladas y no probadas las de inexistencia del derecho e incompatibilidad de la pensión sanción y pensión de vejez, hago la precisión, de acuerdo con las razones expuestas.*
2. *Ordenar a Colpensiones efectuar el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante con base en el acuerdo 049 aprobado por el decreto 758 de 1990, tomando para el efecto únicamente las semanas cotizadas por la afiliada con empresas privadas y como trabajadora independiente, entre el 25 de noviembre de 1973 y el 1 de diciembre de*

- 1977, y entre el 8 de septiembre de 1994 y el 31 de agosto de 2008. Lo anterior por las razones expuestas.
3. Declarar que la pensión que debe reconocer el foncep, pensión sanción que debe reconocer el foncep por orden de sentencia judicial proferida por el juzgado 13 laboral del circuito de esta ciudad y la pensión legal reconocida por Colpensiones son compatibles según las consideraciones precedentes.
  4. Condenar al foncep a reconocer la indexación de la base de la primera mesada de la pensión sanción impuesta al distrito capital junto con los reajustes anuales y el retroactivo general.
  5. Ordenar a Colpensiones reintegrar al distrito capital el bono pensional girado por el foncep para que esta entidad subsidie la pensión sanción que se ordenó reconocer a favor de la demandante y proceda a su pago.
  6. Declarar que la pensión sanción ordenada al foncep y la de vejez legal a cargo de Colpensiones deberán ser compartidas, asistiéndole al foncep la obligación de pagar el mayor valor si lo hubiere pero a partir del cumplimiento de los 60 años por parte de la demandante, es decir, desde el 10 de diciembre de 2012.
  7. Absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.
  8. Condenar en costas a las demandadas y se dispone que por secretaría se practique la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1.000.000 moneda corriente.
  9. Se dispone la consulta a esta sentencia a favor de Colpensiones. Remítase el expediente al superior para que se surta la consulta”

El juez a quo fundamentó la sentencia en los siguientes términos:

*“Para empezar resulta importante mencionar que el gobierno nacional a través del decreto 2013 de 2012, dispuso la supresión y posterior liquidación del instituto de seguros sociales, pero dejó a cargo de Colpensiones el manejo del régimen de prima media con prestación definida, esta entidad recordemos, fue creada por la ley 1151 de 2007, como una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional, luego se modificó su naturaleza jurídica a través del decreto 4921 de 2011 y quedó organizada como entidad financiera de carácter especial vinculada al ministerio del trabajo y posteriormente a través del decreto 2011 de 2012 se dispuso su entrada en operación como nueva administradora del régimen de prima media con prestación definida. Por su parte, el fondo de prestaciones económicas, cesantías y pensiones Foncep, de conformidad con el artículo 60 del acuerdo distrital 257 de 2006, es un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito a la secretaria de hacienda del distrito y actúa en representación judicial de*

Bogotá D.C. Lo anterior se menciona para resaltar que al tenor del artículo 6 del código procesal del trabajo y la seguridad social, la demandante debió agotar el requisito de procedibilidad previsto en esa norma, actuación que se advierte debidamente cumplida conforme se corrobora con las documentales de folios 49 a 53 y 57 a 61. Sentado lo anterior se procede a plantear los problemas jurídicos a que se contrae esta controversia del trabajo y que consiste **en primer lugar en analizar el instituto de la cosa juzgada respecto de la pensión sanción, teniendo en cuenta que fue alegada de manera oportuna por las demandadas. También se analizará la procedencia de ordenar la indexación de la base de la primera mesada pensional ordenada de esa pensión sanción, analizar la compatibilidad pensional y determinar si hay lugar a la reliquidación o al reconocimiento de la prestación pensional de vejez de orden legal aplicando el acuerdo 049 de 1990, que es la norma que invoca en su favor la demandante.** Así entonces y en aras de avanzar en las respuestas a los problemas jurídicos propuestos, en primer lugar, se referirá el despacho a la cosa juzgada, propuesta oportunamente por las demandadas.

Tenemos entonces que los argumentos expuestos por el distrito capital a través de su vocera judicial, en su contestación, y de la resolución SP0027 emitida el 24 de mayo de 2013, que se puede revisar entre folios 38 a 41, se evidencia que a la señora Archila Galvis no le fue pagada la pensión sanción ordenada en sentencia judicial proferida por el juzgado 13 laboral del circuito de esta ciudad, en sentencia dictada el día 22 de junio de 1999 y confirmada el mismo año por la sala laboral del tribunal superior el día 11 de agosto. El argumento o la negativa del Foncep para pagar la prestación pensional que le fue impuesta en virtud de la condena judicial, es que Colpensiones le había reconocido ya una pensión de vejez, encontrándose entonces un impedimento de carácter constitucional que conllevaba a la imposibilidad jurídica de pagar esa prestación pensional. Ahora bien, revisado el expediente se observa que una de las pretensiones de la actora versa precisamente sobre el reconocimiento y pago de la pensión sanción a cargo de Bogotá D.C. y como quiera que la codemandada foncep propuso la excepción de cosa juzgada y que esta excepción se trasladó para ser decidida en la sentencia, es este el momento para entrar a efectuar el análisis correspondiente. Pues, recordemos que de encontrarse demostrados los supuestos de esta excepción, ello haría imposible jurídicamente el pronunciamiento respecto a esta pretensión. Así entonces al remitirnos a las documentales que obran a folios 11, 18 y 19 a 32, aportadas con la demanda, de tal conjunto de piezas probatorias se extrae que el juzgado 13 laboral del circuito de Bogotá, por sentencia proferida el 22 de junio de 1999, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión

sanción a la demandante, y a cargo de Bogotá d.c., obligación luego asumida por el foncep, en razón a las facultades a esta entidad atribuidas. Decisión que luego fue confirmada por la sala de decisión laboral del honorable tribunal superior de este distrito judicial, en sentencia dictada el 11 de agosto de 1999. Por lo anterior, recordemos brevemente que el instituto procesal de la cosa juzgada establece que la sentencia ejecutoriada tiene tal efecto siempre que el objeto sea el mismo, se funde en la misma causa y haya identidad jurídica de partes, y se encuentra consagrado a su vez en el artículo 303 del código general del proceso, norma que resulta aplicable a esos contenciosos del trabajo. En efecto, esa disposición señala que la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que la anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. En efecto la ley buscando evitar que se puedan emitir decisiones contradictorias y para impedir el sucesivo replanteamiento de los litigios, dota a ciertas sentencias judiciales y algunas decisiones administrativas del carácter de cosa juzgada, entendida como la consecuencia de ser inmutables, vinculantes y definitivas, lo que implica tener como cierta la resolución adoptada en un proceso o tramite anterior. Tales efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico, en procura de que las controversias sometidas a su decisión, terminen de manera definitiva y dar así vigencia al principio de la seguridad jurídica que reclaman los ciudadanos que acuden al aparato judicial en procura de satisfacer sus pretensiones. Sobre este tema, recordemos además que de acuerdo con la interpretación que ha dictado la jurisprudencia para que se configure la cosa juzgada se deben reunir 3 elementos esenciales como son: una identidad de causa pretendi, es decir, la demanda y la decisión que hizo transito a cosa juzgada debe tener los mismos fundamentos o hechos como sustento, cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen la cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa, también exige una identidad de partes, es decir, que al proceso nuevo deben concurrir los mismos sujetos e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.

Descendiendo al caso bajo examen y al revisar las pretensiones de esta demanda, atinentes al reconocimiento y pago de la pensión sanción, se advierte entonces sin dificultad que la actora instauro acción similar en procura de que por los tramites de un proceso ordinario se dispusiera el reconocimiento y pago a su favor de la denominada pensión sanción a cargo de Bogotá D.C. y en esa medida, como ya se advirtió, esa pensión

sanción obtuvo eco favorable ante el juzgado 13 laboral del circuito de esta ciudad, que en su decisión dispuso el reconocimiento a su favor de esa pensión sanción, resulta de esa manera evidente entonces que estamos frente a los elementos que configuran la cosa juzgada, como son identidad de causa, de objeto y de partes, lo cual representa un impedimento para este juzgador en volver a analizar las circunstancias que dieron lugar a la controversia, pues por seguridad jurídica y para evitar el planteamiento indefinido de la misma situación, la decisión adoptada en ese juzgado tiene carácter definitivo, es decir, de cosa juzgada, perimiéndose de esa manera la inmutabilidad de las decisiones proferidas en ese proceso ordinario laboral de primera instancia que incluso llegó a conocimiento del superior que en su decisión también confirmó la condena impuesta a Bogotá d.c. por tanto y encontrándonos frente a los supuestos de cosa juzgada se declarará probada esa excepción por lo menos frente a la pretensión de la pensión sanción. Siendo del caso anotar que el cumplimiento de la sentencia judicial que ordenó el reconocimiento y pago de esa pensión sanción debe buscarlo la demandante a través de la vía ejecutiva y no planteando en este escenario ordinario otro proceso igual o similar al que ya se ventiló ante el juez 13 laboral del circuito de esa ciudad. En consecuencia y en relación con la pensión sanción, se declarará la cosa juzgada.

*Pensión de vejez.* Pretende la demandante que se ordene a Colpensiones modificar la resolución de reconocimiento de su pensión de vejez con el fin de que se aplique para el reconocimiento el acuerdo 049 aprobado por el decreto 758, ambos de 1990. Pues bien, remitiéndonos a folio 5 a 10 del expediente, encontramos la resolución 48399 proferida el 21 de octubre de 2009 por el extinto instituto de seguros sociales, en esa resolución esa entidad le reconoció a la demandante una pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2008 en cuantía inicial de \$461.500, es decir, el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente de ese año. Revisada además la resolución se puede constatar que el reconocimiento se hizo aplicando la ley 797 de 2003 por medio de la cual introdujeron modificaciones al sistema general de pensiones que había sido contenido en la ley 100 de 1993, por ello, para efecto de que se pueda dar prosperidad a lo pretendido por la demandante que es en síntesis que se disponga reconocimiento de su pensión en aplicación del acuerdo 049, como ya se indicó, se hace necesario establecer varios supuestos. Entre estos si la demandante mantuvo la condición de beneficiaria del régimen de transición que a su vez previó la ley 100 de 1993. Deberá determinarse además si la demandante logra reunir la densidad mínima de semanas exigidas en ese acuerdo del instituto de seguros sociales para acceder a su pensión y determinar cuando cumplió la edad y si se dan entonces

esos supuestos. Por lo anterior y revisadas las documentales obrantes es del caso recordar que la demandante nació el 10 de diciembre de 1952, lo que significa que para abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la ley 100 de 1993 tenía 41 años de edad. Ahora, conforme al parágrafo transitorio 4 del artículo 48 de la constitución política, el cual fue incluido por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, el cual fue modificado mejor, el régimen de transición se extendía por excepción hasta el 31 de diciembre de 2014 para quienes el 25 de julio de 2005, fecha de publicación de ese acto legislativo, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios. En el presente caso, revisada la historia laboral de la actora que obra a folio 160 se puede advertir que el número de semanas total cotizadas corresponde a 907.29 semanas cotizadas al instituto de seguros sociales, entre el 25 de noviembre de 1973 y antes del 25 de julio de 2005, momento para el cual acreditó 751.99 semanas. Así entonces la conclusión que se impone plasmar es que la demandante fue beneficiaria y mantuvo su calidad de beneficiaria del régimen de transición para el momento de expedición del acto legislativo 01 de 2005 y para la aplicación de su pensión con base en la norma anterior a la ley 100 de 1993 debía acreditar el cumplimiento de los requisitos antes del 31 de diciembre de 2014, pues recordemos, esa fue la fecha límite que señaló el acto legislativo 01 de 2005 como posibilidad de extender hasta allá el régimen de transición. Y en lo referente al número de semanas cotizadas, el acuerdo 049 expedido el 1 de febrero de 1990, por medio del cual se promulgó el reglamento general de invalidez y muerte, emanado del entonces consejo nacional de los seguros sociales obligatorios aprobado ese mismo año, a través del decreto 758 del 11 de abril, señaló en su artículo 12 los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que en el caso de las mujeres correspondía a 55 años de edad y demostrar un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o acreditar un número de 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo. Ahora, como se dijo, la demandante cumplió los 55 años el 10 de diciembre de 2007 pues nació el 10 de diciembre de 1952, de acuerdo con la documental de folio 12, y revisada con su historia laboral, si bien se observa que no cuenta con 1000 semanas cotizadas en todo el tiempo, recordemos que el número alcanza a 907.29 semanas, lo cierto es que los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de su edad, es decir, entre el 10 de diciembre de 1987 y el 10 de diciembre de 2007, acredita un total de 665.58 semanas. Ello significa que la demandante para esperar al reconocimiento de su derecho pensional de vejez, podía reclamar la aplicación de referido acuerdo 049 de 1990, norma que en su artículo 12 señala los requisitos, como ya lo indiqué, para acceder a esa

