

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

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-082-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DIEGO FERNANDO MUÑOZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora LILIAN PATRICIA GARCÍA, 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 agosto 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 las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas y la parte demandante, esta última solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

El señor DIEGO FERNANDO MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia del traslado al RAIS que realizara ante la omisión de Porvenir S.A., en el deber profesional de información; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene su traslado y afiliación al RPM administrado por Colpensiones, ordenándole a Porvenir S.A., realizar la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, con destino a Colpensiones y a seguir pagando en caso de habersele concedido pensión por vejez dicha prestación hasta tanto no traslade todos los recursos a Colpensiones. (fl. 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 31 de octubre de 1987 y como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados, se trasladó del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A., el 29 de abril de 2002, que al momento de dicho traslado, el promotor de la demandada en mención, se limitó a diligenciar un formulario preestablecido sin brindarle una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, así como las consecuencias negativas de abandonar el RPM, que Porvenir S.A., no le entregó proyecciones ni comparativos sobre lo que sería el valor de su mesada pensional en ambos regímenes, ni la información respecto al capital que necesitaría para acceder derecho pensional y sobre cuáles salarios debía cotizar para acceder a una pensión de valor equivalente a la del RPM.

Señala que la AFP demandada, tampoco le brindó información acerca de la forma de negociación del bono pensional, la posibilidad y consecuencias de transferir el ahorro depositado en su CAI en caso de fallecimiento a sus beneficiarios, no se le informó sobre la posibilidad de retractarse de dicho acto de afiliación, publicitando información falsa, como que se pensionaría a una edad más temprana que en el RPM, que la mesada pensional en el RAIS sería



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

más alta que en el RPM y que el ISS iba a desaparecer, por lo que sus aportes hasta el momento depositados en ese Instituto, corrían riesgo de perderse; que ante la omisión en todos estos aspectos, su traslado de régimen, se torna ineficaz.

Refiere que solicitó ante Porvenir S.A., copia de los documentos con los cuales promovió su afiliación, los que no le fueron suministrados, que igualmente solicitó ante Colpensiones y ante la AFP en mención la anulación de su traslado de régimen con el consecuente traslado de aportes, sin descuentos por concepto de gastos de administración, solicitud que fue negada por Porvenir S.A.; que en el evento de haber seguido cotizando al ISS, el momento de su mesada pensional a la fecha ascendería a \$2.941.320, mientras que en Porvenir, este valor quedaría en \$1.018.534, conforme cálculo actuarial realizado, siendo evidente la diferencia del monto de su mesada pensional en ambos regímenes, encontrándose actualmente vinculado aún a Porvenir S.A., ya que esta y Colpensiones no han accedido a su solicitud de anulación de traslado. (fls. 2 a 5).

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, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación. (fl. 238).

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 24 y 25, manifestó no constarle los No. 1, 16, 21 y 23 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación. (fl. 289).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor DIEGO FERNANDO MUÑOZ del RPM al RAIS a través de Porvenir, con efectividad a partir del 1 de junio de 2002, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del RPM

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir a que transfiera las sumas de dinero que obren en la cuenta del demandante, las comisiones que recibió por haber administrado los dineros, junto con los valores correspondientes a rendimientos, comisiones por administración, sin que se haga descuento alguno por conceptos que haya pagado por seguros de pensión de invalidez y sobrevivientes, todo remitido al RPM administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones reciba todos los dineros que tratan los numerales anteriores y reactive la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: AUTORIZAR a Colpensiones para que inicie las actuaciones civiles y administrativas a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara en esta audiencia. (...) (fl. 353).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

El problema jurídico consiste en determinar si el traslado que hizo el demandante de régimen de prima media a individual a través de Porvenir y con fecha efectiva a partir del 1 de junio del 2002 fue libre y voluntaria tal como lo probo el art 13 de la ley 100 del 93 el mismo resulta ineficaz entre la inobservancia de dicho precepto.

El despacho pasa a resolver el problema jurídico abordando tres ítems a saber el primero; En que consiste en esa expresión de libre y voluntaria que establece el Art 13, el segundo, la carga de la prueba y el tercero, el caso en concreto.

Para abordar estos ítems el despacho se basara en las siguientes sentencias: 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 1552 de 2019, SL 1688 de 2019, SL881 de 2020, SL985 de 2020, STL59356, STL59476 estas del 2020 y la STP2082 del 2019. Entonces el primer ítem es decir en que consiste esa decisión libre y voluntaria el despacho debe señalar que se trata o cuando la norma establece eso va mas allá y es no en el sentido que se haya suscrito ese formulario sin una presión, sin una fuerza sino que debe estar antecedido esa suscripción del formulario de una debida información que debe adecuarse dependiendo la norma que se encuentre vigente en el momento en que se hiciera las afiliaciones, en ese orden desde la ley 100 del 93 las entidades administradoras han tenido la obligación de dar una información conforme al principio de transparencia tal como lo establece el decreto 663 del 93 y bajo ese principio de transparencia se debe señalar que una información idónea y que una afiliación es libre y voluntaria cuando se ha dado una explicación de manera objetiva, completa comparada y comprensible a ese potencial afiliado al momento de la afiliación y en eso el despacho debe señalar que cuando la norma habla y así lo ha desarrollado la jurisprudencia, que es una explicación objetiva no se trata única y exclusivamente de brindar las bondades que tiene el régimen de ahorro individual sino establecer conforme a la situación fáctica que establece ese afiliado, si le conviene o no le conviene usar, irle desarrollando el camino que debe cruzar para llegar a la pensión dependiendo y reitera el despacho la situación fáctica que rodea ese potencial afiliado, en contraste con el régimen de prima media y la información comparada, porque una información comparada porque se trata de un traslado de régimen es decir se debe



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

explicar al potencial afiliado que es lo que tiene en esos momentos, como va adquirir ese derecho pensional en el momento en que se hace el traslado y como lo va adquirir con este nuevo servicio que se le está ofreciendo y en ese orden para que solamente para que la persona pueda entender que efectivamente le conviene debe hacerse una comparación porque no puede entender cuáles son las implicaciones que el cambio le traería en su derecho pensional y comprensible bajo lo entendido y así lo señala la jurisprudencia que se está abordando a un lego en la materia.

La carga de la prueba le corresponde a las administradoras de fondos de pensiones en estos casos porque basándonos en dos normas, el artículo 1604 del código civil que establece que la parte del contrato queda abierta y no es otra que la administradora de fondos que aborda a este afiliado para tratar de convencerlo de afiliarse a ese régimen individual y es la que conoce el servicio que ofrece tanto ella como su competidora que es el régimen de prima media. También existe una norma procesal que es el artículo 167 del código general del proceso que se indica que cuando se alega la negación indefinida como estos casos que es no me dieron esa información que establece el artículo 13, le corresponde probar a la parte contra quien se alega en este caso la parte demandada Porvenir y traer las pruebas que ilustren como fue ese escenario de afiliación del demandante y si esa información cumple con el principio de transparencia que se exigía desde la ley 100 del 93 esto independientemente si se trata de una persona que hace parte del régimen de transición o tiene una expectativa legítima o no la tiene y así también lo ha entendido la corte suprema de justicia específicamente en la sentencia SL1688 del 2019 fue cuando ya se empezó a decir mire esto no se aplica única y exclusivamente para las personas que tienen régimen de transición pero ha cobrado mayor fuerza con las sentencias que se han dado en la Sala Laboral y la Sala Penal, para llegar a la conclusión que no hay porque hacer distinción y estas reglas se aplican para todas las personas que se trasladan del RPM al RAIS.

La conclusión es muy sencilla si la norma no hace distinción el juzgador no puede hacer distinción y son los mismos requisitos que se exigen para el que se traslada con uno o dos días de haber cotizado al seguro social como el que se traslada en este caso con 704 semanas. En el caso concreto para aplicar ya los dos conceptos que ya se estudiaron el despacho debe señalar que Porvenir en este caso no cumple con las cargas de prueba que le impone tanto la norma sustanciales como las normas procesales, en el despacho aparece dos pruebas una que es el formulario de afiliación de su simple lectura es un formulario preforma y de la simple lectura no se puede evidenciar cual fue la seriedad con la que abordó el promotor al demandante en el año 2002, no se sabe cuál fue esa información que le dio, si se le explicó en debida forma cada paso para poder llegar a ese derecho de pensión, y el número de semanas ya cotizadas por el demandante que no era insignificante y esa situación no se evidencia de la lectura del formulario así mismo tampoco pues esa duda de la información que se le dio al demandante tampoco se evidencia como la mayoría de casos las informaciones que se le dan al afiliado son básicas sin caer en el caso en concreto, como, que tiene que hacer.

En el formulario aparece un escrito en el que se señala que se ha firmado de manera libre y voluntaria, que escoge también de manera voluntaria el régimen y también le dicen que 5 días para que pueda ejercer el retracto pues con esta simple manifestación no se puede evidenciar que hayan cumplido con ese principio de transparencia ahora si bien es que en contestar la demanda señala que el demandante tenía esa opción de hacer ese retracto el despacho siempre ha manifestado que uno no puede retractarse de algo que no sabe o no conoce a ciencia cierta y que el presume que esa información que le ha dado el asesor ha sido correcta. Por ende, el despacho entonces declarará la ineficacia en el presente asunto de la afiliación es decir accederá a las pretensiones de la demanda ordenándole a Porvenir que remita a Colpensiones los dineros que obre en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos y comisiones por administración sin que le sea descontado dinero alguno que haya pagado por pensión de invalidez o pensión de sobreviviente todo con destino a Colpensiones y a Colpensiones se le ordenara recibir los dineros y reactivar la afiliación que en su momento tenía el señor Diego Fernando Muñoz Castillo al RPM sin solución de continuidad; con estas mismas consideraciones el despacho declara no probadas las excepciones propuestas por las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

partes demandadas las que estaban tendientes a derruir la pretensión principal, respecto a la ratificación así como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede haber ratificación por el paso del tiempo no se puede ratificar un contrato que no produjo efectos jurídicos y frente a la prescripción el despacho debe señalar que al estar implícitamente ligada al principio de la acción de ineficacia al derecho pensional que se cobija bajo esa prerrogativa es decir que es imprescriptible y así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el que señala que la única prescripción que se toma en el presente asunto es la trienal y cuando se pide el reconocimiento de la pensión lo dijo la corte en otra sentencia reciente que es la SL2035 del 2020.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso:

Se aduce dentro de las consideraciones adoptadas por la falladora de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado de régimen la consideración o el argumento frente al incumplimiento al deber de información para con el afiliado en este caso el demandante, respecto al traslado de régimen pensional conllevando evidentemente a declarar la ineficacia conforme a sus lineamientos y centrado propiamente desde un criterio legal propio es que no existía obligación adicional a mi representada más allá de manera documental de dejar por escrita la voluntad del afiliado de traslado de régimen e incluso vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales, ello se soporta conforme a las ley 100 de 1993 decretos como el 692 del 94 que no puede entenderse el formulario de afiliación como se manifiesta como un simple preformato porque era un formulario que avalaba la superintendencia financiera y que bajo los lineamientos de esa reglamentación como el Art 11 del decreto 692 del 94 los formularios de afiliación contenían una serie de datos o de información que hacían efectivas las afiliaciones, no puede actualmente bajo los criterios del deber de información actual considerarse que se falta a ese deber de información y considerar la prueba documental como es el formulario de afiliación como simple preformato ya que ello no solamente constituye que el demandante quería trasladarse de régimen, quería pertenecer al régimen de ahorro individual sino que convalidaba la información que allí estaba que se obligaba frente a las implicaciones y condiciones propias del régimen y conforme a que había recibido una información respecto a la asesora que allí se encontraba descrita en ese sentido porvenir cumplió con el deber de información al momento de traslado de régimen más aun cuando dentro del interrogatorio de parte indicó el demandante haber recibido por parte de una promotora del fondo una serie de información que se reduce a situaciones de características del régimen de ahorro individual, no existió como se indicó dentro del escrito introductorio una intención engañosa por parte de la promotora para trasladarlo de régimen teniendo en cuenta que una de las motivaciones propiamente era la situación actual que desempeñaba o que generaba el instituto de seguro social en ese momento, bajo esos criterios el demandante suscribe un formulario de afiliación de manera voluntaria y posteriormente Porvenir fue cumpliendo con el deber de información indicándole características propias como el hecho de enviarle información al demandante como los extractos de aportes, propaganda o información como lo consideró en el interrogatorio de parte, adicional incluso situaciones como la modalidad de riesgo frente a sus aportes que estaba dentro del régimen de ahorro individual considerando si iba hacer a un riesgo bajo o medio en su momento.

Bajo esta situación no puede adoptarse la línea jurisprudencial de la sala laboral de la Corte teniendo en cuenta que no es doctrina legal probable para el caso del demandante desde un escrito fáctico, no puede considerarse los fallos de tutela como doctrina probable dentro del presente proceso ya que evidentemente no tienen injerencia jurisprudencial respecto al caso en concreto del demandante, tampoco existe argumentación o motivación concreta de porque a mi representada se condena a gastos de administración situación que uno puede llegar a considerar que el traslado de régimen le haya sido perjudicial al demandante porque estaba bajo las facultades que la ley le permitía realizarlo y no estaba renunciando a ningún tipo de derecho o existiendo alguna pérdida frente al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

derecho prestacional o pensional, situación conlleva también que el demandante conocía la posibilidad de trasladarse de régimen previo a entrar dentro de la provisión legal que estableció el artículo 2 de la ley 797 del 2003; en ese sentido debe entenderse bajo los supuestos y criterios del acto jurídico de la acción civil de la ineficacia del traslado que existe incluso de la misma nulidad que incluso existe en criterios de saneamiento que es por el lapso del tiempo y por la ratificación del afiliado en ese sentido conocer la posibilidad de trasladarse de régimen y aun así seguir realizando aportes dentro del régimen de ahorro individual y el lapso de tiempo que transcurrió hasta el momento de impetrar la acción considera evidentemente una ratificación de seguir permaneciendo en el régimen por otro aspecto presente a la excepción de prescripción no es posible considerar como se indicó por el fallador de primera instancia que no sea invocable tal excepción a lo referente a los gastos de administración propiamente porque la destinación de los mismos gastos por administración no tienen un fin propio hacia la pensión, criterio que desvirtúa la situación propia respecto a que no aplique la excepción de prescripción frente a que su destinación es totalmente diferente respecto al pago de prima de seguros por contingencias de invalidez y muerte que durante todo este lapso de tiempo el demandante estuvo cobijado y lo referente a la administración realizada por el régimen de ahorro individual en ese sentido debería aplicar la excepción de prescripción y considerar su momento la revocatoria del fallo en su integridad.