*prestación pensional. No obstante lo anterior, la entidad demandada Colpensiones dispuso la aplicación de una norma que sin duda le resultaba mas desfavorable, no por el monto de la pensión, sino por los tiempos que debían tenerse en cuenta para acreditar el derecho a esa pensión como era la sumatoria de tiempos públicos y privados que es lo que en esencia exige la ley 797 de 2003. Lo anterior se menciona simplemente para resaltar entonces que de acuerdo con lo pretendido por la actora resulta posible acceder a esta pretensión, sin embargo, una precisión que debe hacer este operador judicial, es que en todo caso de la historia laboral que obra a folio 160 del expediente, se puede observar que el ingreso base de cotización de la demandante, entre el 25 de noviembre de 1973 y 31 de agosto de 2008, lo hizo sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente de cada año, razón por la cual entonces, independientemente de la norma a la que se acuda para el reconocimiento de su pensión, el monto de la mesada sería el equivalente siempre al salario mínimo legal mensual vigente; sin embargo también debe advertir el despacho que la circunstancia de haberse aplicado la ley 797 de 2003 es una norma que tendrá relevancia e incidencia en las decisiones que más adelante se dispondrán y se ordenarán, teniendo en cuenta se insiste, que al darse aplicación a esa ley 797, Colpensiones tomó los tiempos públicos y los tiempos privados que acreditaba la demandante sin que fuera necesario acudir a los tiempos públicos como más adelante se explicará.*

*Compatibilidad de la pensión sanción ordenada en la sentencia judicial a cargo del foncep y la pensión de vejez legal reconocida por Colpensiones. Sobre este punto entonces y habiendo sido materia de discusión, pues básicamente puede el argumento principal del foncep para negar el pago de la pensión sanción, es decir que la demandante se encontraba ya recibiendo de parte del instituto de seguros sociales o de Colpensiones una pensión legal, para el juzgado resulta relevante emitir un pronunciamiento respecto de la compatibilidad de estas dos prestaciones, tal y como lo reclama la actora y que corresponde, como lo indiqué a uno de los problemas jurídicos. Es innegable entonces que el artículo 64 de la constitución de 1886 reformado por el artículo 23 del acto legislativo 01 de 1936 y hoy con el artículo 128 de la actual carta política, plantea una imposibilidad legal para los servidores públicos de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas e instituciones en las que el estado tenga participación mayoritaria, salvo los casos expresamente determinados por la ley. En la constitución anterior se había entendido como tesoro público el de la nación, los departamentos y los municipios, y en la constitución de 1991 se agregó el concepto de los entes descentralizados, hablándose entonces de esa manera de los entes públicos abarcando estas entidades descentralizadas. Ahora, la filosofía de tal norma*

constitucional que no permite recibir de manera simultánea dos asignaciones del tesoro público o que provengan de empresas o instituciones en las que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir por razones de moralidad y decoro administrativo, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo. Sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorarios, dieta o como quiera denominarse. Pero debe advertirse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende a preservar la moral en el servicio público. Por su parte el artículo 47 del decreto ley 1650 de 1977, que clasificó al instituto de seguros sociales como establecimiento público luego empresa industrial y comercial del estado, de acuerdo con el decreto ley 2148 de 1992, habiéndose creado el instituto de seguros sociales por la ley 90 de 1946 y habiéndose adoptado en el artículo 16 de esa norma un sistema de financiación tripartita de las prestaciones pensionales, es decir, con aporte de los trabajadores, de los empleadores y del estado. Dicha forma de financiar las prestaciones pensionales se varió a través del decreto ley 433 de 1971 en lo relacionado a los aportes del estado, habiéndose cambiado por “un aporte anual que se señalará en los presupuestos de rentas y gastos de la nación” literal E ibidem, es decir, la norma ya referí la ley 90 de 1946 y decreto ley 433 de 1971. Posteriormente se dictó el decreto ley 1650 de 1977, expedido por el presidente de la república y en ejercicio de las facultades extraordinarias que le habían sido conferidas por la ley 12 de ese mismo año, estableciéndose en el artículo 22 de ese decreto lo siguiente: “de los aportes de patronos y trabajadores. En los seguros de enfermedad en general, maternidad, invalidez, vejez y muerte, los patronos o empleadores aportaran el 67% de la cotización total y los trabajadores el 33%. La cotización para el seguro de accidente de trabajo y enfermedad profesional estará exclusivamente a cargo del patrono o empleador.” de la lectura de esta norma entonces puede concluirse con facilidad que el aporte del estado desapareció de la seguridad social hasta antes de la ley 100 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 48 de la constitución política, por lo cual, puede afirmarse sin temor a equivocarnos que a partir de entonces el instituto de seguros sociales, se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportan los trabajadores y los empleadores con el compromiso de manejarlos y por consiguiente no es dable afirmar que las pensiones que reconoce esa entidad provienen en parte o en todo del tesoro público. Con base en lo anterior, se tiene que en el caso que nos ocupa estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes. La que le fue otorgada a la demandante a través de la sentencia judicial varias veces

mencionada en esta providencia, pensión sanción que se impuso a cargo de foncep como representante del distrito capital y conforme al tiempo servido por la demandante a la extinta empresa de servicios del distrito, la edis, por el periodo entre el 6 de febrero de 1981 y el 14 de junio de 1994. Prestación sanción que le fue impuesta como carga o como condena a esa empleadora al haberse demostrado los presupuestos y las exigencias previstas en la norma en el marco de la cual se reconoció el derecho. Y la otra prestación que recibe la demandante es la que actualmente se encuentra cargo de Colpensiones, siendo importante recalcar, como ya lo indiqué, que Colpensiones de manera errada reconoció la pensión de vejez sumando el tiempo que ella había prestado a la empresa de edis y con base en un bono pensional respecto del cual no se pudo establecer en el expediente, hubiese sido efectivamente girado por el foncep a Colpensiones. Por lo que, lo cierto del caso, es que Colpensiones para el reconocimiento de la pensión a favor de la demandante solo debió tener en cuenta las cotizaciones que ella efectuó a esa entidad como trabajadora privada, pues como se concluyó en el presente análisis, la actora cumplió de manera independiente con los requisitos para acceder a una pensión en el régimen de prima media con prestación definida que hoy tiene a cargo Colpensiones. Y para ser más preciso, con las exigencias previstas en el acuerdo 049 norma propia del instituto de seguros sociales. Por consiguiente, la demandante tiene derecho como lo reclama a recibir las dos pensiones, dado que tienen un origen distinto pues la una obedece a servicios prestados al estado colombiano y la que reclama del instituto de seguros sociales lo es por haber cotizado como trabajadora privada o cotizando de manera independiente a esa entidad para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y los fondos con que se pagan esas pensiones son igualmente opuestos, todo lo cual lleva a concluir que las dos pensiones resultan compatibles. Se concluye entonces que ambas prestaciones son compatibles por tener un origen, filosofía y naturaleza distintas, lo cual encaja dentro de la excepción legal prevista en la constitución política en el sentido de que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el estado. Cabe anotar finalmente que de acuerdo con los argumentos expuestos por el Foncep en su defensa se constata que esa entidad tenía pleno conocimiento de la compatibilidad de las pensiones, pues en sus argumentos expresó que las pensiones son incompatibles siempre y cuando las cotizaciones que sirvieron de base para su reconocimiento fueran las mismas, situación que como claramente se advierte en el presente caso, no se configura. Debe insistirse entonces que la pensión sanción que fue ordenada por

*decisión judicial, correspondió, fue resultado del tiempo que la actora prestó servicios a la extinta edis, entre el 6 de febrero de 1981 y 14 de junio de 1994. Y en lo referente a la pensión de vejez que tiene a cargo Colpensiones, recordemos que esta se conformó con las semanas cotizadas de manera interrumpida entre el 25 de noviembre de 1973 y el 1 de diciembre de 1977 y entre el 8 de septiembre de 1994 y el 31 de agosto de 2008, tiempos que se insiste, corresponden a cotizaciones diferentes a las que debieron tenerse en cuenta para la pensión sanción.*

*Declarado lo anterior entonces, se procede al estudio y análisis de la indexación de la base de la liquidación de la pensión sanción. Se solicita por la demandante que se ordena la indexación de la base de la primera mesada pensional, al considerar que el valor que devengó al momento de la terminación de su contrato con la edis o de su vinculación con la edis, sufrió la pérdida de poder adquisitivo desde ese momento y hasta cuando finalmente fue reconocida o se debió reconocer su pensión. Por su parte, el foncep recordemos que no acató la obligación impuesta en la sentencia judicial con el argumento que Colpensiones ya le había reconocido a la demandante una pensión de vejez y por ende no estaba obligada o había una imposibilidad jurídica como lo denominó, de acatar esa orden judicial.*

*Así entonces, y aunque la pensión sanción no le ha sido pagada a la demandante, es viable pronunciarse sobre la indexación de la base de la primera mesada pensional, ya que, al revisar la sentencia del juzgado 13 laboral, encontramos que dicho aspecto no fue materia de estudio en ese proceso ordinario. En punto a este tema, recordemos que la indexación de la base de la liquidación de la primera mesada pensional tratándose de una pensión restringida de jubilación o pensión sanción, como en este caso, resulta pertinente para el efecto traer a colación lo orientado por la sala de casación laboral de la honorable corte suprema de justicia en sentencia del 15 de febrero de 2011, dictada dentro del proceso con radicado 37684, oportunidad en la cual, con ponencia del honorable magistrado doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas, así se pronunció esa alta corporación: “consideraciones de la corte. en segundo término, la impugnante sostiene que cuando se intenta la indexación de la primera mesada en pensiones de carácter convencional, debe tenerse en cuenta “si el empleador comprometido a concederla” se “demoró” en el reconocimiento y pago.” Al punto, la sala precisa nuevamente que el mecanismo de la indexación nace del fenómeno económico de la inflación, justamente para tratar de mantener el valor monetario frente su progresivo envilecimiento e independientemente de que la persona obligada al pago de la pensión niegue su reconocimiento o la conceda y la pague tardíamente dado*

que, se reitera, la actualización del salario base de la liquidación de la pensión persigue como objetivo mantener su poder adquisitivo constante. Por otra parte, la pensión no tiene origen convencional, pues como quedo acreditado, tal prestación se apoya en fallo del 31 de julio de 1996 del tribunal superior de Bogotá, que decretó la condena a la pensión sanción legal restringida. En ese orden, el sentenciador colegiado no incurrió en los desatinos jurídicos que le señala la recurrente, cuando con apoyo en el lineamiento jurisprudencial mayoritario vigente, considero acertadamente la procedencia de la indexación del salario base de la liquidación de la pensión legal restringida, reconocida por la caja agraria en cumplimiento de "mandato judicial" amen de que no fue objeto de debate que la pensión del trabajador se causó a partir del 2 de diciembre de 2000, en vigencia de la carta política de 1991 y la ley 100 de 1993. Ahora, la impugnante comenta que la corte ha entendido que cuando un trabajador se retira sin cumplir la edad, cuando reúna tal requisito, el empleador obligado calculará y pagará la pensión sin actualización, dado que la indexación no se previo en la norma convencional. La pensión se causa al cumplir los dos requisitos, y si su valor está por debajo del salario mínimo legal, se adecua automáticamente, todo asegura la recurrente, con sostén en la sentencia 13889 del 3 de agosto de 2000, fundada en la 11818. Sin embargo, continuo diciendo la corte, en primer termino como antes se precisó, la pensión del actor es de origen legal, no convencional, y en segundo lugar si bien el fallo 11818 de agosto de 1999 negó el reajuste del salario base de liquidación de las pensiones, tal doctrina se recogió para concederla, entre otros pronunciamientos en el 27965 del 9 de agosto de 2007 y entre otros que se mencionan en la misma sentencia. Por eso concluyó la corte la viabilidad de ordenar la indexación de la base de la primera mesada pensional a fin de corregir o subsanar la pérdida de poder adquisitivo que afecta la moneda, y que representaría en todo caso un valor inferior al que correspondería dentro del tiempo en que la demandante se retiró del servicio de la entidad, la edis, y el momento en que finalmente la entidad tiene la obligación de pagar la pensión sanción reconocida, por ello resulta procedente acceder a esta suplica de la demanda y ordenarse la indexación del salario base de liquidación de la primera mesada pensional de la pensión sanción que le fue reconocida a la actora en cumplimiento de la orden judicial emanada del juzgado 13 laboral del circuito de esa ciudad, que ya varias veces he citado en esta providencia. Para la actualización de la primera mesada, le corresponde a la demandante deberá tomar el foncep para el efecto la formula aludida por la sala de casación de la honorable corte suprema de justicia en sentencia del 13 de diciembre de 2007, dictada dentro del proceso 3122, magistrado ponente doctor Luis Javier Osorio López, es decir, índice final sobre índice inicial multiplicado por el valor

histórico, lo que nos arrojará el valor indexado. Cabe anotar en este estado de las consideraciones que en este momento no resulta posible para el juzgado efectuar la operación matemática correspondiente en razón a que precisamente aquel foncep no ha dispuesto el pago de la mesada pensional a favor de la demandante, la pensión sanción, por lo cual entonces no hay certeza respecto del monto que reconocerá esa entidad a favor de la demandante en cumplimiento, se vuelve mencionar, de la orden judicial emanada del juez laboral 13 del circuito de esta ciudad. Por esa razón entonces y aunque pues bien sabemos que en términos generales se nos reprocha a los operadores judiciales emitir sentencias en abstracto, en este caso, se hace preciso para lo cual entonces simplemente el juzgado ordenará al foncep que una vez disponga el pago de la mesada de pensión sanción a la demandante, su pago lo haga debidamente indexada la base salarial de la primera mesada pensional ordenándose entonces el reconocimiento a partir de ese valor inicial.

Compatibilidad pensional. Atendiendo al criterio fijado también por nuestra máxima corporación de justicia en la especialidad del trabajo y la seguridad social en sentencia 43751 del 9 de abril de 2014, magistrado ponente Jorge Mauricio Vargas Ruíz, se advierte que la pensión reconocida a la demandante por sentencia judicial, pensión sanción, y la reconocida con posterioridad por el instituto de seguros sociales, y hoy a cargo de Colpensiones, resulta entonces del caso emitir pronunciamiento respecto de la compatibilidad de estas pensiones. Se observa entonces que la sentencia judicial no dispuso que la prestación sería compatible con la del iss, tampoco que operaría en forma independiente respecto de la que posteriormente le fuera reconocida por la aludida entidad de previsión, y en esas condiciones debe aplicarse la regla general según la cual la pensión sanción causada con posterioridad al 17 de octubre de 1985 será compatible con la prestación legal, a menos que las partes expresamente hayan pactado la compatibilidad, aspecto que no se establece en el informativo como quiera que no obra algún acuerdo entre las partes en tal sentido, en esas condiciones también resulta forzoso concluir que la pensión sanción a cargo del foncep y a favor de la demandante que se causó con posterioridad al 17 de octubre de 1985 es compatible con la que en términos de ley le fue reconocida por Colpensiones. Así entonces una vez se determine el valor de la pensión sanción y el foncep empiece a pagarla, únicamente quedará a cargo del foncep el mayor valor si lo hubiere, respecto de la pensión legal de vejez reconocida por Colpensiones, debiéndose precisar en todo caso que el reconocimiento debía hacerse a partir del cumplimiento de los 60 años de edad de la actora, pues fue a partir de ese tiempo que se ordenó el pago de la pensión sanción. Así mismo y en otro de los ángulos de la disección y

de la controversia. Solicita también la demandante que se ordene a Colpensiones reintegrar al foncep el bono pensional. Debe advertirse que si bien en un momento anterior se precisó que Colpensiones acudió a un bono pensional o a unos tiempos públicos para conformar la pensión de la demandante, no se encuentra en todo caso demostrado en este expediente que foncep efectivamente hubiese girado a Colpensiones ese bono pensional, sin embargo, el despacho parte de la base de acuerdo con los argumentos expuestos por Colpensiones en su defensa, que efectivamente recibió el bono pensional para efecto de conformar los tiempos y el derecho pensional reconocido a la demandante en aplicación de la ley 797 de 2003. Ahora, remitiéndonos a la resolución de reconocimiento de la pensión que se puede revisar entre folios 5 a 10, se observa claramente que la entidad reconoció la pensión y menciona para el efecto que tuvo en cuenta un bono pensional tipo B que debió emitir el foncep. Así las cosas, debe advertirse que en caso de que Colpensiones efectivamente haya recibido el bono durante el trámite del derecho pensional o durante el trámite del proceso, deberá reintegrarlo al foncep en la medida en que no podía acudir a ese bono pensional para conformar el derecho pensional de la demandante, como varias veces se ha insistido, a lo largo de esta providencia. Pues, vuelve a mencionarse la financiación de las pensiones tenían orígenes distintos por lo que Colpensiones debió reconocer la pensión en aplicación y teniendo en cuenta los tiempos únicamente cotizados al instituto de seguros sociales, por entidad debió reconocer la pensión con los tiempos únicamente cotizados al instituto de seguros sociales y no tomando los aportes efectuados como servidora pública que fueron hechos en forma independiente y fueron directamente efectuados al foncep. Por esa razón entonces, deberá reintegrar y se le impone esa obligación a Colpensiones, reintegrar en caso de haberlo recibido, hago la precisión, deberá reintegrar ese bono pensional al foncep para que foncep tome las decisiones pertinentes para financiar la pensión sanción que a su vez tiene la obligación de reconocerle a la demandante. En este punto además conviene precisar que la compartibilidad aludida por la accionada, se encuentra regulada en el artículo 17 del acuerdo 049 de 1990 aprobada por el decreto 758 de ese año cuando precisa lo siguientes: "Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el seguro de invalidez, vejez y muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por esos reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono

*únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.” En el caso que nos ocupa, se establece entonces que la terminación del vínculo de la demandante con la edis obedeció a retiro definitivo, y en consecuencia al no mediar un despido sin justa causa, no resultaría posible aplicar la exposición referida en lo atinente a la compartibilidad pensional entre la pensión a cargo del foncep y la de vejez que reconoce el instituto de seguros sociales, y ante tal circunstancia fáctica y jurídica, lo único que queda agregar es que la entidad estará a cargo únicamente de pagar el mayor valor si lo hubiere en tal momento de establecerse los montos pensionales a favor de la demandada.*

*Intereses moratorios. Pide también la demandante que se exponga el pago a su favor de intereses moratorios, al considerar que Colpensiones incurrió en tardanza en el reconocimiento y pago de su prestación pensional. Al respecto resulta pertinente recordar que en efecto el artículo 141 de la ley 100 de 1993 previó posibilidad de imponer a la entidad de seguridad social el pago de intereses de mora en caso de darse tardanza en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, desde ya debe advertirse sin necesidad de entrar en análisis muy profundos, desde ya debe advertirse que la pretensión de intereses moratorios no puede ser acogida en razón a que tal derecho fue afectado por el transcurso del tiempo, debiéndose declarar probada la excepción de prescripción. Lo anterior se afirma teniendo en cuenta que a la demandante se le reconoció la pensión de vejez por resolución 48399 del 21 de octubre de 2009, a partir de la notificación personal de esa resolución, la demandante contaba con 3 años para reclamar los intereses moratorios y consideró que a ellos había lugar, reclamación que solo vino a formular hasta el 21 de febrero de 2017 conforme se corrobora con la documental de folio 57, lo que significa entonces que la elevó luego de transcurridos 7 años de haberse reconocido la pensión de vejez a su favor; momento para el cual, sin duda, el transcurso del tiempo ya había extinguido cualquier derecho. En consecuencia, se absolverá a Colpensiones de la pretensión de intereses moratorios, declarándose la excepción de prescripción propuesta.*

*Condenas extra y ultra petita, no se dan los presupuestos facticos ni jurídicos para emitir pronunciamiento frente a estas facultades o en aplicación de estas facultades, pues no se encontraron demostrados tales derechos. En materia de excepciones, se dan las consideraciones plasmadas, se declararán probadas las de cosa juzgada y prescripción en lo relacionado a intereses moratorios y en lo relacionado a reconocimiento de la pensión sanción y se declaran no probadas las de inexistencia del derecho e incompatibilidad de la pensión sanción y*

*pensión de jubilación. En materia de alegatos de conclusión, pues debe resaltar el despacho en relación con los alegatos de la parte actora, que de acuerdo con el pronunciamiento que hizo frente a las pretensiones específicas que citó en sus alegatos de conclusión, resulta claro que se acogen los argumentos respecto de esas pretensiones. Debe anotar el despacho que el apoderado se limitó en sus alegatos a dos puntos concretos, donde los sustentó y reafirmo los argumentos en procura de que este sentenciador acogiera dichas pretensiones y dejó por fuera sus argumentos hechos aspectos sustanciales de la controversia propuesta. Se insiste en todo caso que los argumentos traídos a la audiencia de alegatos son acogidos en su totalidad. No se acogen los argumentos de defensa de las demandadas por las razones que ya se han expuesto y por asistirle razón en todo caso a la demandante en los derechos deprecados. Se condenará en costas procesales a las demandadas, pero solo en proporción del 70% pues finalmente no todas las suplicas de la demanda tuvieron eco favorable. Se dispondrá que por secretaria se practique la liquidación imponiendo la condena por agencias en derecho o la liquidación por agencias en derecho en la suma de \$1.000.000 moneda corriente a cargo de cada una de las demandadas. Finalmente se ordenará que esa sentencia sea revisada a favor de Colpensiones por el tribunal superior en grado jurisdiccional de consulta para lo cual se ordenará remitir el expediente una vez concluya la audiencia. En mérito de lo expuesto, el juzgado 17 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, falla*

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas, procedieron a presentar recursos de apelación, así:

Apoderada FONCEP:

*“Su señoría, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por su despacho judicial, teniendo en cuenta los siguientes argumentos: en primer lugar, esta defensa no se encuentra de acuerdo con los numerales 3, 4 y 6 de la sentencia proferida por su despacho, toda vez que si bien es cierto el despacho ordenó el reconocimiento y pago de la pensión sanción y la compatibilidad pensional entre la pensión ordenada a foncep de conformidad con la sentencia proferida por el juzgado 13 laboral del circuito, donde ordenó a foncep el reconocimiento y pago de la pensión sanción y la pensión legal que le está reconociendo hoy en día Colpensiones, y ordenó su compatibilidad el 10 de diciembre de 2012,*

esta defensa no se encuentra de acuerdo, toda vez que recordemos, que si bien es cierto Colpensiones, el antiguo instituto de los seguros sociales, hoy liquidado, reconoció la pensión de vejez a favor de la señora Archila Galvis, a partir del 1 de septiembre de 2008, ésta la reconoció teniendo en cuenta una certificación o bonos clep que radicó la misma señora Archila Galvis al entonces instituto de los seguros sociales, es decir, que indujo en error al entonces instituto de seguros sociales, fue la demandante, no fue a motu proprio que se hubiese reconocido por parte del entonces instituto de seguros sociales, toda vez que recordemos, que las historias laborales del instituto de seguros sociales solamente tenían los tiempos iss. Así mismo, es pertinente indicar que mediante resolución 48399 del 21 de octubre de 2009, el instituto de seguros sociales tuvo en cuenta los tiempos laborados por la demandante ante la edis, desde el 6 de febrero de 1981 al 14 de junio de 1994, para un total de 4809 días, es decir que sumados los tiempos laborados por la señora Archila Galvis a las entidades del sector público, los cotizados al seguro social con empleadores del sector público, acreditados fueron 11139 días equivalentes a 1591 semanas correspondientes a 30 años 11 meses y 9 días. Esta de acuerdo esta defensa, su señoría, en que el entonces instituto de seguros sociales no tenía en cuenta tiempos, no era financiado por el estado, pero cambia sustancialmente las cosas cuando el entonces instituto de seguros sociales tiene en cuenta tiempos públicos sufragados por la entidad a la cual represento. Es entonces como se puede verificar que la pensión que hoy en día ostenta la señora Archila Galvis es reconocida con tiempos financiados por la entidad a la cual represento hasta la fecha; razón por la cual, dicha compartibilidad si llegase a ser posible, no sería a partir del 10 de diciembre de 2012, toda vez que a la fecha se encuentra financiada la prestación con nuestro dinero, sería a partir de la fecha en la cual se emita la sentencia de segunda instancia y que haga tránsito a cosa juzgada formal y material. Así mismo, su señoría, es pertinente indicar que las prestaciones económicas no son compatibles, toda vez que en este caso si bien es cierto la pensión sanción fue reconocida de conformidad al artículo 8 de la ley 171 de 1961, es cierto que la pensión legal reconocida por el entonces instituto de seguros sociales se hizo en base a la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta para el reconocimiento de dicha prestación los tiempos efectuados y laborados ante el entonces edis, lo que hace que se debe dar cumplimiento **al artículo 128 de la constitución política de Colombia, en cuanto que no puede coexistir dos prestaciones económicas financiadas por el erario.** Así mismo su señoría, en cuanto a la **indexación de la primera mesada pensional de pensión sanción, si bien su señoría, indica que la pensión sanción fue objeto de cosa juzgada formal y material desde el juzgado 13**

**laboral del circuito, tampoco la misma debería prosperar, toda vez que, se insiste por parte de esta defensa, que la pensión legal que actualmente ostenta la señora demandante fue financiada por la entidad a la cual represento, motivo por el cual esta indexación quedaría sin piso jurídico. Es así, su señora como de manera respetuosa, presento recurso de alzada para que sea el honorable tribunal superior de distrito judicial quien revoque en su integridad el fallo proferido. Mil gracias”.**

Apoderada COLPENSIONES.