La demandada **Colpensiones** indicó en su recurso:

El demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993 sin que se haya ejercido alguna presión o coacción alguna al momento de retomar su decisión al afiliarse de manera libre y espontánea a la AFP Porvenir y teniendo en cuenta que para el momento en que el demandante presentó su solicitud o nulidad del traslado o traslado de régimen pensional el demandante ya se encontraba dentro de la prohibición prescrita en el artículo 2 de la ley 797 del 2003 puesto que contaba con la edad de 53 años y por tanto resultaba improcedente acceder a su pedimento de retornar a prima media aunado que el demandante a lo largo de su afiliación a régimen de ahorro individual no presentó ningún inconveniente, ninguna reclamación inconformidad al encontrarse en dicho régimen sin embargo realizó continuamente sus aportes e incluso en las oportunidades en que tuvo alguna inquietud o alguna duda no presentó queja o reclamación o solicitud de ampliación de la información respecto a las dudas que tenía sino que aceptó y mantuvo un silencio respecto a sus inquietudes, dudas o vacíos que tuviera respecto a su afiliación de régimen de ahorro individual aunado a esto tenemos que resulta improcedente acceder al pedimento del demandante de la nulidad o ineficacia de la afiliación puesto que no se encuentra demostrado plenamente que haya existido algún vicio en el consentimiento conforme lo dispone el artículo 1508 del código civil sino que pues se encuentra plenamente ratificadas su voluntad y decisión de mantenerse en el régimen de ahorro individual, también debemos tener en cuenta que desde el momento de la afiliación inicial el demandante sólo hasta el 23 de abril del año 2009 solicitó ante Colpensiones retorno al RPM, cuando contaba con 53 años y ya había prescrito la oportunidad de retornar a dicho régimen o de solicitar alguna rescisión del contrato de afiliación conforme lo dispone el artículo 1750 del código civil en el cual se establece un término de 4 años para la rescisión de los contratos así como en la normatividad laboral conforme los Art 488, 751, del código sustantivo de trabajo bajo el código procesal laboral también se establece un término de 3 años para presentar las excepciones tendientes a decretar la nulidad o ineficacia de la afiliación; esto sin perjuicio de cercenar o el derecho pensional del demandante en el cual esta descrito en el artículo 48 de la constitución política y el cual pues se encuentra plenamente protegido por la AFP Porvenir que si bien es cierto tal vez la proyección de la pensión realizada por un asesor externo de Colpensiones o a la AFP Porvenir no cumple con las expectativas que contaba el demandante no quiere decir esto que allá existido una falta de información puesto que en el evento que se le hubiera presentado o en el momento de su afiliación alguna proyección de su mesada pensional o de su pensión esto hubiera resultado engañoso toda vez que pues el derecho pensional de él se encontraba en plena construcción y era una mera expectativa, aunado a que los silencios presentados por el demandante conforme lo dispone el decreto 2241 del 2010 como consumidor financiero él tenía el deber de solicitar la información adecuada de las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

condiciones del sistema general de pensiones y así mismo tenía la posibilidad incluso de acercarse a las oficinas tanto del ISS o de Colpensiones o de la AFP Porvenir para solicitar alguna información puesto que si bien es cierto la AFP tiene el deber de informar a sus afiliados esto no exonera a los mismos de concurrir ilustrados a la escogencia de su régimen pensional por tanto como quiera que no sean los presupuestos para la nulidad o ineficacia de la afiliación ruego a los honorables magistrados que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones ya que no se encuentra realmente algún vicio o alguna condición tendiente a la nulidad o ineficacia de la afiliación, sin embargo y en caso de resultarle favorable mi petición ruego que se ordena a la AFP normalizar la afiliación en el sistema siafp así como la devolución de los aportes a Colpensiones con la respectiva entrega del archivo y el detalle de los aportes realizados por el demandante durante su permanencia en el régimen de ahorro individual.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor DIEGO MUÑOZ, se circunscribe a la declaratoria de anulación por ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir, el 29 de abril de 2002, como se verifica de copia del mismo, visible a folios 53 y 324 del plenario, allegada por la demandada en mención y la parte demandante.

En este orden, como quiera que se petición la declaratoria ineficacia de traslado de régimen pensional, se tiene que dicha figura 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 y contrario a lo señalado por Colpensiones 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 de 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 las recurrentes ninguna de ellas da cuenta respecto de que al señor Diego Muñoz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., fondo al que se trasladó el demandante para la data en mención, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por las demandadas en sus alegaciones como en el recurso planteado, el traslado del demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que este no conocía las implicaciones del mismo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Dicho deber de información, no se puede dar por suplido como lo señala la recurrente Porvenir S.A., con las afirmaciones del demandante al absolver interrogatorio de parte, como quiera que este manifestó que únicamente se le pusieron de presente al momento de su traslado al RAIS, las **ventajas** de afiliarse a dicho régimen y como se señaló abundante jurisprudencia ha indicado que no sólo se deben manifestar las ventajas del traslado de régimen pensional, sino también lo que le resulta perjudicial al afiliado en caso de tomar la adoptar la decisión de traslado, sin que el recaudo de dicha prueba permita concluir que el actor hubiera confesado que al momento de su traslado también le manifestaron lo desfavorable del mismo.

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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 logra determinar que 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 le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al señor DIEGO MUÑOZ, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones.

De igual forma, su suministro no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, como indica la recurrente Porvenir, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular del actor, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Siguiendo con lo referente al formulario de afiliación y en atención a la manifestación de la recurrente Porvenir S.A., el hecho de que este esté firmado por el afiliado y aprobado por SuperFinanciera, no da por cumplido el deber de información, cuestión de la que también se ocupó 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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

“Por otro lado, no es plausible asumir que la firma del formulario de afiliación implica la aceptación de que el afiliado recibió información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen. El derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades; por consiguiente, es inaceptable que bajo el escudo de un formalismo las administradoras se excusen del cumplimiento de sus deberes y responsabilidades legales.

Igualmente, el hecho de que la Superintendencia Financiera hubiese aprobado los formatos preimpresos válidos para afiliación, de ninguna manera sustituye la obligación que tienen los fondos de pensiones de dar a conocer a los afiliados los riesgos y consecuencias del cambio de régimen. En otras palabras, el uso del formulario no exime ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las entidades administradoras; por tanto, previo a la suscripción de este documento deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, darles a conocer a los afiliados todas las implicaciones del traslado.

Ahora bien, tampoco resulta de recibo el argumento de las recurrente Colpensiones, según el cual la permanencia del demandante en el RAIS tiene la virtud de convalidar el que realizara ante Porvenir S.A., sin observancia del deber de información, ello por cuanto el acto primigenio de traslado, no nació a la vida jurídica ante la omisión del deber de información al que tantas veces se ha hecho alusión, lo que de igual forma determina que su permanencia en este régimen se reputa inexistencia por virtud de la ineficacia declarada y que se advierte, se confirmará en esta oportunidad, siendo pertinente indicar que contrario a lo manifestado por Colpensiones, la acción judicial bajo estudio, ostenta el carácter de **imprescriptible**, como se señalara en la decisión de primer grado, dada su relación intrínseca con los derechos pensionales que ostentan tal carácter.

De otra parte, contrario a lo manifestado por Colpensiones también en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** máxime cuando como en el presente, no se alegó vicio del consentimiento alguno al momento de suscripción del formulario de afiliación y 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. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones 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 junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de la demandada Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

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 2002**, resulta forzoso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto.

Finalmente, como lo pone de presente la decisión de primer grado, se considera que hay lugar a DECLARAR que esta administradora 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, lo que impone **confirmar** la sentencia recurrida en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: 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. 39201900008201 Dte: DIEGO FERNANDO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

M o - 1 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Lorenzo - R
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 36-2016-711

ASUNTO: CONSULTA

**DEMANDANTE: NESTOR GABRIEL CABALLERO
RODRIGUEZ**

DEMANDADO: ASIGNAR SAS

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

Una vez corrido el traslado den ley, la apoderada de la parte demandada, presentó alegaciones de instancia.

SENTENCIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta a la sentencia de fecha abril 14 de octubre 2020 en el proceso de la referencia, por medio de la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de todas y cada de las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora. (Expediente Digital).

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

El señor NESTOR GABRIEL CABALLERO RODRIGUEZ, demandó a ASIGNAR SAS, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se les condene a pagar prestaciones, vacaciones, indemnizaciones, sanción moratoria, indexación, costas, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones afirma que ingresó a laborar el 1 de octubre de 2013, para la demandada, que fue despedido sin justa causa el 28 de mayo de 2015, que el último salario fue de \$1.300.000, el cargo fue de mesero, que no le cancelaron los últimos salarios ni la liquidación final de prestaciones. (Expediente Digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue contestada a través de apoderada, la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que fueron varios los contratos celebrados y se pagó lo adeudado en cada uno de ellos. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría afirmando que cada uno de los contratos finalizó al terminar el requerimiento de la usuaria, luego no hubo despido sino finalización de la obra. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, terminación legal de los contratos, pago y compensación. (Expediente Digital)

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá profirió la sentencia, que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esta conclusión afirmó en síntesis: “..En primer lugar, deberá el despacho analizar lo relativo a la existencia del contrato de trabajo que reclama el demandante, que según los hechos narrados por él y lo afirmado

en la primera audiencia, así como lo reiterado en alegaciones de conclusión, corresponde al 1 de octubre de 2013 al 28 de mayo de 2015, además se pide que se declare que ese contrato fue a término indefinido y por su parte la encartada ha referido desde un comienzo que con el promotor de la litis se celebraron varios contratos de trabajo que fueron temporales, autónomos e independientes, que respecto de cada uno de ellos se liquidaron y pagaron todos los conceptos de naturaleza laboral, una vez finalizaba la labor para la cual había sido contratado el señor caballero Rodríguez. En ese orden de ideas, el despacho tiene como primeros puntos a resolver, primero, cual fue efectivamente la modalidad contractual de ese o esos vínculos que tuvieron las partes, y además establecer justamente lo relativo a los extremos de ese contrato de trabajo y si en efecto corresponden a los afirmados por el accionante. De ello, en primer lugar, analizó la certificación laboral que expidió la encartada el 26 de marzo de 2015 y que allegó el demandante, la vemos a folio 8 del expediente, de la cual se extrae, incluso desde un primer momento que las labores, por lo menos en cuanto a lo certificado allí por la encartada, se dieron no de manera continua sino con varias interrupciones, que incluso las labores se prestaban por periodos intermitentes y no concordantes de tiempo, de dos vinculaciones que fueron por un solo día, incluso otras de casi 6 meses, pero en todo caso, reiteró no se puede extraer de allí que en efecto la vinculación de la accionante se haya dado con la empresa, en virtud de un único contrato de trabajo. Si revisamos entonces, reitero, ese mismo documento de la accionante, por ejemplo, vemos para el mes de noviembre de 2013, que venía trabajando para la empresa sociedad operadora 72 o que trabajó para la empresa en mención el 5 de noviembre de 2011, únicamente, luego aparecen 7 días de labores con la empresa asociación casamata d, luego otra vinculación por únicamente aparece ahí entre mezclada por un día el 15 de noviembre de 2013, hotel tripp Bogotá, luego un espacio hasta el 20 de noviembre y una vinculación de ahí hasta el 26 de diciembre con dorado hoteles s.a.s, posteriormente inicio vinculo el 27 de enero de 2014 hasta el 23 de julio con dorado hoteles s.a.s. y pues demás circunstancias particulares que se evidencian claramente en el documento referido. **También es importante señalar que el mismo demandante en su interrogatorio confesó o aceptó que en efecto él tuvo varias vinculaciones** o varios contratos con la empresa hoy demandada, de hecho, nos habló de 22 contratos con la compañía y el testigo Anselmo Gutiérrez mancipe, quien nos dijo haber laborado para esas épocas en cuestión con el hotel habitel s.a.s. y quedar en el cargo de metré aproximadamente 14 años, que justamente en virtud de esas labores conoció al demandante hacía aproximadamente 5 años para el momento en que rindió la declaración, por haber el señor caballero Rodríguez prestado servicios como mesero para el hotel en el cual trabaja el testigo, a través de la empresa asignar s.a.s, pero en cuanto al periodo de tiempo únicamente el deponente nos habló de los meses de enero a julio de 2014, que efectivamente tienen que ver con el periodo al que se refirió el despacho según la certificación ya mencionada, y el testigo no nos pudo dar mayores luces o mayores información al respecto de el desarrollo del resto del tiempo del demandante para la empresa asignada s.a.s. Por ello, el despacho analizó también de manera detallada la documental que aportó la demandada y encontramos primero una certificación del 5 de febrero de 2019 de folio 77 y 78 que sin embargo el despacho no puede valorarla con el mismo carácter que la aportada por el accionante, por cuanto fue elaborada por la misma empresa y pues no hay constancia de que se le haya entregado en su momento al accionante, por lo que en virtud del principio de que nadie puede crearse a su favor su propia prueba, pues no podría como tal valorarse de manera separada o individual,