*“Gracias señor juez, encontrándome dentro de la oportunidad procesal, me permito presentar recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de adoptar el despacho para que sea el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, quien analizada la documental que se aporta en el expediente administrativo de la demandante, así como la historia laboral en donde consta la totalidad de tiempos cotizados por la misma, revoque la sentencia en la cual se condena a mi representada inicialmente a considerar que en atención a que la señora Teresa de Jesús Archila Galvis es beneficiaria del régimen de transición, se le debe reconocer una pensión en atención a lo establecido en el decreto 758 de 1990, y en consecuencia, como lo indica el juzgado, sean tenidos en cuenta únicamente los tiempos privados para el reconocimiento de la pensión. Se debe indicar que conforme a las resoluciones emitidas por mi representada, inclusive la resolución dir4306 del 27 de abril de 2017, en donde se analiza la solicitud de reliquidación pensional que solicita la parte demandante, se hace el estudio pensional bajo los diferentes estamentos normativos que le son aplicables a la demandante, en donde se hace mención que la demandante, pues es posible hacer un estudio a partir de la ley 71 de 1988, es posible hacerle un estudio a partir del decreto 758 de 1990 y es posible hacerle un estudio a partir de la ley 797 de 2003, para llegar a la conclusión de que **a la demandante, en cualquiera de estos 3 estamentos normativos, devengaría el salario mínimo, en consideración a ello mi representada procede a no modificar la resolución de reconocimiento, sin embargo, haciendo la precisión de que todos estos escenarios en los cuales la demandante es beneficiaria de una acreencia pensional, lo es porque se le tienen en cuenta la totalidad de semanas cotizadas y obrantes en la historia laboral, totalidad de semanas cotizadas que tiene a tiempos públicos y a tiempos privados, que de no ser así, la demandante no tendría derecho a reconocimiento pensional a cargo de mi representada.** Con ello se hace evidente que para el reconocimiento de una pensión en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones se hace necesario*

*contabilizar la totalidad de semanas cotizadas, inclusive a las semanas que se encuentran cotizadas por foncep, en donde también se encuentra la imposibilidad de devolver el bono pensional al distrito capital, teniendo en cuenta que conforme al mismo se financió la prestación que hoy en día la demandante se encuentra percibiendo, y conforme a ello se hace evidente la improcedencia de la declaratoria de la compatibilidad y la compartibilidad de la pensión, como quiera que la totalidad de semanas que la señora Archila Galvis ha cotizado, ya fueron tenidas en cuenta para un reconocimiento pensional que ha realizado mi representada. En consideración a ello, solicito se absuelva a mi representada, se revoque el fallo de primera instancia al cual fue condenada la entidad que represento. Muchas gracias.”*

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala estudiará los puntos de apelación presentados por FONCEP Y por COLPENSIONES, así como en grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de esta última entidad.

Aduce e insiste el FONCEP en el recurso presentado en los argumentos que expuso en el juicio esto es en la incompatibilidad de las pensiones, toda vez que no pueden devengarse dos asignaciones del erario y la improcedencia de la indexación bajo el argumento de haber financiado con sus recursos la pensión sanción.

Efectivamente el artículo 128 de la C P, señala que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. No obstante, en este caso no aplica esta prohibición, justamente porque no son asignaciones que provengan del erario, tema este bastante decantado por la jurisprudencia; sin que sobre recordar la de sentencia SL3291 Rad 80719 de agosto 24 de 2020 en donde se expresó:

“(…)

#### **i) Naturaleza de las prestaciones económicas**

El legislador previó una prohibición de doble pago de prestaciones procedentes del tesoro, con la finalidad de salvaguardar y racionalizar el gasto

público; sin embargo, **muchas veces se ha dicho que las prestaciones procedentes de las cotizaciones de los trabajadores no tienen en carácter de dineros públicos, ni aun cuando las prestaciones son reconocidas por el ISS hoy Colpensiones.**

Al respecto, en providencia CSJ SL3133-2019, indicó la Corporación:

Por otra parte, es pertinente destacar que la Corporación de manera reiterada y pacífica ha establecido que, por *tesoro público*, se concibe el proveniente de La Nación, de las entidades territoriales y las descentralizadas y, por tanto, se pagan con tales recursos, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal. Así, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario.

**Igualmente, también ha adoctrinado que el Estado no aporta recursos para la financiación del fondo de pensiones administrado por el ISS hoy Colpensiones y, por ello, las prestaciones que tal entidad otorga no tienen el carácter de asignación proveniente del erario (CSJ SL14413-2014, CSJ SL16083-2015 y CSJ SL2170-2019).**

En ese orden no es cierto que la pensión reconocida mediante resolución No. 048399 del 21 de octubre de 2009, el ISS, esto es la pensión de vejez a la actora conforme a lo establecido en la Ley 797 de 2003, para la cual se le tuvieron en cuenta los tiempos cotizados al sector público desde el 06 de febrero de 1981 y hasta el 14 de junio de 1994; así mismo 6330 días cotizados al ISS. (fl.-5-10); sea incompatible con la ordenada; en sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a Santafé de Bogotá D.C., a reconocer y pagar a la actora la pensión sanción de que trata el art. 8 de la ley 171 de 1.961, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, como quiera que la actora laboró para la EDIS desde el 6 de febrero de 1981 hasta el 14 de julio de 1994, fue despedida sin justa causa y no fue afiliada al sistema general de pensiones. (fl.- 13-18); **bajo este argumento de ser las dos provenientes del erario, pues el Estado como señaló la Corte no aporta recursos para la financiación de COLPENSIONES y por eso las pensiones que reconoce paga no provienen del erario.**

De manera que el argumento de la apoderada de Foncep, en el cual funda su inconformidad no es acertado; así como tampoco la referencia que hace a la indexación pues lo que fue cosa juzgada en ese proceso no fue más que la pensión sanción, no la indexación y en nada se relaciona la afirmación de haber sido financiada con dineros de la entidad, que luce fuera del contexto de la condena que se impuso al entonces empleador y que de ninguna manera es el en términos del recurrente “el piso jurídico”; de la actualización ante la pérdida de poder adquisitivo. Nada cuestionó, ni reprocho la recurrente, de los argumentos del Juez en cuanto recordó que la indexación no fue materia de estudio en el proceso adelantado en el juzgado 13, siendo procedente según lo ha estipulado la Sala de Casación trayendo a colación la *sentencia* del 15 de febrero de 2011, rad 37684. MP Luis Gabriel Miranda Buelvas; luego este argumento tampoco tiene la fuerza para quebrar la sentencia apelada, en este aspecto

No obstante, resulta claro que lo que la parte actora solicitó desde la presentación de la demanda fue declarar que la pensiones tanto la restringida de jubilación como la de vejez eran compatibles, **lo que no resulta jurídicamente viable, pero atendiendo las siguientes razones.**

Este tema ya ha sido de igual forma definido por la CSJ en varias sentencias y de vieja data ha señalado:

(...)

*Con el Decreto 1848 de 1969, de un lado, y el Acuerdo 029 de 1985 por el otro, **ninguna incertidumbre cabe desde entonces sobre la incompatibilidad de las pensiones restringidas con la pensión de vejez reconocida por el ISS o cualquier entidad de previsión social, así como su compartibilidad y conmutabilidad.** Paralelamente a la variación de su naturaleza sancionadora hacia la prestacional, las pensiones restringidas asistieron a un proceso de marchitación legal, al cabo del cual su ámbito de protección decreció ante el avance paulatino del sistema de seguridad social que vino a cobijar el riesgo de vejez, antaño asumido exclusivamente por el empleador. En ese sentido se produjo la derogación del régimen de la pensión por retiro voluntario, primero respecto de los empleados particulares, mediante la Ley 50 de 1990. Específicamente su artículo 37 dispuso:*

*“En todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación. Estas pensiones dejarán de estar a cargo de los empleadores cuando la pensión de vejez sea asumida*

*por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con la Ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto”.*

*“Después, como ya se dijo, para los servidores oficiales, a través de la Ley 100 de 1993, que acabó con la pensión de retiro para estos trabajadores, pero dejó vigente, no obstante su naturaleza prestacional, una verdadera pensión sanción para el empleador que incumple con el deber de afiliación, o lo hace de manera inoportuna.”(Sentencia de agosto 10 de 2010 rad N° 38885)*

La misma Corporación en sentencia con radicado 43704 de 2012 indicó: “Al margen de todo lo anterior, cabe anotar que le asiste razón al Tribunal cuando afirma que el hecho de la afiliación de un trabajador oficial al ISS, no significa la pérdida del derecho a pensionarse, para el caso, *bajo el régimen del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, según el cual, el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, se encuentra a cargo del empleador oficial, quien deberá cubrir la jubilación hasta cuando el ISS, conforme sus reglamentos reconozca la pensión de vejez, en cuyo caso y bajo el amparo del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, este sólo estaría obligado a asumir el mayor valor entre ambas pensiones en aplicación de la figura de la compartibilidad.*”

Así las cosas, encuentra la Sala que la pensión sanción y la de jubilación reconocida a la demandante son compartibles no compatibles como señaló el Juez en el numeral tercero de la sentencia el cual debe ser revocado, sin que sobre destacar que la edad cuando se trata de pensión cuando se está, frente a la denominada pensión sanción, es únicamente requisito de exigibilidad, de manera que la distinción de compatibilidad y compartibilidad que realizará el Juez en el numeral 3 y 6 de la sentencia resulta ser desacertado, pues la compartibilidad pensional entre la pensión sanción de la ley 171 de 1961 y la legal de vejez, **dependen únicamente de si la primera se causó después de 17 de octubre de 1985**, tal y como ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas sentencias como las ya citadas o por ejemplo la SL 474 de 2019 Rad 60291.

En consecuencia FONCEP sólo deberá asumir el mayor valor si lo hay, y es que precisamente porque se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de ambas pensiones el tiempo laborado por la actora a la extinta EDIS; es que se emplea dicha figura pues **en este asunto la pensión se causó en 1994, o sea con posterioridad al Acuerdo 029 de 1985** y por ese hecho conforme lo ha dicho el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria **las prestaciones se tornan compartibles; siendo además claro que en este**

**proceso solo eso se solicitó tanto en las pretensiones principales como en la subsidiaria y siendo claro que todo lo que no sea indexación, que en este proceso se declara, debe ser tratado al interior de la acción pertinente ante el Juzgado 13 laboral del Circuito.**

Ahora bien, en cuanto al recurso de COLPENSIONES y estudiando también en su favor el grado jurisdiccional del CONSULTA, encuentra la Sala -y ya definido que las pensiones si son compartibles-, que le asiste razón al recurrente en cuanto a que la pensión en cualquiera de los regímenes que se estudiaron por la entidad siempre equivaldrá a un salario mínimo legal, pues las cotizaciones siempre se hicieron con base en ese salario; así como en que no hay lugar a la devolución de bono alguno por parte de COLPENSIONES, bono que el mismo Juez en su sentencia encontró no estar acreditado en cuanto su giro y pago a la entidad; sin que el hecho de haber hecho relación a este, en la resolución de reconocimiento, lo que se hizo para destacar que se tuvieron en cuenta todos los tiempos de servicio, implique que se recibió; luego es imposible ordenar la devolución de algo de lo que no hay certeza fue recibido por la entidad.

Finalmente vale decir y solo para corroborar lo acá resuelto que en reciente sentencia la CSJ señaló que posible la acumulación o tiempos de servicio cotizados a cajas o fondos de previsión social o laborados en el sector público con las semanas aportadas al ISS hoy COLPENSIONES, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez; (SL1947-2020 Rad N° 70918; SL 1981-2020 Rad N°84243); luego se insiste de esta manera con solo aportes privados, o con cualquiera de las leyes estudiadas la pensión reconocida equivale al mínimo legal, luego resulta errado ordenar a COLPENSIONES, liquidar la pensión con base en el acuerdo 049/90, decisión que debe ser revocada.

Por lo anterior se REVOCAN, los numerales uno, dos, tres y cinco y en consecuencia se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de compatibilidad de pensiones, liquidación de pensión con base en acuerdo 049/90 y devolución de bono pensional; CONFIRMAR el numeral cuarto en cuanto condenó a FONCEP a indexar la primera mesada pensional de la pensión sanción y al pago de reajustes si hubiere lugar a ello. MODIFICAR el

numeral sexto DECLARANDO que la pensión y la pensión de vejez son COMPARTIDAS, quedando a cargo del FONCEP, solo el pago, si lo hubiere del mayor valor.

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,**

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR**, los numerales uno, dos, tres y cinco de la sentencia apelada de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones de compatibilidad de pensiones, liquidación de pensión con base en acuerdo 049/90 y devolución de bono pensional.

**TERCERO: CONFIRMAR** el numeral cuarto en cuanto condenó a FONCEP a indexar la primera mesada pensional de la pensión sanción y al pago de reajustes si hubiere lugar a ello.

**CUARTO: MODIFICAR** el numeral sexto DECLARANDO que la pensión sanción a cargo de FONCEP y la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES** son COMPARTIDAS, quedando a cargo del FONCEP, solo el pago, si lo hubiere del mayor valor.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 12-2018-114-01  
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA  
DEMANDANTE: CECILIA MORENO GÓMEZ  
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), 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 12 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de febrero de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandante y las de las entidades de seguridad social demandadas.

**ANTECEDENTES**

La señora CECILIA MORENO GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

del contrato de administración de aportes celebrado entre ella y la demandada Porvenir S.A.; por incumplimiento de esta última en su obligación de entregar información oportuna y completa, que le permitiera tomar una decisión adecuada en cuanto al acto de traslado de régimen pensional, declarándose resuelto dicho contrato; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Porvenir S.A., a trasladar la totalidad de aportes, rendimientos y sumas por ella entregadas a ese fondo a órdenes de la demandada Colpensiones, condenando a la primera en mención a pagar cualquier diferencia que surja para asegurar la financiación de su pensión en el RPM. (fl. 3).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que inició su vida laboral en el año de 1990 y hasta la anualidad de 2002, estuvo afiliada para los riesgos de IVM al ISS hoy Colpensiones, que a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, empezó a recibir información respecto del RAIS, según la cual, era más beneficioso pertenecer a dicho régimen que al administrado por Colpensiones y que los aportes depositados al ISS, por virtud de la crisis del mismo, estaban debilitándose, indica que los agentes de los fondos del RAIS, señalaban que sus aportes en el RPM se perdían en caso de muerte, y allí se podría pensionar en cualquier momento siempre y cuando lo depositado en su cuenta de ahorro individual, excediera el 110% de una pensión equivalente al SMLV; sin embargo no se le indicó a cuánto debería ascender el capital por ella ahorrado para alcanzar ese 110%, que al momento de su afiliación a Porvenir, no se le pusieron de presente proyecciones sobre lo que debía ahorrar para alcanzar dicho tope.

Afirma que se trasladó a Porvenir S.A., el 1 de junio de 2006, sin que se le haya brindado una información exacta sobre su futuro pensional, manteniéndose hasta la fecha afiliada a dicha administradora; refiere que solicitó ante la entidad en mención información de lo que sería su realidad pensional, a lo que esta le indicó que no era posible suministrarle tal información por cuanto se encontraba a menos de 10 años de adquirir derecho



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

pensional y no cumplía con los requisitos para hacer parte del régimen de transición, respuesta que le generó una extrema confusión y que dejan ver un preocupante desconocimiento de la administradora en mención de frente vinculación a ese fondo como consumidora financiera. (fl. 1 a 3).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 10 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 83).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 11, 12 y 16, manifestó no constarle los No. 1 y 18 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa. (fl. 100).

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a Colpensiones y Porvenir de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de ausencia de causal de ineficacia y/o nulidad, sin imponer condena en costas. (fl. 157)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

*En primer lugar, y ha sido la condición básica que ha planteado la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia frente a este fenómeno que se apareja en dos líneas: uno, sobre la base de la nulidad del traslado por el vicio del consentimiento, error, fuerza y dolo, que generaría una rescisión resiliación del negocio jurídico de tracto sucesivo sobre la base de la nulidad relativa o la causal de anulación, el otro punto es que hay una afiliación desinformada que generaría la ineficacia, por un lado la ineficacia liminar o jurídica que se encuentra en varias disposiciones del código de comercio, sobre todo para los contratos de aseguramiento en el artículo 1045 del código de comercio, o la ineficacia en sentido estricto que ha sido el último planteamiento de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, en la sentencia SL4360 del 9 de octubre*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

de 2019: sin embargo, debe de hacerse dos precisiones que son absolutamente claras: la primera de ellas, a partir de la sentencia 1452 del 2019 se ha generado el espectro de la ineficacia por afiliación desinformada o ineficacia liminar por afiliación desinformada, esta sobre la base que las administradoras de pensiones tienen un deber de información en el cual se debe documentar clara y suficientemente las consecuencias que acarrea el traslado de régimen, so pena de declarar ineficaz ese traslado, pero no se puede tampoco dejar de lado que la aplicación irrestricta del artículo 13, literal b, es una opción libre y voluntaria de aquel de los regímenes que mejor le convenga consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida apareja unas consecuencias legales pertinentes, ese pronunciamiento en manera alguna está planteando una posibilidad de aplicación vía excepción de inconstitucional del régimen de ahorro individual, dentro de todas las amalgamas posibles, evidentemente el régimen de ahorro individual con solidaridad no se estructura a partir de subsidios estatales o subvenciones estatales a los efectos de reconocer una pensión, y es la cultura del ahorro la que pendería efectivamente por el reconocimiento y los beneficios pensionales, teniendo ciertas ventajas, teniendo posibilidades o modalidades de pensión en las cuales partirían desde rentas vitalicias inmediatas hasta diferimiento de esta rentas vitalicias sobre la base de un retiro programado y una negociación para aquellas posiciones netamente cortoplacistas que pueden basarse, lógicamente, en la cultura del ahorro o de la capitalización, como ha sido objeto del salvamento de voto o lo que mencionó la aclaración de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en tratándose de la sentencia SL1452 de 2019, téngase también en cuenta otros presupuestos fundamentales dentro de esta aplicación jurisprudencial, y es que la aclaración de voto del magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, también planeo, estimó pertinente establecer condiciones netamente particularizables, en efecto, manifestó básicamente lo siguiente: “ante tales presupuestos el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó y puede verse beneficiado o perjudicado en función de facultades como su fluctuación en el mercado de trabajo, la evolución de sus salarios y otras variables que bien le pueden acarrear mayores o menores réditos respecto de las prestaciones que hubiera podido conseguir en uno u otro régimen, en estos casos, en mi criterio, deben quedar abrigados por la decisión del trabajador y su apuesta por la construcción del derecho en determinado régimen, de manera que no pueden generar la ineficacia del traslado.

En otras palabras los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de su traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, contrario a ello, estimó prudente que se analicen las condiciones particulares de cada caso, y que no se establezcan o reivindiquen reglas generales y automáticas que minen la estabilidad del sistema pensional y desconocen principios fundamentales como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia del régimen, como en este caso particular, la afiliada no estuvo acompañada de una información clara, completa y transparente sobre las consecuencias jurídicas de su traslado, además de ello que representó graves e inmediatos perjuicios que bien podrían ser advertidos oportunamente por las respectivas administradoras de pensiones, esto es, por la pérdida del régimen de transición, comparto la decisión de declarar ineficaz el traslado. Entonces, se cierra la claridad del punto y se sigue la consideración.

No se puede generar una regla absoluta e irrestricta e indefinida de las solicitudes de nulidad del traslado y deben analizarse desde el punto de vista de la particularidad de cada caso, y eso también debe venir aparejado precisamente con las consecuencias de los actos inoponibles e ineficaces anulables o susceptibles de nulidad, cuales son, la ratificación expresa de las partes sobre la base del cumplimiento de las solemnidades pertinentes, como lo señala el artículo 898 del código de comercio, una de las disposiciones de esta ratificación, la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia 33083 ha manifestado que eventualmente los cambios de administrador no generan por sí una ratificación, sin embargo, esa posición es clara para los efectos de nulidad del traslado, no de ineficacia sobre la base de afiliación desinformada, en este caso, podemos tener unas condiciones que para el caso en comento son absolutamente claves, en primer lugar, la demandante no tiene derecho al beneficio del reconocimiento del régimen de transición, toda vez que ni por condición de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

*edad ni por condición de tiempo reunía los parámetros establecidos en la ley para ser incluida dentro de la noción del artículo 36 de la ley 100 de 1993, el formulario de pensiones obligatorias de porvenir, erradamente formó esa convicción cuando realmente esta circunstancia no era explícita, lo menciona en el formulario como régimen de transición y dice que es beneficiario de ella cuando en manera alguna es beneficiaria de ella, sin embargo, esta situación no puede ser permeable o no conlleva necesariamente una afiliación desinformada, toda vez que en este caso en concreto operó un doble cambio administrador adicional al traslado, es decir, efectivamente y se concuerda en que hubo un traslado, un cambio de régimen que fue el que se dio en el año 2002, según el formulario que obra a folio 23 y que se reitera con el que se aporta a folio 110 del expediente, el formulario 01708453, sin embargo, en uno de los hechos de la demanda se precisó que desde el 1 de julio de 2006 hasta la fecha se mantiene vinculada con AFP Porvenir, esa circunstancia es parcialmente cierta, toda vez que se reportan traslados de AFP en dos tiempos determinados, el primero, que no es desde 2006, es desde 2002, que se dio ese traslado; el primer traslado de régimen se hace con porvenir con fecha de solicitud 15 de mayo de 2002, posteriormente operó un cambio administrador, folio 111 del expediente, entre porvenir y Santander, hoy ING, posteriormente protección, que ese cambio operó el 21 de enero de 2003, posteriormente y efectivamente opera un cambio, también un traslado, entre Santander y horizonte, es el que obra en el formulario que da cuenta específicamente folio 109 del expediente, que es el del 24 de mayo de 2006, y que trae específicamente un traslado de AFP con un administrador anterior que es Santander, posteriormente es una cesión por fusión que viene de horizonte y que resulta nuevamente porvenir, lo que da a entender en principio que en este momento el primer administrador de régimen de ahorro individual fue Porvenir y el último de ellos coincide con él, sin embargo no puede decirse que operaron de una manera unívoca y sin solución de continuidad, toda vez que hubo dos cambios de administrador, que en el sentir del despacho, hacen operar el fenómeno de ratificación frente a la afiliación desinformada y que en este sentido se tornaría eficaz el traslado, precisamente por efectos de la ratificación, obviamente que desde el punto de vista de la aplicación de la regla de derecho de la sentencia SL1452 de 2019, hay unas reglas imperativas, pero la regla de ratificación no es una condición que en ineficacia pase por inadvertida, es más, si se habla de una ineficacia preliminar del fenómeno jurídico de la relación de afiliación, lógico es determinar que la ratificación expresa de las partes en este sentido sobre la solemnidad pertinente, es decir, con el cambio de administrador, el despacho entiende que esta autonomía de la voluntad y la libre escogencia del régimen se halla ratificada sobre la base de ese consentimiento que si bien no hay una documentación que permita evidenciar tal transición, lo que si se evidencia es que no solamente el doble cambio administrador implicaría una doble determinación acerca de las consecuencias de estar o de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad, manifestando eso si, que inclusive hubo dos oportunidades dentro del umbral establecido por ley 797 de 2003, en el cual perfectamente hubiese podido la demandante tener la posibilidad de hacer el traslado de régimen al de prima media con prestación definida, dentro del umbral establecido en la ley, permitido del umbral mayor a 10 años para los efectos de cumplimiento de edades mínimas.*

*En los anteriores términos, el despacho considera que debe darle respaldo a la relación jurídica de afiliación con el régimen de ahorro individual con solidaridad vía ratificación y en consecuencia analizarse y declarar que las pretensiones no estarán llamadas a prosperar, absolviéndose a las demandadas de las suplicas de la demanda. Sin condena en costas en la instancia, se declara probada la excepción de inexistencia de causal de nulidad o ineficacia sin algún análisis adicional.*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte **demandante**, indicó:

*En este presente caso, sustenta el fallo de primera instancia el señor juez, en la figura de ratificación que se presentó en el caso de la señora Cecilia Moreno, dado los traslados que realizó en el 2002 y en el 2006, señores magistrados, ruego tener en cuenta que*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**