pero lo cierto es que esta certificación analizada de manera concordante con todas esas otras pruebas documentales a las que ya me voy a referir, permite llegar al despacho a la conclusión, como se ha venido ya enunciando, de la inexistencia entre las partes de un único contrato de trabajo como se reclama por el extremo accionante. Así por ejemplo, obran a folios 79 a 92 del expediente, los contratos de trabajo que se denominaron temporal por disponibilidad, que se firmaron entre las partes, algunos por los menos de los interregnos referidos en las certificaciones anteriormente indicadas, también se aportaron liquidaciones finales de contratos de folios 93 a 100, formatos de afiliación o registro de novedades a Colsubsidio folio 101 a 108, comprobantes de transacción a la arl Mapfre folios 109 a 115, formularios únicos de inscripción de afiliados y novedades de la eps cruz blanca folio 116 a 122 y formatos de inducción para personal temporal folios 123 a 138. Además de ello, como lo recordó la apoderada de la parte demandada en sus alegatos, se está acreditado en autos que efectivamente asignar s.a.s es una empresa de servicios temporales, así expresamente se indica en su certificado de existencia y representación legal, como podemos ver en el expediente a folio 48 y conforme también lo manifestado no solamente por el accionante y por el testigo escuchado sino según se extrae de esas certificaciones referidas por el despacho, vemos que en efecto el actor era enviado a prestar esos servicios a un tercero, ya mencioné algunos, pero además aparece asociado operadora 72, sociedad hotelera nh parque de la 93 s.a.s., galena hoteles Colombia, club de ejecutivos, lo que nos reafirma entonces que efectivamente pues el accionante era contratado no para prestar servicios directamente en la empresa hoy accionada, sino para que justamente fuera enviado como trabajador en misión a prestar esos servicios de mesero en diferentes compañías y según los requerimientos de aquellas que sabemos es justamente el objeto de las empresas de servicios temporales. Y en este punto también es importante señalar que en manera alguna se señaló en la demanda que se hubiera dado algún tipo de contratación fraudulenta o que se hubiera utilizado por terceros la figura de una empresa de servicios temporales para desnaturalizar un verdadero contrato de trabajo no como trabajador en misión sino como parte del personal de planta de la empresa de servicios temporales o de alguno de los hoteles en los cuales el accionante prestó el servicio, por lo que en ese sentido el despacho no puede entrar a hacer valoraciones o manifestaciones algunas. **En ese orden de ideas, y comoquiera que todas las pretensiones de la demanda se fundaron en la existencia de un solo vínculo laboral, el despacho analizara entonces únicamente la última de esas relaciones laborales que se demuestre en el presente asunto, por lo que tiene definido la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia, desde la sentencia del 19 de octubre de 2006, radicación 27371,** que fue reiterada posteriormente por ejemplo en las sentencias del 2 de octubre de 2013, radicación 40168, 23 de agosto de 2017, radicación 49944 y del 5 de septiembre también de 2017, radicación 52373, decisiones que adoptó la corte para evitar que se profirieran sentencias inhibitorias en casos como el presente, cuando justamente se partía en la demanda de la existencia de un contrato pero se encontraban probados varios y por ello los juzgadores de instancia manifestaban que no era posible entrar a decidir de fondo o simplemente que se absolvía por la forma en que habían sido planteadas las pretensiones. En esta sentencia o en la primera de las sentencias mencionadas, la corte justamente como reiteró analizó esas circunstancias de haberse celebrado varios contratos de trabajo, por haberse podido establecer los extremos sin interrupciones significativas entre el penúltimo y el último de ellos, y por ello, se atuvo a esa última vinculación

probada, máxime cuando vimos acá que hubo interrupciones de varios días o incluso semanas, por ejemplo para el mes de julio de 2014, aparece únicamente una vinculación del demandante por cerca de 8 días y como ya también lo mencioné hace un momento, hubo otros periodos de tiempo, hasta 7 semanas de interrupción en la prestación de los servicios del demandante, recordemos además vinculado a través de una empresa de servicios temporales para laborar en favor de terceros en ese oficio de mesero, por lo que no es posible, como ya se dijo, ni por un lado establecer la existencia de un único contrato ni tampoco determinar que el mismo se dio en las fechas o interregnos referidos en la demanda. Ahora, respecto de la prestación del servicio del accionante, por ejemplo, entre los días 14 a 28 de mayo de 2015, tenemos que no existe una prueba efectivamente en tal sentido. La testigo Silvia patricia Gómez hoyos nos dijo que al demandante le habían sido pagados todos los salarios, incluso habló también de ese periodo, pero reitero, no se acreditó que en efecto ese interregno de tiempo el demandante lo haya laborado, no se allegó el comprobante de pago, no se señaló en donde se prestaron estos servicios en favor de que hotel o empresa o donde se envió al demandante, ni si los 14 días fueron continuos o no, lo que pues esa declaración en este sentido resulta genérica y poco clara y más pareciera haber sido rendida con el afán de colaborar un poco con la postura de la parte demandada, en cuanto al pago de todos los emolumentos salariales en favor del accionante. Para efectos de determinar entonces los extremos de ese último contrato con la manifestación efectuada anteriormente, nuevamente traemos a colación una sentencia de la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral, en este caso es la sl2536 del 4 de julio de 2018, radiación 58895 en la cual dijo lo siguiente: “ahora, si bien los extremos laborales no se encuentran literal ni explícitamente enunciados en el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, lo cierto es que su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, en la medida que solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Así pues, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 177 del código de procedimiento civil, aplicable al procedimiento laboral por analogía del 145 de código procesal del trabajo. En esa misma línea, esta sala ha reiterado que aunque la presunción legal del artículo 24 del código sustantivo del trabajo exime de la acreditación de la subordinación jurídica, ello no significa que el trabajador quede relevado completamente de su deber probatorio, pues contrario a lo alegado por el recurrente, a su cargo persiste la obligación de demostrar lo atinente al monto salarial, la jornada laboral, el trabajo suplementario, el despido y, como en este caso, los límites temporales de la relación laboral, más aún si se tiene en cuenta que los enunciados en el libelo genitor no se aceptaron ni fueron objeto de confesión por el demandado, con lo que persistió, en cabeza del trabajador, su deber de demostración. Por tanto, no se avizora que el tribunal hubiese incurrido en los yerros jurídicos que se le endilgan al afirmar que era el demandante, en su calidad de trabajador, quien tenía a su cargo probar los extremos temporales de la relación laboral, de lo que no se eximía en virtud de la presunción legal artículo 24 código sustantivo del trabajo.” **En ese orden de ideas, y en aplicación hoy del artículo 167 del código general del proceso, pues como ya se mencionó era labor del demandante acreditar esos extremos temporales por el referidos en la demanda, pero en**

ultimas también en caso tal acreditar esa última vinculación no objeto de interrupciones o de interregnos en los cuales no se prestó el servicio para las empresas que lo solicitaban a la demandada, como empresa de servicios temporales, y por ende al no existir entonces certeza por parte del despacho, se tomara entonces al efecto ese certificado allegado por la encartada, ya que en este punto pues es más amplio que el que aportó el demandante en del actor únicamente refería contratos hasta el mes de marzo de 2015, para las últimas fechas de enero y marzo de 2015, mientras que en el de la encartada ya tenemos periodos de abril y mayo de 2015, pero reitero, la última relación que podemos entender como continua sería la de los días 29 y 30 de mayo de ese año 2015. De otro lado, la encartada ha referido que el accionante siempre era vinculado por obra o labor o por el tiempo que requiriera el cliente, en este caso el contratante de esa labor, sin embargo para este interregno del tiempo, reitero, 29 y 30 de mayo de 2015 no se aportó copia del referido contrato, ni tampoco obra la liquidación de prestaciones sociales o alguna otra prueba que nos permita efectivamente determinar cuál fue la intención de las partes en ese periodo de tiempo, razón por la cual en los términos del artículo 47 del código sustantivo del trabajo, el despacho entenderá que esa vinculación fue pactada a término indefinido. Ahora, sobre la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, no se precisó de manera específica por la parte actora cuales eran los mayores valores o las diferencias adeudadas, ni si esta se derivaba de tener por establecido el único contrato de trabajo que se precisó en la primera audiencia o era que eventualmente había discusión sobre algún salario, algún factor salarial, por un lado... Estaba manifestando que pues de acuerdo con el artículo 167 del código general del proceso, debía entonces el demandante probar o acreditar los supuestos de hechos de las normas jurídicas que invocó en su favor, es decir, en este caso, debió probar que el contrato de trabajo en efecto se había dado en el interregno de tiempo por el accionado y que sin embargo, al no contarse con esas pruebas el despacho se atenía al certificado allegado por la propia encartada, por incluso contener un periodo de tiempo superior al allegado por el demandante, el del actor va para el año 2015, únicamente hasta el mes de marzo, mientras que la certificación que aportó la encartada de folio 77 del expediente tiene incluso periodos para los meses de abril y mayo de 2015, y mencioné que entonces por esa razón se tendría en cuenta como ultima vinculación laboral la desarrollada los días 29 y 30 de mayo de 2015. Sin embargo, también lo refirió el despacho como en autos no existe un contrato de trabajo escrito para esa calenda que determine que en efecto fue pactado por las partes a término fijo o eventualmente por obra o labor, el cual de manera clara y detallada esa obra o labor para la cual se vinculaba al accionante, además de no existir acuerdo entre las partes en tal sentido o algún tipo de confesión, se tomará entonces esta vinculación como a término indefinido, conforme al artículo 47 del código sustantivo del trabajo. También estaba mencionando que, la parte actora no determinó de manera clara de donde proviene la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones que reclama, es decir, si en efecto corresponde a esos interregnos de tiempo que no aparecen en las certificaciones o que eventualmente no fueron pagados al demandante o si eventualmente existía alguna diferencia por el valor de los salarios o de horas extras o de alguna otra circunstancia de esta naturaleza. Pero además de ello, y de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, para ese último interregno de tiempo de los días 29 y 30 de mayo, obra a folio 100 la liquidación de prestaciones sociales que se ajusta a derecho, coincide con el salario ultimo referido y los conceptos de allí derivados, como cesantías, intereses a cesantías, primas vacaciones y demás, por lo que no encuentra

razón alguna para proferir condena por algún tipo de reliquidación de esta naturaleza. De allí tampoco derivaríamos en principio algún tipo de indemnización moratoria conforme al artículo 65 del código sustantivo del trabajo o alguna indemnización por no consignación de cesantías, todo ello en virtud de ese último contrato de trabajo que fue el que el despacho encontró acreditado al analizar las diversas pruebas obrantes en autos. Y en lo que tiene que ver con la indemnización por despido sin justa causa, sabemos que la carga de la prueba se maneja en dos sentidos, primero, el trabajador debe demostrar que la terminación del contrato se dio por decisión unilateral, en este caso, de la empresa demandada y a partir de allí, es el empleador el que debe demostrar si alegó una justa causa, pues que efectivamente esos hechos existieron y pueden encuadrarse dentro de esas causales legales para dar por terminado el contrato o las establecidas en el reglamento interno o en el acuerdo de vinculación entre las partes. En el presente asunto, el accionante indicó en los hechos que la encartada lo despidió sin justa causa, para finales del mes de mayo de 2015, dijo el 28 de ese mes, el documento correspondiente no obra en autos, tampoco vemos que la terminación del contrato efectivamente se diera en esa calenda, por el contrario, vimos que el accionante laboró para la empresa los días 29 y 30 de mayo de 2015, pero tampoco encontramos que haya sido una decisión del accionante la de renunciar o de dar por finalizado el contrato, lo que puede extraerse de lo dicho por la encartada tanto en la contestación como lo informado por la testigo que se escuchó en su favor y lo mencionado en los alegatos de conclusión, es que el contrato había terminado simplemente por el vencimiento del plazo o porque se acabó la labor para la cual el accionante había sido vinculado, pero como ya lo dijimos, no tenemos prueba en el sentido de que así haya sido el pacto entre las partes, no hay contrato escrito a término fijo, no hay acuerdo sobre un último contrato por obra o labor por esos dos días y en ese orden de ideas una terminación por razón del fenecimiento del plazo no puede ser tenida como una justa causa a la luz de un contrato a término indefinido...”. Retomo esa última parte: estaba diciendo que como en el expediente tampoco hay prueba de que el demandante haya renunciado, que haya decidido dar por finalizado el contrato y de lo que se extrae según lo expuesto por la demandada en la contestación y alegatos de conclusión, los contratos que en el accionante terminaban cuando vencía el plazo de los mismos o cuando se finalizaba esa obra o labor requerida por el cliente, y dado que esa no es una forma o una justa causa para dar por finalizado un vínculo laboral a término indefinido, pues el despacho no advierte que se haya, que se pueda extraer que en efecto es válida esa terminación, como lo alega la encartada por la modalidad contractual establecida en virtud del principio de primacía de la realidad que fue uno de los aplicados por el despacho a lo largo de la presente sentencia, y por ende, resultaría procedente emitir la condena por dicho concepto. **Sin embargo, en este punto también se debe analizar la excepción de prescripción que fue oportunamente propuesta por la encartada, ese contrato según lo definió el despacho terminó el 30 de mayo de 2015, luego los 3 años de que tratan los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, empezaron a correr por lo menos para el tema de la indemnización por despido a partir de allí...”****A folio 24 del expediente, encontramos el acta individual de reparto en la cual consta que la demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2016, ahí estábamos todavía dentro de los 3 años referidos en las normas anteriores, pero también encontramos que si bien la demanda fue admitida por auto del 24 de octubre de 2017, notificada por estado al día siguiente, según el folio 30 a la parte actora,**

tan solo fue notificada a la parte demandada esa providencia el 11 de febrero de 2019, de acuerdo con la constancia secretarial de folio 51, eso quiere decir que transcurrieron más de 15 meses desde la notificación por estado del auto admisorio de la demanda a la parte actora a aquella en la que se enteró de la providencia la encartada, lo que conlleva que la interrupción judicial de la prescripción, prevista en el artículo 94 del código general del proceso, tan solo operó el 11 de febrero de 2019, y por ende se encontraría o encuentran prescritos todos los derechos laborales causados con anterioridad al 11 de febrero de 2016, lo que implica entonces que la totalidad de los conceptos reclamados por el accionante, aun de haber salido avantes, esas pretensiones de existencia de un único contrato de trabajo y de adeudársele valores por cesantías, intereses, vacaciones y demás, pues estarían afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción. Ello incluso, descontando el despacho los días en que no corrieron términos por haber ingresado el expediente justamente al despacho, que fueron 11 días del 30 de enero de 2019 al 11 de febrero del mismo año, pues en todo caso se supera con amplitud ese año de que trata el artículo 94 del código general del proceso. Y es que, también debemos recordar en ese punto que la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral ha avalado que efectivamente esa norma puede aplicarse a los procesos de naturaleza laboral, por no contar para ello con una norma expresa en nuestro ordenamiento procesal, como lo recordó en la sentencia sl3693 del 15 de marzo de 2017, radicación 56998, en la que fijó lo siguiente: Pues bien, para resolver el punto en discusión es suficiente recordar que ya la Corte ha asentado el criterio de que si bien es cierto que a la administración de justicia laboral compete adelantar de manera diligente y oportuna el proceso, para de esa forma hacer cierta la finalidad de pronta y cumplida justicia, ejerciendo para ello el poder deber de dirigirlo, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización procurando la mayor economía procesal, a través de lo que es dado en llamarse oficiosidad procesal, y que es regla procesal del derecho laboral la de la gratuidad de los actos procedimentales a que se refiere el artículo 39 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, también lo es que a las partes del proceso compete asumir ciertas cargas procesales, cuando quiera que sus resultados sólo obran en su propio beneficio o perjudican únicamente a quien elude asumirlas. Tal el caso del tramamiento de la relación jurídico procesal que se impone como acto procesal necesario a efectos de garantizar el derecho de defensa y de contradicción de quien es convocado forzosamente al proceso y que, en principio, beneficia exclusivamente a quien funge como actor. Razón suficiente para entender que el artículo 90 del código de procedimiento civil, para la época, dispusiera que la presentación de la demandada tendría como efecto material, entre otros, la interrupción de la prescripción, siempre y cuando a la parte demandada se le notificara el auto admisorio de la demanda dentro de los 120 días siguientes a la notificación que, a su vez, de tal proveído se hiciera a la parte actora. De suerte que, el beneficio material que para el actor podría constituir la presentación de la demanda, de interrumpir la prescripción, se vio condicionado a que se surtiera respecto del demandado la notificación del auto admisorio dentro de un específico término, de modo que, de no ocurrir ello, dicho beneficio se perdería, prosiguiendo así su decurso normal el término previsto para la prescripción de la acción. Notemos, reitero, que en el presente asunto, con posterioridad al acto admisorio de la demanda ya se informó el 24 de octubre de 2017, folio 39 del expediente, la parte demandante tan solo hasta el 29 de enero de 2019, de acuerdo con el folio 40 del expediente, es decir, como ya vimos mucho más de 1 año después, adjuntó el citatorio enviado a la empresa

asignar s.a.s. con nota de devolución, por ya no funcionar en la dirección mencionada, se indicó una nueva dirección que el despacho tuvo en cuenta en la providencia siguiente, además de que compareció efectivamente a recibir esa notificación personal, el representante legal suplente de la encartada el 11 de febrero de 2019, por lo que esa omisión en cuanto al trámite de los términos de la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral, únicamente le es achacable al extremo accionante y pues conllevó que la interrupción de la prescripción se diera tan solo en esa calenda de febrero de 2019 y que conllevara a la prescripción de todas las acreencias laborales reclamadas por el accionante, dentro de las cuales también valga mencionar no se encuentran los aportes a seguridad social en pensiones que serían los únicos que, por lo menos para casos como el presente, ha señalado dicha corporación corresponden a derechos irrenunciables y por ende también imprescriptibles. De acuerdo entonces con todo lo expuesto hasta este momento, el despacho absolverá a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenará en costas al demandante, como agencias en derecho se señala una suma igual a \$400.000 los cuales deberá incluir la secretaria cuando realice ese trámite con posterioridad a la ejecutoria de la demanda. En mérito de lo expuesto, el juzgado 36 laboral del circuito de la ciudad de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

- 1. Absolver a asginar s.a.s, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor Néstor Gabriel caballero Rodríguez;*
- 2. Condenar en costas al demandante, inclúyase en su liquidación la suma de \$400.000 como agencias en derecho;*
- 3. consúltese con el superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante”*

Como no se interpuso recurso resuelve esta Sala el grado jurisdiccional de CONSULTA.

CONSIDERACIONES

La Sala se referirá por economía y celeridad en este grado jurisdiccional de consulta a la excepción de prescripción que la Juez encontró probada.

Sea lo primero destacar que la demanda que dio lugar a la acción fue presentada el 14 de diciembre de 2016 y solo admitida por auto del 24 de octubre de 2017. No obstante, esta providencia fue notificada por estado al día siguiente, **y tan solo solo fue notificada a la parte demandada, el 11 de febrero de 2019**, es decir más de un año después de la admisión.

Ahora claro resulta que La interrupción de la prescripción ocurre de dos formas: **i) extraprocesalmente mediante la reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados** y **ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP, vigente por expresa disposición del art 627 de ese ordenamiento, desde el 1 de octubre de 2012, aplicable por remisión expresa del art 145 del C P del T y de la S.S.**

Conforme a lo anotado, tenemos que el trabajador cuenta con 3 años desde la fecha de exigibilidad de sus derechos para reclamarlos, y este término puede ser interrumpido por él de dos maneras: - mediante reclamo escrito recibido por el empleador o, - mediante la presentación de una demanda con la que se reclamen aquellos.

Es claro entonces, que en este caso al no darse la interrupción extrajudicial, o por lo menos no hay prueba de algún reclamo directo al empleador, y al haberse presentado la demanda en tiempo, debe analizarse como hiciera la Juez, si la segunda forma de interrupción, esto es, la judicial, si tuvo lugar.

Vale la pena entonces, citar el art 94 del CGP el cual dispone:

ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. *La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad **siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante.** Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.*

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez.

Es claro, se itera, que desde la presentación de la demanda, su admisión y la notificación a la demandada transcurrió más de un año como consta en el expediente, y como claramente destacó la Juez luego efectivamente si ocurrió el fenómeno extintivo, razón por la que se confirmara la sentencia objeto de consulta, en cuanto a la única pretensión que hubiese podido salir avante, esto es la indemnización por despido, toda vez que como también con acierto analizó la Juez no fue un contrato de trabajo, sino varios lo que se dieron en este caso, como además de estar probado con documental, aceptó el demandante en interrogatorio de parte, es decir con prueba de confesión, terminando el último de ellos el 30 de mayo de 2015, como se desprende de la liquidación que aparece en el expediente, la cual fue revisada por la Juez y también por la Sala, sin que se encuentre deficiencia alguna, por lo que de no haberse dado el fenómeno extintivo dichas pretensiones por esta razón también estarían llamadas al fracaso, destacando además que nunca se logró acreditar la existencia de un solo contrato de trabajo.

La Sala modificará la sentencia solo para declarar probada en la parte resolutive la excepción de prescripción.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

RESUELVE

PRIMERO:- MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada para en su lugar **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE**

PRESCRIPCIÓN. ABSOLVER a ASIGNAR SAS, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor **NESTOR GABRIEL CABALLERO RODRIGUEZ**.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

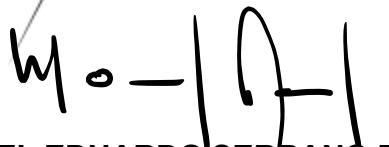
TERCERO: COSTAS. No se causan en este grado de jurisdicción.

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. 32-2020-0010-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: GLADYS GARCÍA ARIAS

DEMANDADOS: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de octubre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos por aquellas.

ANTECEDENTES

La señora Gladys García Arias por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se CONDENE a la demandada a reliquidar la pensión de jubilación convencional a partir del 1 de septiembre de 2003, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, tales como: asignación básica, incremento por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicio legal y extralegal, auxilio de alimentación, auxilio de transporte conforme el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el Instituto de Seguros Sociales ISS reconoció la pensión convencional de jubilación mediante Resolución N°01325 del 6 de octubre de 2003, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001, a partir del 1 de septiembre de 2003, en cuantía inicial de \$1.350.517, que la prestación pensional fue liquidada teniendo en cuenta el 100% de lo percibido durante



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP
los dos últimos años de servicios, sin que se tuviera en cuenta los factores salariales de la norma convencional tales como: asignación básica, incremento por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicio legal y extralegal, auxilio de alimentación y auxilio de transporte; relaciona en los hechos la información contenida en el certificado de acumulados y factores salariales emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, devengados por la actora; que agotó la vía gubernativa mediante petición radicada ante la UGPP el 13 de enero de 2018 solicitando la reliquidación de la pensión convencional de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante los dos últimos años de servicios, respuesta que se dio mediante Resolución RDP008791 del 16 de marzo de 2019 negando la misma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada UGPP contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó únicamente lo relacionado con la Resolución RDP008791 del 16 de marzo de 2019 mediante la cual se negó le reliquidación pretendida, y manifestó no constarles ni aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó los actos administrativos que están relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, dan cuenta que se liquidó correctamente la misma; no todo lo devengado por la demandante constituye factor salarial – alcance restringido del ingreso base de liquidación; pago; ausencia de fundamentos jurídicos; prescripción; buena fe; y en caso de prosperidad de las pretensiones deben realizarse los descuentos al sistema de seguridad social en salud.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada en caso de prosperidad de las pretensiones, deben realizarse los descuentos al sistema de seguridad social en salud, **PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 13 de diciembre de 2015, y **NO PROBADAS** las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **UGPP** a reliquidar la pensión de jubilación convencional de la demandante **GLADYS GARCIA ARIAS** la cual asciende a la suma de \$1.376.498, a partir del 1 de septiembre de 2003, junto con los incrementos legales. Es del caso advertir que, comoquiera que la pensión de jubilación convencional tiene el carácter de compartido con la pensión de vejez reconocida a la demandante por el Instituto de Seguros Sociales como asegurador para el año 2020 la UGPP deberá cancelar por concepto de jubilación convencional a la demandante la suma de \$563.151. Lo anterior al cuadro anexo a la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **UGPP** a pagar a la demandante **GLADYS GARCÍA ARIAS** la diferencia entre la mesada de la pensión de jubilación convencional reconocida y reliquidada mediante esta providencia, la cual calculada entre el 13 de diciembre de 2015 y el 30 de septiembre de 2020 asciende a la suma de \$3.326.919 y que deberá pagarse junto con las diferencias que se causen entre el mes de octubre de 2020 y la fecha en que sea incluida en nómina de pensionados el nuevo valor de la mesada pensional y el retroactivo del cual se autoriza a la demandada a descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que correspondan. Así mismo, se advierte que dicho retroactivo deberá cancelarse de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las diferencias pensionales no prescritas y hasta el momento de su pago definitivo.



CUARTO: CONDENAR a la demandada en costas, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a $\frac{1}{2}$ smlmv.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión; y en lo desfavorable a la demandada **UGPP** remítase al Superior en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

La presente decisión queda notificada en estrados

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“Que la demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2019, correspondiendo al juzgado resolver si hay lugar a reliquidar la pensión de jubilación de la dte y si procede la indexación de las sumas adeudadas, la dte nació el 2 de agosto de 1953 folio 9, que laboró para el ISS empleador desde el 26 de enero de 1977 hasta el 30 de agosto de 2003 para un total de 26 años, 6 meses, 21 días; que mediante Resolución 01325 del 6 de octubre de 2003 que obra a folio 14 y 15, se reconoció pensión de jubilación de carácter convencional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva entre el ISS y Sintraseguridadsocial la cual dice: *el trabajador oficial que cumpla 20 años de servicios continuo o discontinuo al ISS y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se encuentra a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales, para quienes se jubilen entre el 1 de enero de 2002 y 31 de diciembre de 2006 100% mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios*”; que conforme lo anterior y que no es objeto de discusión que a la dte se le reconoció una pensión de jubilación y que para ello se tuvo en cuenta la convención colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001 que fue allegada al proceso y que en su artículo 98 establecía las normas para efectos del reconocimiento pensional, comoquiera que la dte se pensionó a partir del 1 de septiembre de 2003, para la liquidación de su pensión convencional se tendría en cuenta el 100% de lo percibido durante los dos últimos dos años de servicio, que la pensión fue reconocida en cuantía de \$1.350.517, que en el transcurso de este proceso se allegó la certificación de acumulación de pagos percibidos por la dte desde el año 1997 y hasta el momento de su desvinculación en el año 2003, que lo que interesa son los salarios percibidos entre el 1 de septiembre de 2001 al 31 de agosto de 2003, que el despacho efectuados los cálculos correspondientes encuentra que hay lugar a la reliquidación de la pensión convencional de la dte conforme el cuadro que se anexa a la sentencia y que hará parte integral de la misma, en la que se determina que la dte durante los dos últimos años de servicios tuvo unos ingresos en cuantía de \$33.035.950 y que el promedio de esos ingresos arroja una pensión inicial de \$1.376.498 que es superior a



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP

la pensión reconocida de un \$1.350.517 en cuantía de \$25.981, advierte que a la dte se le reconoció posteriormente la pensión de vejez por parte del ISS como asegurador y que la pensión de jubilación convencional tiene el carácter de compartido por lo cual el empleador paga el mayor valor o la diferencia entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, que para el caso que nos ocupa y teniendo en cuenta el carácter de compartida de la misma, a partir del 2 de agosto de 2008 le corresponde al empleador cancelar la suma de \$393.468 con los respectivos incrementos anuales para la presente anualidad, la porción correspondiente al empleador asciende a la suma de \$563.151, que es del caso señalar conforme lo manifestado por el apoderado de la demandada de que no todos los ingresos percibidos por la dte constituyen factor salarial para su liquidación, contrario a lo afirmado por este se verifica que la convención colectiva de trabajo hace referencia al 100% de los ingresos percibidos por el trabajador sin hacer ningún tipo de discriminación al respecto, aunado a lo anterior, y si bien se refiere que no se debe tener en cuenta para la liquidación de la pensión entre otras cosas los incrementos por servicios prestados y las vacaciones, contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandada en las mismas liquidaciones que obran el proceso y cuando se le reconoció la pensión de jubilación convencional a la dte en el año 2003 si se tuvieron en cuenta estos factores, lo que se observa es que no se tuvieron en cuenta en debida forma conforme la liquidación que realizó el despacho y los documentos allegados por la parte demandante y por ende no proceden tales argumentos.