*para el 2002 y el 2006, mi representada tenía efectivamente 42 y 44 años, en el 2003 y en el 2006 44 años, era tiempo en el cual pudo porvenir realizar una debida diligencia, e informarle que solamente le quedaban 3 años para que la señora pudiera trasladarse por última vez al régimen de prima media administrado por Colpensiones, entonces lo que denota los dos cambios, el del 2003 y el del 2006, señores magistrados, más que una ratificación lo que denota es la ausencia absoluta de información, la falta de cuidado en el buen manejo que deberían tener los fondos privados, simplemente lo que ellos buscan es acaparar gente sin tener en cuenta las circunstancias de edad, las circunstancias de salarios, las circunstancias en las que la persona se ha desarrollado profesionalmente, si hubiera sido así, si sus negocios lo hubieran hecho como el buen comerciante, pues hoy no estaríamos en esta porque simplemente con el traslado del 2006 le hubieran dicho: señora, no le es favorable quedarse en el rais, pásese al rpm, ahí es donde se ve, señores magistrados, la ausencia de información que hay por parte de las administradoras, frente a los usuarios. Entonces, no les importaba que la señora tuviera 44 años, era la última oportunidad, listo no lo hizo a los 45-46, si lo podía hacer a los 44, cuando volvió a hacer su afiliación otra vez a porvenir, cuando la volvían a recibir a porvenir y cuando ya tenían toda la historia laboral y pensional de mi cliente, su señoría, entonces en ese punto es donde se puede ver la ausencia de información que nos da obviamente lugar a una ineficacia plena, en virtud de lo contemplado en la sentencia 1452 de 2019, igualmente ruego tener en cuenta, señores magistrados, que la corte suprema de justicia también ha dicho en varias oportunidades que el traslado entre administradoras no es la ratificación, no es la ratificación del deseo de continuar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, al contrario, lo que significa este carrusel de AFP'S es pues que las personas simplemente no están informadas en debida forma, la señora terminó en porvenir ni siquiera porque ella lo decidió, sino por una fusión que hicieron y que al final terminaron notificándole. Por lo tanto, señores magistrados, ruego a ustedes despachar favorablemente mi recurso de apelación y dejar sin efectos la sentencia proferida por el honorable juez 12 laboral del circuito.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora CECILIA MORENO GÓMEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Porvenir S.A., el 15 de mayo de 2002, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 23 y 110 del plenario allegada por ambas partes.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen pensional, 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; en las que 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

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

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Porvenir S.A. en sus alegaciones, **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.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Cecilia Moreno Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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***



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

***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)*

Ahora, contrario a lo manifestado por el Juez de primer grado, la afiliación al RAIS de la demandante, no se ratifica por el hecho de que haya efectuado diferentes traslados entre regímenes, cuestión que se corrobora con el contenido de la documental visible a folio 111 del plenario contentivo consulta de vinculaciones de la demandante y a través de la que se determina que en efecto en el año 2006, se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING; por cuanto desde la fecha en que efectuó el primer traslado al RAIS, como se indicó en el año 2002, a través de Porvenir S.A., tal acto resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto, siendo pertinente señalar igualmente que el contenido del formulario de afiliación no suple tal deber de afirmación como lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterios jurisprudenciales antes citados, no siendo de recibo la afirmación esbozada en tal sentido por Porvenir S.A., en sus alegaciones, según la cual, con la sola suscripción del formulario de afiliación se entiende que el traslado efectuado por la demandante, fue libre y voluntario.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por las demandadas en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

**ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró 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.*

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de 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 actora a órdenes de Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que como lo indica la parte demandante en su recurso y alegaciones, no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora Cecilia Moreno Gómez a Porvenir S.A., ordenándole a esta, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS*

Finalmente, 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.

**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: REVOCAR** en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante Cecilia Moreno Gómez, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 15 de mayo de 2002, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante Cecilia Moreno Gómez, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la 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. 12201800114-01 Dte: CECILIA MORENO GÓMEZ 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: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO  
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSK  
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 07-2018-382-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CLARA INÉS FAJARDO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

**MAGISTRADA PONENTE**  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**RECONÓZCASE PERSONERÍA** a la Doctora DIANA MARÍA VARGAS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

**SENTENCIA**

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado séptimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de marzo de 2020.

**ALEGACIONES**

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, la que solicita se confirme la sentencia de primer grado y las de Colpensiones y Skandia Pensiones y cesantías S.A.

**ANTECEDENTES**

La señora CLARA INÉS FAJARDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

traslado de régimen pensional que efectuara por intermedio de Protección S.A., es nulo por haber estado viciado su consentimiento y por falta de información referente a dicho traslado, de igual forma peticiona se declare que la afiliación posterior a Old Mutual Pensiones y Cesantías, hoy Skandia S.A., también es nula por las mismas razones; solicita como consecuencia de tal declaración se disponga que la única afiliación vigente es la que efectuó al RPM, debiendo Protección y Skandia S.A., trasladar a Colpensiones todas las sumas recaudadas durante la vigencia de su afiliación ante estas y se ordene a esta última a reactivar su afiliación y a recibir los aportes objeto de traslado. (fls. 2 y 3).

### **HECHOS**

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 9 de octubre de 1960, por lo que actualmente cuenta con 57 años de edad, que empezó a cotizar para el ISS, entidad en la cual acreditó 33 semanas hasta el mes de mayo de 1996, y el 3 de febrero de 1997, se trasladó de dicho instituto a Colmena, hoy Protección Pensiones y Cesantías y tiempo después de haberse hecho efectivo dicho traslado, nuevamente fue abordada por un grupo de asesores de la administradora Protección, entidad que para dicha data, no se había fusionado con Colmena y a la que realizó aportes hasta el 7 de marzo de 2006, que nuevamente es persuadida por asesores de la hoy Skandia, firmando formulario de afiliación a esta y a la que permaneció afiliada hasta el 2015, para nuevamente afiliarse a Protección, a la cual se encuentra afiliada.

Afirma que la última administradora en mención, expidió reporte de cotizaciones el 4 de octubre de 2017 certificando que cuenta con 964,29; señala que el traslado que efectuara al RAIS, fue producto de un engaño del que fue víctima por parte de los diferentes asesores pertenecientes a Protección y Skandia, los que bajo promesas falsas la persuadieron para efectuar dichos traslados, ya que le indicaron que perteneciendo al RAIS, se podía pensionar a cualquier edad, con cualquier monto, ocultando las condiciones para acceder a tales beneficios, que el ISS iba a quebrar y sus aportes se perderían; de lo que se determina que sólo le manifestaron las



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

presuntas ventajas de su traslado más no las desventajas, que no se le indicó que el valor de la mesada pensional, estaría sujeto al comportamiento de la economía.

Señala que lo propio ocurrió con el traslado promovido por Skandia y que tales administradoras no le pusieron de presente la oportunidad que tenía de retornar al RPM antes de alcanzar los 47 años de edad, que el 6 de julio de 2017, solicitó ante Protección elaboración de simulación pensional, la que es reiterada y finalmente respondida por esta administradora señalándole que cuando alcance los 57 años de edad, no le correspondía mesada pensional alguna, ya que su capital, ascendía a \$177.854.321, valor que no alcanzaba para obtener derecho pensional, que el 8 de noviembre de 2017, le comunica a Protección que en su afiliación, se configuró vicio del consentimiento, solicitándole igualmente le suministre todos los documentos que acreditaran la información dada a ella en el acto de afiliación, a lo que esta le indicó que su afiliación era válida.

Refiere por último que solicitó a Skandia la anulación de su afiliación y la misma documentación peticionada ante Protección, ante lo cual esta administradora le indicó que su afiliación no provenía del RPM, sino de Protección y por ello no es posible anular su afiliación, que petitionó ante Colpensiones anulación de su traslado al RAIS, petición que de igual forma fue resuelta de manera negativa. (fl. 4 a 8).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 38 y 39; referentes a la fecha de nacimiento de la actora y la petición que elevó ante esta, así como la respuesta de la misma y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 124).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Por su parte, Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 6, 7, 30 a 33, negó los No. 9, 19, 20 y 34 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago. (fl. 169).

PROTECCIÓN S.A., de igual forma se opuso a las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 3 a 6, 7, 8, 20, 22 a 29 y 42, manifestó no constarle los No. 19, 21, 30 a 40 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general en pensiones.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 13 de febrero de 1997 y de igual forma las afiliaciones realizadas con posterioridad dentro de dicho régimen a través de Skandia y Protección, ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos, condenó a Colpensiones a recibir como afiliada a la señora Inés, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a los fondos demandados. (fl. 302)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en audiencia concentrada textualmente:

*Las señoras demandantes en estos procesos instauraron estas acciones contra la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, old mutual pensiones y cesantías y la administradora de fondos de pensiones y cesantías protección, en el proceso 2018 382, donde se incluyó adicionalmente a Old Mutual Pensiones y Cesantías, para que en sentencia se declare que el traslado al RAIS administrado por protección que realizaron las demandantes el 3 de febrero de 1997 y el 6 de agosto de 1999, es nulo o ineficaz, y como consecuencia de ello, se declare que las demandantes Clara Inés Fajardo debe regresar al régimen de prima media con prestación definida. Igualmente, piden la ineficacia o nulidad de su posterior afiliación de las demandantes a el fondo Old Mutual Pensiones y Cesantías, respecto a la señora Clara Inés Fajardo, como consecuencia de lo que solicitan es su devolución al RPM administrado por*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*Colpensiones, quienes las debe aceptar y registrar como sus afiliadas dentro de dicho régimen sin solución de continuidad desde su afiliación inicial, conservando todos sus beneficios como si nunca se hubiese efectuado el traslado. Igualmente, piden los derechos ultra y extra petita y costas del proceso. Esas pretensiones tienen su fundamento en los hechos narrados en la demanda, respecto al proceso 2018 00382, dice que la señora Clara Inés Fajardo Ayala nació el 9 de octubre de 1966, se afilió al RPM administrado por el ISS desde el 24 de abril de 1987 hasta el 31 de mayo de 1996, cotizando un total de 36 semanas en ese lapso. Afirma que para el 3 de febrero de 1997 la demandante se trasladó al rais administrado por el fondo privado colmena, hoy protección s.a., y luego decidió afiliarse a Protección, cuando no se había fusionado con colmena, posteriormente a escandia, hoy Old Mutual y retornó nuevamente a protección. Respecto a la información que debe ser brindada por los fondos privados al momento de la vinculación de las demandantes al RAIS, ambas coinciden en afirmar que para el momento de ese traslado no se les brindó la información completa, oportuna, veraz y certera sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, a fin de que las demandantes tuviesen la claridad de cuál era el más beneficioso para su futuro pensional, no se les hizo proyección respecto a la cuantía de su mesada pensional en cada uno de los regímenes ni se le indicó con claridad a qué edad podrían acceder a su pensión de vejez, ni mucho menos las condiciones que debían cumplir en cada uno de los regímenes para acceder a ese derecho. Coinciden en afirmar que los asesores de los fondos privados que efectuaron su traslado de régimen pensional les prometieron situaciones que posteriormente verificaron que no eran ciertos y por lo cual consideran que sufrieron un engaño con la desinformación a que fueron sometidas al momento de decidir su traslado al RAIS.*

*Sobre el surgimiento del deber de información y el deber de ser garantizado ese derecho por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento del trámite de los traslados de los trabajadores afiliados al RPM, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 8 de septiembre de 2008, bajo los radicados 31989 y 31314, que igualmente han sido ratificadas pacíficamente esa jurisprudencia en las sentencias SL1688 de 2019, SL4989 de 2018, entre otras, dejó sentado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la antesala de las condiciones para el disfrute pensional, es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe de que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales como en el sub lite, la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio mas activo al proporcionar la información de ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, si fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. En esa posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia donde se han desprendido este tipo de acciones que iniciaron las demandantes, concluyéndose que efectivamente desde la misma ley 100 de 1993 y la expedición de su decreto reglamentario 656 de 1994 y 663 de 1993, siempre existió el deber de información en cabeza de los fondos privados y a favor de los trabajadores al momento de lograr su traslado de régimen pensional, como así lo ha dejado sentado la Corporación en mención, en especial por la aplicación del principio de ejecución de buena fe de los contratos por parte de los fondos privados, consagrado en el artículo 1603 del código civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella. La corte suprema de justicia en la sentencia dictada bajo radicado SL1688 del 5 de mayo de 2019, sintetizó: la evolución normativa de ese deber de información en cabeza de las AFP en tres etapas acumulativas: la primera, el deber de información y las normas que obligaban en ese entonces a las administradoras de pensiones a darle información para lograr el traslado de régimen pensional de los trabajadores en Colombia, era la ley 100 de 1993 en sus artículos 13, literal b y artículo 271 y 272, así mismo, el artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993, y todas las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, al no menoscabo de los derechos laborales y a la autonomía personal.*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*El contenido mínimo y alcance de ese deber de información que nació desde la misma ley 100 de 1993, era la ilustración por parte de los asesores de los fondos privados sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales al trabajador que se pretendía trasladar. La segunda etapa acumulativa, es el deber de información más la asesoría y buen consejo, introducida por el artículo 3, literal c, de la ley 1328 de 2009 y el decreto 2241 de 2010 que implica el análisis por parte del asesor del fondo, el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del trabajador afiliado, y los pormenores de los regímenes pensionales a fin de que ese asesor o promotor de los fondos privados pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al trabajador acerca de lo que más le conviene, y por lo tanto de lo que podría perjudicarlo. La última y tercera etapa acumulativa es el deber de información, asesoría, buen consejo y la doble asesoría, esta última la doble asesoría fue introducida por la ley 1748 de 2014, el artículo 3 del decreto 2071 de 2015 y la circular externa número 016 de 2016, expedida por la Superfinanciera que junto con todo lo anterior, lleva inmerso el derecho del trabajador que se pretende trasladar de régimen pensional a obtener la asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. Así las cosas, debe quedar claro desde que momento nació en cabeza de los fondos privados y el derecho también de los trabajadores a obtener esa información, fue a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993, que ha existido una evolución normativa si es cierto, pero el deber de información siempre existió desde el primer traslado que se dio en nuestro país. En los casos puestos a consideración de este juzgado se tiene que la señora Clara Inés Fajardo Ayala y la señora Sandra Ibeth Castilla Anaya, al 1 de abril de 1994 contaban con 31 y 29 años de edad respectivamente, no son beneficiarias del régimen de transición, dado que tampoco contaban con el tiempo de cotización necesarios para ser beneficiarias de dicho régimen, y respecto a este tipo de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición y no cumple con los requisitos para recuperarlo, de acuerdo a las sentencias de constitucionalidad 789 de 2002, C 1024 de 2004, la SU 130 de 2013, la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL12136 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292 dejó sentado que cuando se presente controversia frente a los traslados entre régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que los generó resulta o no eficaz, independientemente que el peticionario sea o no beneficiario del régimen de transición, de ese texto jurisprudencial se tiene que no es presupuesto necesario para acceder a las pretensiones de la demanda que el trabajador sea o no beneficiario de dicho régimen, lo que es primordial en este tipo de litigio es que la prueba de que la vinculación o el traslado al RAIS estuvo viciada por falta de información, carga de la prueba que en principio estaría a cargo del afiliado no beneficiario del régimen de transición, sin embargo el artículo 167 del código general del proceso dispone el principio de la carga de la prueba, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, el inciso 2 no obstante, según las particularidades del caso el juez podrá de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación mas favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, la parte se considerará en mejor posición para probar en virtud con su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentra la contraparte entre otras circunstancias similares.*