En lo que respecta a las excepciones formuladas por la demandada declara probada la denominada en caso de la prosperidad de las excepciones, deben realizarse los descuentos al sistema de seguridad social en salud, dado que efectivamente proceden tales descuentos sobre los montos objeto de reliquidación; que respecto de la excepción de prescripción la declarará parcialmente probada teniendo en cuenta que la reclamación administrativa presentada por la dte con la solicitud de reliquidación se radicó el 13 de dic de 2018, por ende, conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS las diferencias entre la mesada reconocida y la mesada reliquidada causadas con anterioridad al 13 de dic de 2015 se encuentran prescritas, por lo que se declara parcialmente probada la excepción de prescripción. Sobre las demás excepciones las declara no probadas.

En atención a las mesadas causadas entre el 13 de dic de 2015 y el 30 de sept de 2020 ascienden a la suma de \$3.326.919, las que deberán de cancelarse de manera indexada, costas a favor de la dte y en contra de la dda fijando como agencias en derecho la suma de medio smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito presentar recurso de apelación contra el fallo para que sea revocado parcialmente y rehaga la liquidación que fue hecha en esta instancia y condene a la demandada a reliquidar la pensión a partir del 2003 en una suma no inferior a \$1.518.476, lo anterior obedece a que si bien fueron incluidos algunos factores salariales, no fueron liquidados en debida forma, por lo que solicito se rehaga la liquidación, verifique el valor de la mesada pensional y ordene la reliquidar la pensión en la forma indicada en este recurso”



PARTE DEMANDADA

“Me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos: la parte actora pretende que se reliquide la pensión convencional de jubilación, que esta debidamente probado que se concedió y pagó la pensión reconocida a partir del 1 de septiembre de 2003 en cuantía inicial de \$1.350.517, es decir, que fue liquidada teniendo en cuenta el 100% de lo percibido durante los dos últimos años de servicio conforme el artículo 98 de la convención colectiva; que la demandada mediante la Resolución RDP O33978 del 14 de septiembre de 2016 modificó la mesada pensional por compartibilidad y se ordenó el pago de un mayor valor, y que mediante la Resolución RDP 008791 del 16 de marzo de 2019 se negó la reliquidación de una pensión convencional, justificando que al efectuar la liquidación de lo devengado en el ISS seccional C/marca durante el lapso comprendido entre el 1 de septiembre de 2001 y el 30 de agosto de 2003 ascendió a la suma de \$32.412.404 dando como promedio mensual la suma de \$1.350.517, cifra que representa la cuantía mensual de la pensión de jubilación conforme con la convención colectiva de trabajo, que así las cosas, la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta que los actos administrativos que están relacionados con el reconocimiento de la pensión dan cuenta que se liquidó correctamente la misma.

Adicionalmente, téngase en cuenta la función social expresada en el sistema pensional que busca que los trabajadores a los que se sobreviene las contingencias protegidas según sea el caso, tengan una garantía sobre su congrua subsistencia y teniendo en cuenta aquellos factores constitutivos del salario porque es así como se verifica que la protección y cobertura del sistema se aplique sobre un porcentaje de lo que venía devengando el trabajador, que es importante resaltar que en el trámite administrativo no fueron allegados estos documentos solicitados de oficio en la audiencia de decreto de pruebas, hago referencia a la acumulación de saldos, desconociendo el derecho de defensa de la demandada; se deberá tener en cuenta solo los dos últimos años conforme la convención colectiva en el artículo 98 como dice la subregla que para quienes se jubilen entre el 1 de enero de 2002 y 31 de diciembre de 2006 será el promedio del 100% mensual de lo percibido de los dos últimos años.

Que en cuanto a las costas manifiesto que la entidad actuó de buena fe, por tal motivo no debería ser condenada.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, y revisará en Grado Jurisdiccional de Consulta en lo desfavorable a la demandada UGPP; de acuerdo con lo establecido en los artículos 66 A y 69 del C.P.T. y de la S.S, y los puntos de apelación formulados que obedecen, en síntesis a: por parte de la demandante, que si bien se incluyeron algunos factores salariales, de todas maneras solicita



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP que el Tribunal rehaga la liquidación efectuada por el juzgado para que se incluyan en debida forma, y por la UGPP el apoderado manifestó que la liquidación inicial de la pensión convencional de jubilación si tuvo en cuenta el 100% “de lo percibido” durante los dos últimos años de servicios conforme el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo; que la decisión no tuvo en cuenta que los actos administrativos que están relacionados con el reconocimiento de la pensión dan cuenta que se liquidó correctamente la misma, y que no hay lugar a imponer costas en contra de la UGPP al advertir que ésta actuó de buena fe.

Para resolver los recursos de apelación se hace necesario que, por cuestiones de metodología, se inicie con el interpuesto por el apoderado de la demandada, y que empieza, al decir que el acto inicial de reconocimiento pensional de jubilación convencional, conforme la Resolución 01325 del 6 de octubre de 2003 expedida por el ISS, se concedió y pagó la pensión reconocida a partir del 1 de septiembre de 2003 en cuantía inicial de \$1.350.517, y que para ello se tuvo en cuenta el 100% de lo percibido durante los dos últimos años de servicio conforme el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo.

En efecto, frente a la anterior manifestación no hay duda que se encuentra debidamente probado el reconocimiento inicial de la pensión convencional de jubilación a favor de la demandante de conformidad con el artículo 98 del instrumento sindical, tal como obra a folios 14 y 15 del expediente, sin embargo, no le asiste razón al apoderado de la demandada al decir que lo fue en proporción del 100% de los conceptos devengados en los dos últimos años de servicios, esto es, entre el 1° de septiembre de 2001 y el 30 de agosto de 2003, ya que conforme la respuesta del Ministerio de Salud allegada por la parte actora, la cual hace parte del expediente digitalizado,



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP
los valores devengados por la demandante para ese mismo periodo son superiores a los mencionados en el recurso y que estimó en \$32.412.404, por lo que tampoco le asiste razón en el promedio mensual de \$1.350.517, como quedó en la Resolución 01325 del 6 de octubre de 2003 proferida por el ISS en su momento como empleador, por las razones que más adelante se desarrollarán.

Cabe indicar, y atención a otro de los puntos de inconformidad del apoderado de la demandada, que la documental antes referida fue allegada por el apoderado de la parte actora en cumplimiento al requerimiento que le hizo el juez en la audiencia de decreto de pruebas, que de oficio solicitó “*la certificación de los valores pagados a la demandante durante los dos últimos años*”, documentos que conllevaron al a quo a la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar la reliquidación pretendida, comoquiera que encontró como suma devengada por la actora en los dos últimos años de labores la cifra total de \$33.035.950, para un promedio mensual de \$1.376.497,92, valores de los que se reitera, son superiores a los referidos por el apoderado de la demandada.

Nótese que el referido recurrente, para centrar su oposición a la decisión que ordenó la reliquidación pensional, señala que la documentación o prueba de oficio y que sirvió para la decisión de instancia, de la misma la parte convocada no tuvo oportunidad de ejercer oposición al concluir que fue desconocido el derecho de defensa de la entidad, situaciones que no son ciertas si se revisa las actuaciones procesales, de las que se observa que, al interior de la audiencia de que trata el artículo 80 del CPT y de la SS, el a quo decretó el cierre del debate probatorio no sin antes hacer referencia a la prueba documental cuestionada, advirtiendo incluso, que el juzgado había procedido a reenviar la información a la demandada ante inconsistencias de



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP
la parte actora al remitir los documentos a la UGPP, sin embargo, el apoderado guardó silencio y no se opuso a la decisión que permitió dar paso al desarrollo de la audiencia.

Así las cosas, no se evidencia que con la prueba de oficio referida se haya vulnerado el debido proceso de la UGPP, o que con la misma se haya sorprendido a la demandada, y menos que en el transcurso del trámite ordinario se haya impedido ejercer el derecho de defensa de la entidad, y en tal orden de ideas, aquella persiste como lícita de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, aunado que resulta pertinente, conducente y útil para el estudio de las pretensiones.

Por otro lado, pasa a resolverse tanto el recurso elevado por la apoderada de la parte actora, apelación que también hace referencia a otra de las inconformidades del apoderado de la UGPP, en el sentido que al unísono difieren de las sumas que arrojó la liquidación que hizo el juzgado de instancia, la primera al decir, que la mesada inicial debió corresponder a \$1.518.476 y no en la suma determinada por el juzgado, y el segundo, que la mesada inicial de \$1.350.517 es correcta, y que surge del promedio que para los dos últimos años de servicios de la demandante estimó en \$32.412.404.

Al respecto, llama la atención que, aunque la apoderada en su escaso recurso pone de presente una cifra en la que considera debe corresponder a la liquidación de la pensión de jubilación convencional, lo cierto es que no entrega razones válidas y jurídicamente soportadas que conduzcan al convencimiento de su dicho, ahora, que si se revisa el escrito de demanda inicial la cifra mencionada no fue así propuesta para que fuera discutida en el debate probatorio, lo cual por obvias razones no ocurrió, y en consecuencia, la suma definitiva a la que se arribe debe partir de los



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP

cálculos que obren en el proceso mediante los cuales se revisa los que defiende cada una de las partes, advirtiendo frente al recurso de la parte actora la innecesaria labor que solicita la apoderada en que simplemente se “rehaga” la liquidación al no estar en consonancia con el valor esperado, y menos cuando no argumentó en debida forma las razones de su conclusión, y que no fue objeto de recurso los factores que integran la misma.

Luego, lo que procede en el presente asunto es revisar la siguiente liquidación que realizó el juzgado de instancia, en contraste con la certificación de acumulación de pagos:

AÑO	ASIGNACION BASICA	INCREMENTO POR SERVICIOS PRESTADOS	VACACIONES	PRIMA VACACIONES	PRIMA SERVICIOS LEGAL	PRIMA SERVICIOS EXTRALEGAL	AUXILIO DE ALIMENTACION	AUXILIO DE TRANSPORTE	TOTAL
sep-01	821511	90366	0	0	0	0	37297	0	949174
oct-01	821511	90366	0	0	0	0	37297	0	949174
nov-01	821511	90366	0	0	0	0	37297	0	949174
dic-01	825618	90818	0	0	473655	473655	37297	0	1901043
ene-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	0	1019745
feb-02	888777	90818	1313476	1592092	0	0	40150	0	3925313
mar-02	0	0	0	0	0	0	0	0	0
abr-02	829525	84763	0	0	0	0	37473	0	951761
may-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	0	1019745
jun-02	888777	90818	0	0	638740	638740	40150	0	2297225
jul-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	0	1019745
ago-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	0	1019745
sep-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	0	1019745
oct-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	0	1019745
nov-02	888777	90818	0	0	0	0	40150	19446	1039191
dic-02	888777	90818	0	0	511493	511493	40150	0	2042731
ene-03	950903	90818	0	0	0	0	42956	0	1084677
feb-03	950903	90818	1229467	1695816	0	0	42956	0	4009960
mar-03	31697	0	0	0	0	0	1432	1387	34516
abr-03	950903	90818	0	0	0	0	42956	0	1084677
may-03	950903	90818	0	0	0	0	42956	0	1084677
jun-03	950903	90818	0	0	680078	680078	42956	0	2444833
jul-03	950903	90818	0	0	0	0	42956	0	1084677
ago-03	950903	90818	0	0	0	0	42956	0	1084677
Subtotales	19695464	1990585	2542943	3287908	2303966	2303966	890285	20833	33035950
MONTO PENSIÓN									1376497,92



RETROACTIVO PENSIONAL								
FECHA INICIAL	FECHA FINAL	INCREMENTO %	VALOR MESADA RECONOCIDA	VALOR MESADA RELIQUIDADA	VALOR MESADA COLPENSIONES	DIFERENCIA MESADA RECONOCIDA VS RELIQUIDADA	No. MESADAS	SUBTOTAL
1/09/2003	31/12/2003		1350517	1376498	0	25981	0	0
1/01/2004	31/12/2004	6,49%	1438166	1465833	0	27667	0	0
1/01/2005	31/12/2005	5,50%	1517265	1546454	0	29189	0	0
1/01/2006	31/12/2006	4,85%	1590852	1621457	0	30605	0	0
1/01/2007	31/12/2007	4,48%	1662122	1694098	0	31976	0	0
1/01/2008	1/08/2008	5,69%	1756697	1790492	0	33795	0	0
2/08/2008	31/12/2008		359673	393468	1397024	33795	0	0
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	387260	423647	1504176	36387	0	0
1/01/2010	31/12/2010	2%	395005	432120	1534260	37115	0	0
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	407527	445818	1582896	38291	0	0
1/01/2012	8/01/2012	3,73%	422728	462447	1641938	39719	0	0
9/01/2012	31/12/2012		373582	413301	1691084	39719	0	0
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	382697	423386	1732346	40689	0	0
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	390121	431600	1765954	41479	0	0
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	404399	447397	1830588	42998	0,6	25799
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	431777	477686	1954519	45909	14	642726
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	456604	505153	2066904	48549	14	679686
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	475279	525814	2151440	50535	14	707490
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	490393	542535	2219856	52142	14	729988
1/01/2020	30/06/2020	3,80%	509028	563151	2304211	54123	10	541230
TOTAL RETROACTIVO A SEPTIEMBRE 2020								3326919

Así las cosas, se procedió a revisar las sumas correspondientes para cada periodo y concepto devengado entre el 1° de septiembre de 2001 y el 30 de agosto de 2003 por la demandante, esto es, en los dos últimos años de servicios, encontrando que los resultados arrojados son correctos conforme a la verificación que hizo la Sala en contraste con la acumulación de pagos emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, sin que haya lugar a modificar los anteriores cálculos en la manera en que quedó, o acceder a lo solicitado en los recursos de apelación, en las sumas pretendidas por más o menor valor.

Obsérvese que se tuvo en cuenta la prescripción del reajuste pensional anterior al 13 de diciembre de 2015, decisión que se confirma ante la



Proceso Ordinario Laboral 32 – 2020 – 0010 – 01 DTE: GLADYS GARCÍA ARIAS DDO: UGPP acreditación de la reclamación surtida ante la entidad el 13 de diciembre de 2018 y conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., y que las diferencias que conforman el retroactivo entre el valor a cargo de la UGPP con la mesada pagada por Colpensiones son correctas de igual manera, en consecuencia, no hay lugar a modificar la liquidación realizada por el juzgado de primera instancia conforme los términos planteados al interior de cada uno de los recursos de apelación.

Por último, en cuanto a la condena en costas el apoderado de la demandada se opone a la misma al referir que la entidad siempre obró de buena fe, para lo cual basta con recordar lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, en cuanto que se impondrán a la parte vencida en el proceso, por ende, la imposición de estas no depende de la conducta de las partes, sino de razones distintas como las antes indicadas.

Con todo, la decisión de primera instancia será confirmada por las razones antes expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



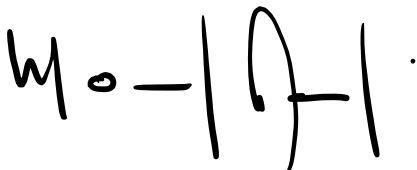
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-830-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ARMANDO BORDA

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 agosto 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 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de mayo de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JORGE ARMANDO BORDA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho a que la demandada pague a su favor intereses moratorios de que

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre retroactivo pensional, como consecuencia de tal declaración peticiona se condene a la pasiva al pago de los mismos desde el 4 de enero de 2003 y hasta que se efectúe el pago total de estos, junto con indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el ISS mediante resolución 018668 del 29 de agosto de 2003, reconoció pensión de vejez a su favor, en cuantía mensual de \$574.706 mensuales, a partir del 1 septiembre de 2003, decisión que fue recurrida por el actor, en virtud de lo cual, la demandada profirió resolución 007752 del del 16 de abril de 2004, para en su lugar reconocer la pensión en cuantía \$589.595, junto con retroactivo de \$5.954.075.

Que para efectos de garantizar sus derechos laborales, instauró proceso ordinario que se ventiló ante el Juzgado 8 Laboral del Circuito, el que profirió sentencia el 29 de agosto de 2006, absolviendo a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, decisión que fue confirmada por esta corporación en el año 2009, que en sede de casación, la Corte Suprema de Justicia, casó dicha decisión, condenando al entonces ISS al reajuste de su pensión de vejez, de lo que se determina que la primera mesada pensional por virtud del fallo de la Corte, se fijó en \$819.217 y de \$1.307.864 para el mes de enero de 2014, arrojando como retroactivo de diferencia pensional la suma de \$46.299.817,90, que en dicho fallo igualmente se condenó a la demandada al pago de la indexación de tal retroactivo.

Refiere que el 5 de julio de 2018, solicitó ante la demandada reajuste pensional y reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a lo que esta entidad mediante resolución SUB 223515 del 23 de agosto de 2018, declaró el total cumplimiento del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, sin realizar mención alguna a las demás solicitudes por él elevadas, para finalmente a través de resolución SUB 97486, negar los intereses moratorios por él solicitados sobre el valor de los reajustes realizados a su mesada pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 17 y 19 y negó el No. 18; propuso como excepciones las que denominó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, improcedencia del pago de intereses moratorios y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se había acreditado el cumplimiento del requisito de procedibilidad consistente en la reclamación administrativa, como daba cuenta el derecho de petición radicado por el demandante ante la demandada para el 2018, de igual forma, aparecía la resolución SUB223515, mediante la cual la demandada dio respuesta a dicha petición; afirmó que el artículo 48 de la CP consagraba el derecho a la seguridad social al que se le había dado rango de fundamental por vía jurisprudencial, de igual forma, el artículo 53 de la Constitución, consagraba el derecho al pago oportuno de las mesadas pensionales y reajuste económico de las mismas.

Que para el caso en particular, si bien la parte demandada no había propuesto como excepción la de cosa juzgada, lo cierto era que debía el despacho pronunciarse al respecto, como quiera que no hacerlo iría en contravía del principio de seguridad jurídica de que deben estar investidas las decisiones judiciales y sobre el particular, el artículo 303 del CGP, disponía que las sentencias tenían fuerza de cosa juzgada con los requisitos allí señalados para el efecto, siendo claro que el demandante ya había acudido a la jurisdicción ordinaria laboral como este lo había indicado en su escrito de demanda a través de proceso que radicó de manera primigenia, resuelto en primera instancia por el juzgado 8 laboral de Descongestión, que luego fue remitido al Tribunal Superior de Bogotá, para resolver sobre la apelación y finalmente, en sentencia del 12 de febrero de 2014, proferida en sede de casación, por la

Corte Suprema de Justicia, se accedió a la reliquidación peticionada por el actor, indicando que no había lugar al reconocimiento de intereses moratorios sobre dicha reliquidación, sentencia que gozaba de firmeza ya que se encuentra ejecutoriada.

En cuanto a la identidad jurídica de partes, en el proceso antedicho, fungió como demandante el señor Jorge Borda, siendo demandado el ISS en liquidación y en el proceso que nos ocupa, se adelantaba por el mismo señor Jorge Borda contra Colpensiones, siendo bien sabido que esta última asumió el pasivo pensional del ISS, por lo que sería la aquí demandada sucesora procesal del extinto ISS, estando configurada la identidad jurídica de partes; en cuanto a la identidad de objeto, en el proceso que se ventiló en el Juzgado 8 Laboral de Descongestión, se evidencia que a folio 2 de sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, se podía leer en sus antecedentes que el aquí demandante en dicha oportunidad peticionó la reliquidación de su mesada pensional, pago de retroactivo pensional como consecuencia de las diferencias resultantes y pago de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, reajustes e indexación; concluyéndose que se configuraba igualmente la identidad de objeto como quiera que lo pretendido en este asunto es el pago de intereses moratorios sobre retroactivo pensional, cuestión que igualmente se ventiló en el escenario procesal ventilado ante el Juzgado 8 Laboral de Descongestión

Señaló en cuanto a causa, que está dada por los hechos, la narración de los correspondientes a este proceso dan cuenta del reconocimiento pensional que efectuara el entonces ISS a favor del actor, la solicitud de reliquidación de la misma y el retroactivo cancelado por parte de Colpensiones por virtud de dicha reliquidación, hechos que igualmente fueron los que se pusieron de presente al iniciar el proceso judicial primigenio y si bien en el trámite procesal que nos ocupa se haya hecho alusión a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación en donde se condenó a Colpensiones a pagar retroactivo de diferencias pensionales junto con indexación, constituía un hecho diferente a los que se narraron en el primer asunto judicial, era claro que en ese proceso se analizó la procedencia de intereses moratorios, llegando a concluir la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el demandante no tenía derecho al pago de este rubro, para lo cual señaló que los mismos no se causaban cuando se estaba ante el escenario de reliquidación pensional,

no procediendo para el caso del actor por tratarse de un reajuste pensional, de igual forma en dicho pronunciamiento también se pronunció la Alta Corporación respecto de la indexación de las diferencias pensionales, punto sobre el cual, se determinó su procedencia y se ordenó la indexación de las mismas.

Siendo claro por lo anterior, que se configuraba el fenómeno de cosa juzgada al haber identidad de partes, de objeto y de causa y si en gracia de discusión no se hubiera configurado este fenómeno, tampoco había lugar a acceder a las pretensiones del demandante por cuanto resultaba suficiente atenerse al tenor literal del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, normatividad que establecía que había lugar al pago de los mismos sólo en el caso de mora en el pago de mesadas pensionales y no de reajustes pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandante que había quedado probado que al actor se le había concedido derecho pensional de vejez y se debía analizar las 3 decisiones judiciales proferidas en el proceso adelantado ante el Juzgado 8 Laboral y como bien lo había señalado la decisión de primer grado, dicho trámite culminó con sentencia proferida en sede de casación que determinó la procedencia de reliquidación de la mesada pensional del actor, escenario en el que se ordenó a favor del demandante el pago de retroactivo de diferencias pensionales e indexación, debiéndose estudiar lo peticionado a la luz de la sentencia SU 065 de 2018, proferida por la Corte Constitucional en la que se señaló que los pensionados gozaban de especial protección y el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, hablaba sobre el derecho a reajuste de la pensión e intereses moratorios debiéndose tener en cuenta las documentales aportadas en la demanda.

CONSIDERACIONES

En relación con lo peticionado, se tiene que los intereses moratorios, se imponen con el fin de resarcir a los pensionados la tardanza o el incumplimiento en el pago de la prestación por parte de las entidades de seguridad social. Por tal razón, su imposición no obedece a situaciones subjetivas de la entidad, sino a la verificación de la simple tardanza en el

reconocimiento de una prestación de la cual, es absolutamente incuestionable, su titularidad por parte del afiliado o beneficiario.

En el presente, no fue objeto de debate que al demandante le fue reconocida pensión de vejez, por el ISS a través de acto administrativo No. 1868 del 29 de agosto de 2003, a partir del 4 de enero de dicha anualidad, circunstancia que fue puesta de presente por la parte demandante en la narración del hecho No. 1, siendo aceptado en escrito de contestación por la demandada, aunado a lo cual, tal cuestión se corrobora con el contenido de la resolución SUB 223515 expedida por la demandada el 23 de agosto de 2018, visible a folio 47 de expediente digital.

De igual manera, no ofreció reparo que ante esta misma jurisdicción el aquí demandante, solicitó se condenara a la demandada a reliquidar su mesada pensional, junto con intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las diferencias resultantes de dicha reliquidación, reajustes e indexación, cuestión que igualmente fue aceptada por la demandada al contestar esta acción, así como que el trámite judicial en comento, terminó con decisión proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 12 de febrero de 2014, oportunidad en que casó la sentencia para acceder a la reliquidación pensional peticionada, junto con indexación del retroactivo pensional generado como consecuencia de las diferencias pensionales.

Así las cosas y como quiera que la decisión de primer grado, absolvió a la demandada indicando la configuración del fenómeno de cosa juzgada, se tiene que al respecto para que tenga lugar esta el artículo 303 CGP asigna efectos de COSA JUZGADA a las decisiones que han definido previamente un litigio, cuando en ellas se estudió el mismo objeto, por los mismos hechos, y existe identidad jurídica entre las partes; al respecto, como bien lo manifiesta la Juez de instancia, obra en el plenario a folio 14, copia de la decisión judicial descrita en aparte anterior, de la que se logra evidenciar que en dicha oportunidad fungió como parte actora el aquí demandante y como pasiva el ISS en liquidación, hoy Colpensiones; pretendiéndose por el señor Jorge Borda la reliquidación del IBL con el que se liquidó su derecho pensional, los intereses moratorios sobre las diferencias resultantes, reajustes e indexación; en este asunto peticiona igualmente el

reconocimiento de dichos intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el retroactivo de diferencias pensionales en la suma determinada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión proferida el 12 de febrero de 2014, finalmente y como bien lo refirió la decisión de primer grado, invocó en dicha oportunidad los mismos hechos como fundamento de sus pretensiones, como fueron, el reconocimiento pensional a su favor, la solicitud que elevara ante el entonces ISS para la reliquidación del mismo y la decisión proferida por la hoy Colpensiones en resolución de su solicitud de reliquidación pensional.

Hecho el anterior recuento, se tiene que sin lugar a duda en el presente se encuentra configurado el fenómeno de cosa juzgada, al coincidir las partes de dicho proceso judicial con las del presente y habiendo sido en el primer escenario procesal, objeto de debate el reconocimiento de intereses moratorios sobre retroactivo pensional, que se itera es lo que pretende en este asunto el demandante, aspecto sobre el cual, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la decisión aludida, señalando que no había lugar al reconocimiento de los mismos, ya que el criterio imperante en dicha oportunidad era que estos únicamente procedían ante el retardo en el pago de mesadas pensionales y no de reajustes como era el caso del actor.

Es así como analizadas las decisiones en comento como lo peticiona el recurrente, llevan a la clara conclusión de la existencia del fenómeno de cosa juzgada en este asunto sin que ello signifique que se vulnera la protección constitucional de los pensionados, ya que contrario sensu, se pretende garantizar la seguridad jurídica de las decisiones proferidas en sede judicial, razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

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. 31-2019-0807-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: JOSÉ EMILIO DOMINGUEZ CUELLAR

DEMANDADO: BANCO POPULAR S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 13 de octubre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior los apoderados de la parte actora y de la demandada Colpensiones, presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

El señor José Emilio Domínguez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE el derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 de la pensión de jubilación, al manifestar que cumplió con los requisitos contenidos en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005; que tiene derecho al pago de la misma para el año 2019; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al Banco Popular S.A. a pagar el retroactivo de manera indexada, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, demandó en otro proceso al Banco Popular S.A. en procura de obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de la edad de 55 años, por haber laborado más de 20 años al servicio del banco; que éste fue condenado al pago de la prestación a partir del 6 de octubre de 2005 cuando cumplió la edad exigida conforme la Ley 33 de 1985 y el régimen de transición del artículo 36 de la



Ley 100 de 1993; que cuando cumplió el status de pensionado ante Colpensiones el 6 de octubre del año 2010 esa entidad lo pensionó con una mesada superior a la percibida con el banco; que para el momento de la presentación de la presente demanda la mesada que le debería estar pagando el banco es inferior a los tres smmlmv; que se pensionó en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia a partir del 6 de octubre de 2005 en vigencia del régimen de transición y la continuidad del Acto Legislativo 01 de 2005 y que el banco de manera arbitraria decidió no reconocer el pago de la mesada 14.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Banco Popular S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados los numerales 1 y 4, y negó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

Por su parte, la demandada Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó el 4 y frente a los demás manifestó no constarle. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, decidió lo siguiente:



(...)