*Cuando el juez adopte esta decisión que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. Disposición que se acompasa con lo dispuesto en el artículo 1604 del código civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, por ello, dentro de estos trámites procesales se tiene que es el fondo privado que hizo el traslado de régimen pensional del trabajador al que le asiste el deber procesal de acreditar que sus actuaciones al momento de lograr ese traslado se cinó al principio de buena fe, al de información veraz, completa, evitando cualquier posibilidad de ocasionar perjuicios a ese trabajador, esto en cumplimiento además del principio de la carga dinámica de la prueba, señalado en*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

la norma ya relacionada. Por cuanto, las demandantes desde el libelo introductorio hicieron una negación indefinida, es decir, que no recibieron la información debida, negación que conforme a la norma en cita está relevada de la carga de la prueba, como igualmente lo ha rectificado la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, entre otras en la sentencia SL17595 de 2017, SL4964 de 2018, SL1452 de 2019, donde efectivamente la carga probatoria está asignada a fondos privados que ostentan la calidad de demandado en este tipo de litigios y que intervinieron en la decisión del trabajador demandante de cambiar de régimen pensional sin la información que la ley exigía para esa data, así las cosas y teniendo en cuenta los elementos normativos y jurisprudenciales reseñados, no puede aceptarse el argumento esgrimido por el fondo privado respecto de que este tipo de litigios solo puede prosperar en los casos que la parte demandante, en este caso las demandantes, sean beneficiarias del régimen de transición, ha quedado claro que legal y jurisprudencialmente lo fundamental es que quede acreditada la omisión de información al momento de ese traslado, y durante el tiempo que se mantuvo esa vinculación al RAIS dañina para los derechos del trabajador.

Para el caso en concreto, se tiene que establecer si para la época del traslado de régimen, Protección si brindó una asesoría veraz, completa y una información completa, veraz, clara y precisa, para que las demandantes tomaran la decisión voluntaria y consciente de trasladarse del régimen de prima media al rais. Dentro del proceso 2018 00382 a folio 24 obra copia del reporte de semanas de cotización de la demandante a Colpensiones, donde se evidencia que se afilió al ISS el 24 de abril de 1987, y se mantuvo en el RPM hasta mayo de 1996, folio 25 a 213 obra copia del formulario y 213, obra copia del formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección, suscrito por la demandante el 3 de febrero de 1997, en dicha documental, se relacionan los datos básicos de ella y se señala como entidad administradora el ISS, administrador anterior, y se identifica como asesor al señor Freddy Carreño; folio 188, obra la copia del formulario de afiliación a la AFP Skandia, hoy Old Mutual, suscrito por la demandante el 7 de marzo de 2005, en dicha documental se relacionan los datos básicos de la demandante y se señala como entidad administradora anterior a Protección; folio 226, obra copia del formulario de afiliación a protección, suscrito por la demandante el 31 de julio de 2014, en dicha documental se relacionan los datos básicos de la demandante; folio 28 a 35, 215 a 222, obra copia de reporte de semanas cotizadas por la demandante a Protección S.A.; folio 21 obra la copia de la cédula de ciudadanía de la señora demandante clara Inés fajardo Ayala, documental en la que se acredita que nació el 9 de octubre de 1960, contando en la actualidad con 59 años de edad, igualmente y ante esta audiencia se practicaron las pruebas solicitadas por las partes, en el interrogatorio solicitado por Old mutual y Protección a la demandante Clara Inés Fajardo Ayala, asegura que tiene 58 años de edad, es psicóloga y tiene una maestría. Actualmente, se desempeña como profesional especializada en la secretaria distrital de integración social, asegura que para febrero de 1997 trabajaba en la Secretaría General del Distrito y allí recibían las visitas de los fondos privados de pensiones, donde anunciaban que el ISS e iba a acabar, que la opción de pensionarse en el RAIS era la mejor, que el ISS estaba en crisis y debían mirar las circunstancias, que en el RAIS se podían pensionar más jóvenes y que el monto de la mesada pensional en el fondo privado les iba a ser más favorable, dice que confió en el asesor, creyó que era idóneo y honesto. Posteriormente, se enteró de su situación porque en el programa de pre pensionados del distrito le explicaron que tenía opciones que nunca conoció, no supo que el fondo que le convenía era Colpensiones o en ese entonces el ISS, le hicieron una proyección pensional y en Colpensiones es mejor, no recuerda el monto de esas proyecciones, dice que se afilió en el año 2005 a Old Mutual, que desde 2014 hizo aportes voluntarios a Protección, que en 2015 se traslada de nuevo a Protección por el servicio que le prestaban por los trámites y menos demoras en su atención, que si se trasladó en forma libre y voluntaria pero engañada, y que ahorró en pensión voluntaria porque le habían dicho que no podía trasladarse a Colpensiones y debía ahorrar para pensionarse con una mejor mesada. En el interrogatorio a la representante legal de protección ordenado por el despacho, Olga viviana Hernández Téllez, es representante legal de protección desde noviembre de 2018, asegura que el asesor de ese fondo Fredy Carreño no tiene actualmente vínculo laboral con protección, y que no existe prueba de capacitaciones que se le haya dado por parte de colmena o protección al señor Fredy Carreño, solo existe como prueba o



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*información del asesor Fredy Carreño el formulario que firmó la demandante para trasladarse de régimen, tampoco existe prueba sobre la formación que en temas de seguridad social en pensiones tenía ese asesor en la fecha en que hizo el traslado de régimen al demandante, máximo de que no existía esa obligación a cargo de los fondos.*

*De las pruebas que se practicaron, que se arrimaron al proceso y conforme a lo reglado en los artículos 60 y 61 del CPTSS, debe indicarse que en los casos objeto de estudio no obra un medio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente de que la AFP colmena, hoy Protección, y el mismo protección al momento de lograr el traslado de las señoras demandantes al RAIS, le hubiesen suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que le traería a su futuro pensional esa decisión de trasladarse a un fondo privado, situación que constituye una flagrante omisión en su deber de información en los términos ya relacionados. Además, la mismas representantes legales del fondo privado aceptan que no obra constancia alguna de la información de la formación o capacitación que se dio a los asesores de colmena o protección para los años 1996 y 1999, ni de los conocimientos que en temas pensionales o en temas de seguridad social en pensiones tenían los asesores Fredy Carreño y Guillermo Torres Portelas empleados de Colmena y Protección que tramitaron el traslado de las demandantes de regímenes pensionales, así las cosas, debe concluirse que protección incumplió en forma flagrante su carga procesal, pues no se aportaron las pruebas que acreditaran las capacitaciones o la formación de esos promotores en tema de seguridad social en pensiones, siendo que desde el auto de pruebas se le asignó en aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, conforme al artículo 167 del CGP esa carga procesal, la cual no fue cumplida. En lo que respecta a los formularios de vinculación a la AFP protección y a OLD Mutual o Skandia, con lo que se pretende acreditar que con la firma de las demandantes se plasmó su voluntad libre y consciente de ellas como trabajadoras afiliadas, eso no es admisible, pues está plenamente acreditado que ellas desconocían sobre la incidencia que esa afiliación o traslado ha tenido frente a sus derechos prestacionales, no conocían la información completa y que la ley obliga a que se le hubiere suministrado al momento de lograr ese traslado, lo cual hace claramente ineficaz ese tránsito. Por ello, el formulario de vinculación no constituye un medio probatorio suficiente para que se pueda inferir de él que a las demandantes se les proporcionó esa información adecuada, veraz y requerida para este tipo de traslado, y que el fondo privado protección cumplió con su deber de información, dando cuenta de que se documentó en forma clara y suficiente o le informó en forma clara y suficiente a la demandante sobre los efectos del cambio de régimen pensional que decidió. Así las cosas, y estando debidamente acreditada la omisión por parte de protección, ha de tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL12136 del 3 de septiembre de 2014, posición que se ha reiterado entre otras en la SL4964 del 14 de noviembre de 2018, dejó sentado que casos como el presente lo que se genera es la ineficacia de ese traslado o afiliación, cuando quiera que la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del trabajador afiliado, y que no es suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada, la que debe corresponder a la realidad, y que en términos del artículo 1604 del código civil corresponde a la administradora de fondos de pensiones allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los trabajadores afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 de 1993, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. Presupuestos estos que se acreditaron dentro de este trámite procesal, llevando a determinar que la afiliación al RAIS de las demandantes no estuvo acorde al estatuto de seguridad social en pensiones y a las reglas de libertad de escogencia del sistema pensional, porque no se acreditó la existencia de una decisión informada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado de régimen, en todas sus definiciones legales, tornando ineficaz el negocio o mejor la vinculación de las señoras demandantes.*

*De la señora Clara Inés Fajardo Ayala con el fondo colmena, hoy protección el 13 de febrero de 1997 mediante el formulario de afiliación número 278374 y consecuentemente la afiliación a Skandia, hoy Old Mutual del 7 de marzo de 2005, contenida en el formulario número 74099 y a protección de fecha 31 de julio de 2014*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte. CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

contenida en el formulario número 0777225. Así las cosas, declarada entonces la ineficacia debe ordenarse a protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de las que son titulares las demandantes Clara Inés fajardo Ayala y Sandra Iveth Castilla Anaya, dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo ese traslado de régimen pensional a Colpensiones. Sobre la excepción de prescripción con la contestación de la demanda, los fondos demandados propusieron la excepción de prescripción, en sus distintas modalidades y para resolver se tiene que el artículo 48 de la CP define a la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable, regido por los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad, y recordemos que en los casos en estudio lo que ha sido objeto de debate es el régimen pensional que debe aplicársele a las señoras demandantes para el disfrute de su derecho pensional, tema que es inherente al derecho a la seguridad social garantizado constitucionalmente, por ello irrenunciable, por lo tanto imprescriptible. Así las cosas, este fenómeno prescriptivo que se alega como excepción por los fondos demandados no opera en este tipo de litigios por afectar derechos pensionales protegidos expresamente por norma superior, dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por los fondos demandados. Sobre costas procesales. Son a cargo de los fondos demandados.

## RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó:

Gracias su señoría, de manera muy respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el despacho en audiencia, solicitando así al honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral, se tenga en cuenta precedentes jurisprudenciales, tales como la sentencia SL112136 del 3 de septiembre de 2014, sentencia SL19447 del 27 de septiembre de 2017, sentencia SL1421 del 10 de abril de 2019, en las que se puede concluir que para las personas que un cambio de régimen resultaba supremamente gravoso, puesto que eran beneficiarias del régimen de transición y estaban muy cercanas a cumplir los requisitos faltantes para obtener la pensión por lo que era innegable el deber de la AFP de presentar información, no solo correcta sino también suficiente, sin embargo para el caso concreto no se encuentra para ninguna de las dos demandadas, no se encuentran inmersos en una de estas situaciones anteriormente mencionadas, y de otro lado tampoco contaban con una expectativa legítima, según lo explicado por la jurisprudencia. Razón por la cual, la posible falta de información que pudo incurrir el fondo de pensiones no logra tener la identidad suficiente para configurar un engaño. Ahora bien, también la sentencia SL12136 de 2014 del 3 de septiembre, radicación 46292 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó que al momento de resolver sobre la viabilidad de la aplicación del régimen de transición ante la existencia de un traslado, es imperativo para el juez, verificar los requisitos y verificar si el traslado se realizó bajo parámetros de libertad informada, “solo a través de la demostración de la existencia de libertad informada para el cambio de régimen es que el juzgador podrá avalar la transición en la que se encontraba muy cerca de consolidar el derecho pensional, y así mismo pues ha procedido cuando la decisión del traslado se coartó o limitó o restringió la posibilidad de acceder al régimen de transición. Ahora bien, respecto de la carga de la prueba, es imposible interponer esta carga al fondo privado, toda vez que para la fecha en que se realizaron los respectivos traslados no se contaba con la obligación legal de dejar un comprobante de lo mismo. Así mismo, quiero que se tenga en cuenta respecto de la grave afectación del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, tal y como se manifestó en la sentencia C 242 de 2009, de la que se puede concluir que si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vía laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas pueda obtener una pensión mínima, independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permite que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta no solo contrario al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles, para asegurar el reconocimiento y pago de una forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios que da derecho a la seguridad social. Ahora bien, respecto de la condena en costas a mi representada, debo manifestar que esta actuó de buena fe, no tuvo injerencia alguna respecto del traslado, por lo que no hay lugar a la condena de estas costas.*

### **CONSIDERACIONES**

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora CLARA INÉS FAJARDO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Colmena Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 3 de febrero de 1997, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 213 del plenario, así como respecto de los traslados posteriores efectuados dentro de dicho régimen.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que 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; en las que 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



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

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

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Clara Inés Fajardo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., entonces Colmena Pensiones y Cesantías a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

“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 así como, contrario a lo afirmado por la recurrente y por Old Mutual S.A., en sus alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la hoy Protección S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Clara Fajardo, desde la fecha de su afiliación a dicha administradora.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por la recurrente en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien invocó tal circunstancia lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró 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.*

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones según el cual, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición o no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que esta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

*“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación*



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

*del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

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

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de 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 actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Respecto de la condena en costas impuesta en contra de la recurrente Colpensiones, se observa que como en efecto lo señala esta, no tuvo incidencia alguna en el momento de traslado de la aquí demandante, pues como lo indica esta misma, fueron los asesores de la entonces AFP Colmena



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

quienes promovieron su afiliación al RAIS, administradora que como se señaló, omitió el deber de información bajo estudio, de la que se deriva la declaratoria de ineficacia; es por ello que no hay lugar a condenar a esta en costas a pesar de su llamado a juicio, razón por la cual, se dispondrá **modificar** el numeral QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar señalar que la condena en costas allí prevista únicamente recae sobre Protección y Old Mutual Pensiones y cesantías, aclarando que esta decisión únicamente recae en lo que interesa al proceso promovido por la aquí demandante Clara Fajardo como quiera que sus peticiones se resolvieron en audiencia concentrada.

Finalmente, 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.

**Sin costas** en esta instancia.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral QUINTO de sentencia recurrida, para en su lugar señalar que la condena en costas allí prevista únicamente recae sobre Protección y Old Mutual Pensiones y cesantías, aclarando que esta decisión únicamente recae en lo que interesa al proceso promovido por la aquí demandante Clara Fajardo.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 07201800382-01 Dte: CLARA INÉS FAJARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO*

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**MAGISTRADO**

  
**LORENZO TORRES RUSSY**  
**MAGISTRADO**

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

**MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JESUS MANUEL SANCHEZ  
RAMIREZ VS AGUAS DE BOGOTÁ SA ESP RAD 6-2018-565-01**

---

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

**ALEGATOS**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

**SENTENCIA**

El señor **JESUS MANUEL SANCHEZ RAMIREZ**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **AGUAS DE BOGOTA SA ESP**, a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia, se le reintegre a un cargo de igual o superior categoría, al que desempeñaba al momento del despido y al pago de indemnizaciones moratorias. En forma subsidiaria solicita el pago de 180 días de salario previstos en la ley 361 de 1997, indemnización del art 65 del CST extra y ultra y costas y agencias en derecho. (fls 3 al 10 demanda y 40 al 42- escrito que subsana la demanda).

Como fundamento de sus pretensiones afirma que prestó servicios en AGUAS DE BOGOTA SA ESP, desde el 17 de diciembre de 2012 en el cargo de

operario de barrido, que el 8 de febrero de 2018, la demandada despide al actor en forma unilateral y sin justa causa, sin permiso del Ministerio de Trabajo y sin tener en cuenta que se encuentra próximo apensionarse, que no canceló indemnización por despido, que fue reintegrado por una orden de tutela proferida el 10 de abril de 2018, que el demandante tiene 60 años, que el salario era de \$ 1.576.137, que el reintegro se produjo el 18 de junio de 2018. (fls 4 al 10)

La demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que el contrato terminó por causa legal, esto es expiración de la obra, que el demandante se encuentra laborando porque así lo ordenó una sentencia de tutela. En cuanto a los hechos aceptó el 4,5 y 6, negó los demás. Propuso las excepciones de improcedencia del reintegro, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado e innominada o genérica. (fls 59 al 67).

Mediante decisión de fecha 12 de febrero de 2020, el Juzgado 6 Laboral del Circuito **ABSOLVIÓ** a la demandada **AGUAS DE BOGOTA SA ESP** de las pretensiones de la demanda.

Para tomar esta decisión en síntesis la Juez afirmó: “...**Se recuerda que el problema jurídico a resolver se ciñe a determinar la procedencia de la acción de reintegro derivada de la alegada situación de pre pensionable del accionante** dado que, si bien acreditó a la terminación del contrato de trabajo en febrero 11 de 2018, el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, se ha de considerar si puede estimarse que el accionante es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre pensionable; como lo determinó el juez de tutela mediante el fallo de fecha 10 de abril de 2018, proferido por el juzgado 50 civil municipal de Bogotá, confirmada por fallo de fecha 18 de mayo de 2018 emitido por el juzgado 4 civil de igual circuito. **Adicionalmente, debe el juzgado definir la procedencia de la indemnización por despido y la sanción regulada por la ley 361 de 1997, artículo 25, por despido sin autorización del inspector de trabajo.** Con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto, se advierte que en el juicio se probó con la documental visible a folios 11 a 14, 30 y 31, que el demandante se vinculó con aguas de Bogotá s.a. a partir del día 17 de diciembre de 2012, hasta el día 11 de febrero de 2018, como conductor de recolección. Como se advirtió por las partes sin discusión, la parte accionada reintegro al accionante el día 16 de abril de 2018, en cumplimiento de la orden de reintegro que determino el juez de tutela en el fallo atrás citado. En ese orden de ideas, se sigue que a la terminación de contrato de trabajo en febrero 11 de 2018, el accionante acreditó 1439 semanas cotizadas a Colpensiones con registro de la última cotización en diciembre 12 de 2017, folios 43 a 54, así se advierte que el accionante acreditó en la terminación de contrato de trabajo en febrero 11 de 2018

reunida la densidad mínima 1300 semanas que exige la ley 397 de 2003, artículo 9, para acceder a la pensión de vejez. Ahora, con la cédula de ciudadanía que accedió el accionante en audiencia anterior, se determinó que el antes citado nació el día 31 de mayo de 1957, según copia que se aporta al proceso en fotocopia cotejada con el documento original que se tuvo a la vista. En tal virtud se colige que en el juicio se probó que el antes citado, a la fecha de terminación de contrato de trabajo, contaba con 61 años de edad. Siguiendo las anteriores premisas se resalta que en relación con el fuero de estabilidad reforzada de pre pensionable, en el sector privado no existe una norma legal como la definida en la ley 790 de 2002, mediante la cual dispone la garantía para empleados del sector público, sin embargo, no puede desconocer el juzgado que por creación constitucional la sentencia de unificación su 03 de 2018, determinó que la condición de pre pensionable para las personas vinculadas laboralmente en el sector público o privado aplica en principio frente a quienes están próximas dentro de los 3 años siguientes a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez, edad y el número de semanas o tiempo de servicios requerido en el régimen de prima media con prestación definida o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y consolidar el derecho a la pensión. La pretensión, **conforme lo explicó la sentencia atrás citada, protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo, por tanto, ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva al sistema general de seguridad social en pensiones, para consolidar los requisitos que faltaren para acceder a la pensión. En igual forma explicó la corte constitucional en la sentencia de unificación atrás citada, que en aquellos supuestos en los que solo resta el requisito de la edad, dado que acredita el número de semanas de cotización o el tiempo de servicios en el caso de régimen de prima media, no sea considerado que la persona sea titular de la garantía de pre pensión, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al sistema en pensiones, pues el requisito faltante de la edad puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación laboral vigente. En consecuencia, como el demandante acreditó a la fecha de terminación de contrato de trabajo en febrero 11 de 2018 cumplida la densidad de cotizaciones que exige la ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez, pues demostró una densidad superior a 1300 semanas y solo le faltaba arribar a la edad de 62 años que cumplió el día 31 de mayo de 2019, se infiere que la acción de reintegro suplicada en la demanda no está llamada a prosperar, la reclamación relacionada con la indemnización por despido no está llamada a prosperar porque la parte accionada reintegró al accionante por orden del juez de tutela derivada del despido que se produjo en febrero 11 de 2018, tampoco procede la sanción regulada por la ley 361 de 1997, artículo 25, teniendo en cuenta que la sanción no aplica frente al fuero de estabilidad reforzada en condición de pre pensionable.**

1.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación así: “....Su señoría, manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho, en el sentido de que se prueba, que mi representado era una persona pre pensionada, como usted lo dijo tenía 61 años de edad, la

**ley es clara que quien pretenda despedir a una persona en calidad de pre pensionado debe solicitar autorización al inspector de trabajo, por ende, la entidad demandada considero que si es sujeto a la cancelación de la indemnización.**“

## CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS, la Sala resolverá los puntos a resolver que del escaso sustento del recurso, la Sala limita en los siguiente, se itera, los cuales infiere del recurso planteado: i) El actor ostenta la calidad de pre pensionado y ello se acredita con la edad que tenía al momento del despido por tanto se debía pedir autorización al inspector del trabajo y ii) En consecuencia hay lugar al pago de la indemnización, puntos que resolverá de manera simultanea

### **De la calidad de pre pensionado del demandante y pago de indemnización**

Lo primero que advierte la Sala es que el recurrente no se refiere a los argumentos de la Juez, que acertadamente analizó con base en la jurisprudencia para concluir en algo contrario a lo que el recurrente insiste, esto es en la calidad de pre pensionado del actor; y limita esta condición ala edad, se itera, ignorando lo al respecto ya definido en varias y reiteradas sentencias a las que acudió la Juez.

Al respecto vale recordar que la condición que invoca la parte actora, esto es la de pre pensionado que dio lugar al análisis de la pretensión de reintegro y que el recurrente no cuestiona, pues solo la relaciona con la pretensión de indemnización, surge de cumplimiento de los requisitos para que se pueda tener como tal, explicados ente otras en la sentencia SU 003 de 2018, citada por la Juez, que, aunque referida a empleados públicos, para los que, dicho sea de paso, fue para quienes en un primero momento se habló de esta protección; aplica también en este caso cuando se trata de un trabajador cuyo contrato regula el CST.

Allí efectivamente la Corte señaló:

“(....)”

Para la Sala Plena, **con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.**

De manera que se equivoca el recurrente cuando insiste en esa condición del actor y más cuando la entiende vinculada solo a la edad pues se encuentra plenamente acreditado que el demandante, aunque le faltaba edad a la finalización del contrato ya tenía las semanas requeridas para tener derecho a la pensión; (más de 1300), luego la decisión del Juez al declarar que el actor no era un sujeto de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, es acertada y por tanto no tenía que solicitar permiso alguno a la autoridad competente.

En cuanto al segundo punto, esto es, a la afirmación del recurrente sobre la procedencia de la indemnización por ser sujeto de esta protección, vale decir que no es esta estabilidad laboral reforzada aún en el evento de existir la que genera esta consecuencia; siendo claro en este caso que el argumento de la Juez, ignorado por el recurrente, es que al haberse dado el reintegro del actor, en virtud de una sentencia de tutela, se dio la ficción que considera, que la terminación del contrato nunca existió, luego si no hay terminación de contrato, tampoco podría pensarse en una indemnización por este hecho, luego se impone **CONFIRMAR** la sentencia apelada; sin más consideraciones por innecesarias.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., a la protección 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**

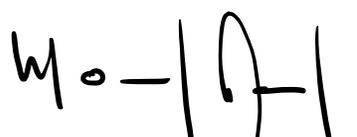
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia apelada por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en la alzada.

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 ÓLARTE

  
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

  
LORENZO TORRES RUSSY