RESUELVE

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante **JOSÉ EMILIO DOMINGUEZ CUELLAR** a la demandada **BANCO POPULAR S.A.** y a la vinculada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Comoquiera que el resultado de la presente sentencia es adverso a los intereses del demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento que no sea apelada.

SE NOTIFICA

(SIN RECURSOS)

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que al correo del despacho y al de las partes y de la Procuradora, certificación del Banco Popular S.A., en donde se indica que esa entidad que certifica que el dte acreditó el retiro como funcionario del Banco Popular S.A. a partir del 1 de julio de 2014, fecha desde la cual dando cumplimiento a lo ordenado por la justicia ordinaria laboral reconoció una pensión de jubilación en monto inicial de \$1.951.336 correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados en los últimos 10 años, debidamente indexados conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, siendo ese promedio superior al de toda la vida laboral. Que mediante comunicación 921-0023112014 del 15 de julio de 2014, el Banco Popular S.A. le notificó el reconocimiento de dicha pensión al señor Domínguez indicándole que por estar devengando en Colpensiones una pensión de vejez para el mismo año 2014 en cuantía de \$2.085.650, por efectos de la compartibilidad la pensión de jubilación quedaba subrogada en su totalidad por la pensión de vejez. El juzgado preguntó al apoderado de la parte demandante si tiene algo que agregar frente a esta certificación si desconocía su contenido o tacha de falso, a lo que responde el apoderado del demandante que no tiene nada que agregar (min 04:24). En igual sentido respondieron los demás apoderados y la Señora Procuradora. El despacho incorpora al plenario el documento, con la salvedad que ya era de conocimiento por los sujetos procesales y que ninguno de ellos manifestó en contra de este.



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0807 – 01 DTE: JOSE EMILIO DOMINGUEZ CUELLAR
DDO: BANCO POPULAR S.A.**

Procede a proferir el fallo, considera pertinente la intervención del Ministerio público; que no debía cumplirse con el requisito de procedibilidad frente a la demandada Colpensiones ya que fue vinculada de oficio; que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental; que debe distinguirse el régimen de transición y el reconocimiento de la mesada 14 que son dos aspectos distintos, que el Acto Legislativo 01 de 2005 expresamente refiere a la mesada 14, que dicho acto entró a regir el 24 de julio de 2005, que para no entrar en esa restricción la pensión debía causarse antes de ese Acto Legislativo; que la pensión del demandante se causó por reconocimiento judicial, a folio 14 obra copia de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá del 25 de septiembre del año 2009, radicado 2009 00023, que la parte resolutive de la sentencia se indicó: *condenar al Banco Popular S.A. a pagar al señor José Emilio Domínguez Cuellar la pensión de jubilación a partir del 6 de octubre del 2005, fecha en la cual cumplió la edad de 55 años, en cuantía del 75% del salario devengado en el último año de servicios, el cual se hará efectiva una vez se retire el actor de la entidad demandada hasta la fecha que el Seguro Social reconozca la pensión de vejez y continuará cancelando el mayor valor si lo hubiere*, que esa sentencia fue objeto de apelación resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá a folios 22 y siguientes, modificando parcialmente la sentencia en lo que tiene que ver con el ibl conforme los últimos 10 años, y no del último año de servicio; que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2014 no casó la sentencia.

Que lo que es claro conforme lo indicado por el juez de primera instancia la pensión se causó el 6 de octubre de 2005 después del momento de entra en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que si el dte pretendía tener derecho a las 14 mesadas pensionales debería tener una pensión igual o inferior a 3 smlmv, que al revisar la resolución proferida por Colpensiones GNR177973 del 20 de mayo de 2014 la pensión que le reconoció al dte fue de \$2.085.650 ese es el valor de la mesada pensional a partir del año 2014, por lo que es claro que para ese año su monto era muy superior a los tres salarios mínimos, que para el año 2014 los 3 smlmv era de \$1.848.000, que la pensión que en su momento le reconoció el banco popular fue de \$1.951.336 como aparece certificado para el año 2014 y que también es superior a los 3 smlmv, y que como en la sentencia proferida por el juzgado 13 laboral del circuito se indicó que debía ser cancelada por la entidad demandada hasta la fecha en que el seguro social reconozca la pensión de vejez y continuará cancelando el mayor valor si lo hubiere, pues es claro que no hay mayor valor porque la que Colpensiones reconoció es superior, sin que exista mayor valor a cargo de la demandada, y que como ya se explicó el monto de la mesada pensional que si bien se causó antes en los términos establecidos en el parágrafo transitorio 6 antes del 31 de julio de 2011, porque para el banco se causó el 6 de octubre de 2005, es superior al monto establecido por lo que deberá absolverse de la totalidad de las pretensiones por el dte a las demandadas. Costas a cargo de la parte dte en medio smlmv.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley



1149 de 2007, artículo 14.

El demandante pretende el reconocimiento y pago de la mesada catorce (14), junto con los intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto debía acreditar los requisitos establecidos en el parágrafo transitorio 6° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, esto son, percibir una pensión igual o inferior a tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que la misma se cause antes del 31 de julio de 2011.

En el presente caso, el Banco Popular S.A. fue condenado al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a favor del actor, mediante sentencia proferida el 25 de septiembre de 2009 por parte del Juzgado 13 Laboral del Circuito Adjunto de Bogotá (fls.14 a 20) a partir del día 6 de octubre de 2005, fecha en la que cumplió la edad de 55 años, en cuantía del 75% del salario devengado en el último año de servicios, con efectividad a partir del retiro del trabajador de la entidad, advirtiéndole que el banco debía pagar la prestación hasta el momento en que el extinto ISS reconociera la pensión de vejez y continuara cancelando el mayor valor si hubiere lugar a ello.

La anterior decisión, fue modificada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá mediante providencia del 30 de septiembre de 2010 con ponencia de la Dra. Lucy Stella Vásquez Sarmiento (fls.22 a 36), en el sentido que el IBL corresponde al promedio de lo devengado en los últimos 10 años y no como lo había indicado el juzgado.

Posteriormente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL3633-2014 del 19 de marzo de 2014 decidió no casar la decisión del Tribunal.



Lo anterior, para indicar que, la pensión de jubilación a cargo del banco se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para adquirir el derecho al pago de catorce mesadas pensionales al año, sin embargo, no ocurre lo mismo frente al requisito del monto pensional que debe ser igual o inferior a tres smmlmv, lo cual no ocurre en el presente caso, comoquiera que el Banco Popular S.A., en cumplimiento a las decisiones judiciales antes referidas reconoció la pensión deprecada por el actor, a partir de la fecha de retiro, esto es, del 1 de julio de 2014 en cuantía inicial de \$1.951.336, y en contraste para la época, tres salarios mínimos mensuales vigentes ascendían a la suma de \$1.848.000, por ende, éste último sobrepasa el valor reconocido al promotor.

Aunado a lo anterior, Colpensiones mediante Resolución GNR177973 del 20 de mayo 2014 reconoció al demandante la pensión de vejez con un valor inicial de la mesada de \$2.085.650, por consiguiente, tampoco es posible inferir que se cumplió con el requisito exigido del valor mensual de la pensión, y por tal razón no hay lugar a acceder a la pretensión sobre el reconocimiento de la mesada 14, tal como lo concluyó el a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, 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

LORENZO TORRES RUSSK
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-0567-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: EDITH GARZÓN PACHECO

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de mayo de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.



ANTECEDENTES

La señora Edith Pacheco Garzón por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se **DECLARE** que tiene derecho al reconocimiento y pago de invalidez a partir del 25 de agosto de 2005, fecha de estructuración, conforme el artículo 39 literal a de la Ley 100 de 1993 sin la modificación de la Ley 806 de 2003, y en aplicación de la condición más beneficiosa; como consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de la pensión de invalidez junto con el retroactivo y mesadas adicionales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, se afilió al ISS y allí acumuló 52,71 semanas, que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. donde cotizó 51,42 semanas; que mediante dictamen del 4 de mayo de 2007 Seguros de Vida Alfa S.A., determinó una pérdida de capacidad laboral de 51,57% de origen común con fecha de estructuración del 25 de agosto de 2005, data para la cual se encontraba cotizando; que para la fecha de estructuración contaba con 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, y 26 semanas entre el 25 de agosto de 2004 al 25 de agosto de 2005, que mediante oficio de Porvenir del día 20 de septiembre de 2007 negó la pensión deprecada, al no reunir 50 semanas dentro de los tres años anteriores al 25 de agosto de 2005, y no cumplir con el requisito de fidelidad, decisión confirmada el 28 de marzo de 2008.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Porvenir S.A contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3, 4, 6 y 7 y negó lo relacionado con el derecho a la pensión de invalidez al advertir que la fecha de estructuración se dio en vigencia de la Ley 860 de 2003, y que no cumplió con los requisitos de esta última disposición. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de obligación de reconocer y pagar pensión de invalidez por incumplimiento de los requisitos legales; inexistencia del derecho por inaplicación de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante Edith Garzón Pacheco, a la demandada AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandante Edith Garzón Pacheco, en cuantía de medio smmlmv.

TERCERO: Se concede el grado jurisdiccional de consulta en caso de que la sentencia no sea apelada.



La apoderada de la demandante interpone recurso de apelación. Se concede en el efecto suspensivo.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“Que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 define lo que debe entenderse por invalidez, que refiere a quien hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, que para el caso de la dte, que las partes aportaron copia del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del cual se advierte que efectivamente tiene un pcl de 51,57% de origen accidente común y con fecha de estructuración del año 2005, por lo cual es invalida.

Frente a la norma aplicable en principio es la vigente para el momento en que se estructuró la pcl, como la estructuración fue el 25 de agosto del año 2005 y en principio la norma aplicable sería la ley 860 del 2003 que en el artículo 1 modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que independientemente que el afiliado se encuentre en el régimen de prima media o en el rais, los requisitos exigidos para determinar si tiene derecho o no a la pensión de invalidez son los mismos, ya que el artículo 69 de la Ley 100 de 1993 que reglamenta la pensión de invalidez por riesgo común, el rais remite a los artículos 38 a 41 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso a folio 79 obra certificación de Asofondos que la dte se trasladó a dicho régimen en el mes de diciembre del año 2000.

Que continuando con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, frente al cumplimiento de los requisitos, el primero, invalidez causada por accidente, haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, que al revisar los documentos allegados al expediente, relación histórica de movimientos, resumen de semanas se advierte que la dte en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración del estado de invalidez solamente acredita 9 semanas por lo que no tendría derecho a la aplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

En cuanto a la solicitud de aplicación de la condición más beneficiosa, señalando que la Sala Laboral de la Corte limita en el tiempo la aplicación del principio de condición más beneficiosa y que como la dte cumple con ese presupuesto, esto es, que se invalidó dentro de los tres años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 tendría derecho a la aplicación de este principio y que por ende debía aplicarse el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, no obstante, la apoderada olvida que el que cita no es el único requisito que aparece citado por la jurisprudencia; la sentencia hito de la Sala Laboral que cambia la jurisprudencia en el sentido de limitar la aplicación del principio de condición más beneficiosa sentencia 44596del 25 de enero de 2017 en la cual la Corte no solamente exige que la invalidez se estructure en este término, sino que también hace otras exigencias como: a. que al



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0567 – 01 DTE: EDITH GARZÓN PACHECO DDO: AFP PROTECCIÓN S.A.

26 de diciembre del año 2003 el afiliado estuviese cotizando, b. que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo anteriores al 26 de diciembre de 2003, c. que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre del año 2003 y el 26 de diciembre de 2006, d. que al momento de la invalidez estuviese cotizando, e. que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo o antes de la invalidez, pero que, al revisar el resumen de semanas cotizadas por el empleador en el momento de cambio legislativo, esto es, diciembre del año 2003, la dte no se encontraba cotizando, por lo que se aplica el segundo supuesto que analiza la Corte Suprema de Justicia, que los supuestos no son excluyentes y no es suficiente que se cumpla uno o dos, deben acreditarse simultáneamente, que para el caso de la dte que no se encontraba cotizando en el momento de cambio normativo y para el momento de la estructuración 25 de agosto de 2005, si se encontraba cotizando, la Corte ha señalado los presupuestos específicos que debe cumplir; afiliado que no se encontraba cotizando para el momento de cambio normativo y cuando se invalidó si estaba cotizando, que la situación jurídica concreta nace si el afiliado para el momento del cambio legislativo 26 de diciembre de 2003 no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2002 al 26 de dic de 2003.

Que si se aplica la jurisprudencia anterior y se revisa el resumen de semanas para el periodo anterior aparece condición cesante, es decir, que no existen cotizaciones, no se cumple con el presupuesto de las 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior, conforme lo exige la Corte Suprema de Justicia al modular el principio de condición más beneficiosa, ya que este no es que se aplique porque sí, existen unos presupuestos clarísimos.

Que volviendo a la sentencia 44596, en el presente caso, como la dte no estaba cotizando en el momento en que entró en vigencia la Ley 860 de 2003 ni acredita las 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de entrada en vigencia de la misma, pues no tendría derecho a la aplicación del principio de condición más beneficiosa, por lo que no podría ampararse los supuestos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Que la sentencia del 24 de enero de 2018 rad.59012 la Corte en un caso similar indicó que era requisito indispensable, que el afiliado que no se encontraba cotizando para el momento del cambio normativo debía acreditar las 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior, luego no se tienen una situación jurídica concreta, y no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación del principio de condición más beneficiosa, por lo que solicita se le aplique el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, por lo que deberá absolverse a la parte demandada.

Costas y agencias en derecho, las que estarán a cargo de la dte fijando como agencias en derecho medio smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos, que la juez analiza el caso bajo los criterios de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que no se encontraba cotizando para el momento de la expedición de la Ley 860 de 2003, literal a, que para el 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando como es el caso, que el afiliado hubiese aportado 26 semanas entre el 29 de enero de 2003 y el



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0567 – 01 DTE: EDITH GARZÓN PACHECO DDO: AFP PROTECCIÓN S.A.

29 de enero de 2002, que la invalidez se hubiere producido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, que para el momento de la invalidez el afiliado no hubiese estado cotizando, y que hubiese cotizado 26 semanas que antecede a la invalidez, no obstante, me permito solicitarle al honorable tribunal que analice el presente caso bajo los criterios que ha dispuesto la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2019, teniendo en cuenta que la demandante si cumple con los criterios por la Corte Constitucional toda vez que la fecha de estructuración de la invalidez se produjo en vigencia de la Ley 860 de 2003, además que no acredita la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003 pero que si las acredita bajo lo dispuesto por el literal a del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esto, para proteger la expectativa legítima que tenía la demandante para poder acceder a su pensión de invalidez. Que si bien hay una dualidad de criterios es importante mencionar que la Corte Constitucional en Sala Plena ha argumentado que para mantener la seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato, sus pronunciamientos debían de ser vinculantes para todas las autoridades incluidas las judiciales y teniendo en cuenta ese postulado solicito que el caso bajo estudio sea analizado bajo los criterios de la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2019, y bajo estos términos sea reconocida la pensión de invalidez a la demandante. En los anteriores términos me permito sustentar el recurso de apelación”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta el punto de apelación en el sentido que la pensión de invalidez deprecada sea concedida conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2019.

Al respecto, sea lo primero indicar que esta Sala acoge el precedente jurisprudencial del Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en temas como el que se suscita con la demanda, esto es, el reconocimiento de la pensión de invalidez con sujeción al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y particularmente con el supuesto fáctico del literal a), es decir, que el afiliado una vez sea declarado invalido, cumpla con la exigencia de estar cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.



Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que la demandante solicita el reconocimiento pensional de invalidez conforme el literal a) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin la modificación de la Ley 860 de 2003, ya que tal como quedó demostrado en primera instancia, para el momento en que se estructuró la invalidez, esto es, para el 25 de agosto de 2005, no hay duda que se encontraba cotizando al régimen y contaba con el requisito mínimo de 26 semanas, sin embargo, en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el presente caso no es posible dar paso a sus efectos, sencillamente porque, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, esto es, el 26 de diciembre de 2003, momento del cambio normativo, la actora no se encontraba cotizando y tampoco había acumulado 26 semanas en el año anterior a esa fecha, por ende, no tenía una situación jurídica concreta que le permitiera la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, conclusión que se soporta en lo expuesto en la sentencia SL4276-2020 del 14 de octubre de 2020.

Dicho sea de paso, en igual pronunciamiento se reiteró el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al hacer referencia al tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, resaltando los requisitos a cumplir por parte de los afiliados que al momento del cambio normativo no se encontraban cotizando, para acceder a la pensión de invalidez en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, como son: i) No estar cotizando para el 26 de diciembre de 2003, ii) Haber aportado 26 semanas entre el 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003, iii) Que la invalidez se haya producido entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, iv) Que al momento



de la invalidez no estuviesen cotizando y v) Que hubiesen cotizado 26 semanas en el año anterior al que se produjo la invalidez.

Lo anterior significa, que, para el caso de la actora y contrario a lo manifestado por la recurrente, si bien la invalidez se estructuró entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, es decir, el 25 de agosto de 2005, lo cierto es que esta no era la única exigencia que debía cumplir, y, por tanto, le era obligatorio para acceder a la prestación pensional por invalidez causada por accidente, haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, interregno del que solo quedaron acreditadas 9 semanas.

Con todo, y conforme la sustentación del recurso entiende la Sala que lo anterior es claro para la recurrente, no obstante, solicita la aplicación del principio de la condición más beneficiosa conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y para tal efecto, acude a la sentencia SU-556 de 2019 proferida por esa Corporación, olvidando que al interior de ese pronunciamiento se hizo referencia a la procedencia de la acción de tutela en garantía de igualdad de trato, al unificar la jurisprudencia en torno a la exigencia del ejercicio subsidiario de ésta conforme al denominado *test de procedencia*.

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al interior de la sentencia SL4276-2020 del 14 de octubre de 2020, se apartó del pronunciamiento de la Corte Constitucional al que se apela, al enfatizar las razones con sujeción a los requisitos de transparencia y suficiencia, ya que acoger su contenido supone la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más



beneficiosa, al imponer reglas para el reconocimiento pensional no solo de invalidez sino de sobrevivientes, desconociendo los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social.

En alcance de lo anterior, cabe indicar que el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral ha sido reiterado y pacífico al advertir la procedencia de la aplicación de la condición más beneficiosa respecto de la norma inmediatamente anterior, con la salvedad que no le resulta dable al juzgador realizar un ejercicio histórico en búsqueda de una norma que se adapte a las condiciones del afiliado, tal como lo orienta la jurisprudencia constitucional de la que se pretenden sus efectos con el recurso, y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia, expresó:

(...)

En armonía con lo precedido, la Sala ha indicado de manera reiterada y pacífica que es procedente la aplicación de la condición más beneficiosa respecto de la norma inmediatamente anterior, por lo que, no es dable al juzgador realizar un ejercicio histórico en búsqueda de una norma que se adapte a las condiciones del afiliado o sus beneficiarios, es decir, no puede hacer una búsqueda plusultractiva a cualquier norma anterior que le sea más benéfica.

(...)

En consecuencia, al tenerse como precedente jurisprudencial a aplicar en este caso los criterios la Sala de Casación Laboral, téngase en cuenta que de todas maneras en este asunto no se discute propiamente la falta de delimitación en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior, asunto del que si hizo parte el discurso jurídico de las sentencias SU-442 de 2016 y SU-556 de 2019.



Así las cosas, por las razones antes expuestas se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, 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



Mo-10-11

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Lorenzo - R

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No.30-2019-0561-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS MIGUEL DIAZ GRANADOS CASTRILLON

DEMANDADOS: AMBACAR COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. JOHAN HERNAN LUGO BARBOSA identificado con C.C. 80.220.628 y T.P. 222.332 del C.S. de la J., en calidad de apoderado de la sociedad demandada AMBACAR COLOMBIA S.A.S., quien a su vez funge como representante legal de la misma.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de noviembre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.

ANTECEDENTES

El señor Luis Miguel Diaz Granados por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada entre el día 1 de marzo al 15 de agosto de 2018 para desempeñar el cargo de Gerente Colombia devengando como salario integral la suma de \$27.939.800; que el contrato fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte de la demandada el día 15 de agosto de 2018; que no fue entregada liquidación final del contrato laboral a la finalización de la relación laboral sino solo hasta el 31 de agosto de 2018 junto con la indemnización por despido sin justa causa, y que por tanto le adeuda la suma de \$14.901.226, correspondiente a 16 días de mora; que tiene derecho al pago de los salarios correspondientes entre el 1 al 15 de marzo de 2018; que tiene derecho al pago por los gastos de traslado a la ciudad de Quito Ecuador a, junto con la suma de 1.387,87 dólares por concepto de pago de tarjetas de crédito, estadía en hoteles, restaurantes, y el valor de los pasajes aéreos.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la quincena del 1 al 15 de marzo de 2018 en cuantía de \$13.969.900; por la suma de \$14.901.226 por concepto de días de salario entre el 15 al 31 de agosto de 2018; se condena a los gastos de transporte en



los que incurrió, alojamiento en Bogotá, beneficios adicionales del contrato de trabajo y arriendos en la ciudad de Quito hasta el 14 de diciembre de 2018; se condene al valor de las diferencias por reembolsos de pagos hechos con tarjetas de crédito personales emitidas por el Banco Produbanco de Ecuador; a la indemnización moratoria a partir del 16 de agosto de 2018 y hasta el 15 de agosto de 2020, o hasta el momento en que sean pagadas las condenas solicitadas, en la suma diaria de \$931.326,66, y a partir del mes 25 intereses moratorios sobre la suma de \$13.969.900 correspondientes al valor de los salarios comprendidos entre el 1 al 15 de marzo de 2018 dejados de cancelar durante la ejecución del contrato y a la finalización del mismo; costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a laborar al servicio de la sociedad demandada a partir del 1 de marzo de 2018 en virtud del contrato de trabajo suscrito con el representante legal a termino indefinido y de naturaleza integral en el cargo de Gerente Colombia; que el representante legal le manifestó que solo autorizaba el pago del salario a partir de la segunda quincena del mes de marzo de 2018 pese a lo pactado en el contrato de trabajo; que el 15 de junio de 2018 se autorizó el pago de los salarios correspondientes para los meses de marzo, abril y mayo de 2018; que los documentos allegados como pruebas con la reforma de la demanda permiten acreditar que el actor prestó sus servicios los primeros 15 días del mes de marzo de 2018; que la suma acordada como salario ascendió a \$27.939.800; que mediante la cláusula tercera del contrato se acordó a favor del trabajador los siguientes beneficios: seguro de salud, plan celular ilimitado local, tres semanas de vacaciones al año o dos en el caso de haber



tenido licencia de paternidad, bono de mudanza, vehículo de la compañía, segundo vehículo familiar, tiquetes aéreos para la familia, 50% del pago de la membresía entrepreneur organisation EO Colombia, posibilidad de obtener el 5% de las acciones de la empresa, bono por resultados de ventas de vehículos y la promesa de reubicación en la operación en Ecuador con el 60% como mínimo del salario percibido en Colombia, por causas ajenas al demandante.

Que el 15 de agosto de 2018 la sociedad le comunicó la decisión de terminación unilateral del contrato de trabajo, que la liquidación final del contrato solo fue pagada el 31 de agosto de 2018 y que mediante comunicación del 28 de febrero de 2019 la sociedad le explicó las razones por las cuales se hizo el pago hasta ese día; que la reiterada tardanza en el pago de salarios en vigencia de la relación laboral evidencian que el actor no era el exclusivo pagador de su propio sueldo; que la demandada expidió certificación el día 15 de agosto de 2018 en la que se dice que el demandante trabajó a su servicio entre el 1 de marzo al 15 de agosto de 2018 en el cargo de Gerente, con salario integral de \$27.939.800; que solo fue retirado como representante legal de la empresa ante la Cámara de Comercio de Bogotá hasta el 14 de noviembre de 2018, situación que devino en la imposibilidad de trasladar su inmobiliario a Ecuador, debiendo mientras tanto pagar arriendo por el mismo en Colombia, que elevó reclamación a la convocada exigiendo el pago de los conceptos laborales adeudados el 1 de febrero de 2019 sin recibir respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda principal y reforma con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2 a 4, 6, 12 a 15, 19, 24 y 25, y no aceptó los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó: no se causa salario sin el cumplimiento de la labor contratada y cumplimiento de las condiciones laborales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada AMBACAR COLOMBIA S.A.S., a pagar a favor del señor LUIS MIGUEL DIAZ GRANADOS identificado con cédula de extranjería N°819.374, la suma de \$13.969.900 por salarios causados entre el 1 y el 15 de marzo de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AMBACAR COLOMBIA S.A.S. a pagar a favor del señor LUIS MIGUEL DIAZ GRANADOS identificado con cédula de extranjería N°819.374, la suma de \$13.969.900 que corresponde a la indemnización moratoria causada por la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales en lapso comprendido entre el 16 al 31 de agosto de 2018.

TERCERO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.



**Proceso Ordinario Laboral 30 – 2019 – 0561 – 01 DTE: LUIS MIGUEL DIAZ GRANADOS
CASTRILLON DDO: AMBACAR COLOMBIA S.A.S.**

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Líquidense por Secretaría e inclúyase como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$2.000.000.

Notificación en estrados

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que el problema jurídico debe resolverse desde la acreditación del extremo inicial de la relación laboral, determinar si hay salarios insolutos y saldos pendientes por concepto de traslado del actor hacia la ciudad de Quito Ecuador, si hay lugar al reembolso de dineros y a la indemnización moratoria en la forma solicitada en la demanda, y verificar la procedencia de las excepciones formuladas por la demandada.

Que no hay controversia en el cargo del actor como Gerente Colombia, el salario integral, la decisión del 15 de agosto de 2018 de dar por terminado el vínculo contractual por parte de la empresa; que la liquidación final del contrato fue pagada el 31 de agosto de 2018 junto con el salario de la primera quincena de agosto; a folio 8 obra carta de terminación del contrato de trabajo. Que sobre el extremo inicial de la relación de trabajo, afirma la parte actora que el contrato inició el 1 de marzo de 2018, lo que no desconoce la sociedad demandada ya que afirma que para el periodo del 1 al 15 de marzo no se hallaba en el trabajo, que el actor conoció no haber trabajado en esa quincena por lo que dice la demandada no se causa el pago de salarios para ese periodo, al dar la orden de pago a partir de la segunda quincena de marzo de 2018, respuesta al hecho 6 a folio 62.

Que el interrogatorio al representante legal de la demandada aceptó la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de marzo al 15 de agosto de 2018, que el extremo inicial también se logra acreditar con el contrato de trabajo aportado al expediente y visto a folio 68 y la certificación que obra a folio 7. Que la demandada insiste en que el actor era el que efectuaba los pagos de los salarios y que al no haber laborado esos días, decidió no pagarse; que a la parte actora le asiste razón porque en el contrato de trabajo se pactó como fecha inicial al 1 de marzo de 2018, que los testigos para dicho periodo si bien no dieron una fecha exacta si manifestaron haber tenido algún contacto con el actor en su calidad de trabajador de la empresa a comienzos del mes de marzo, dijeron que a comienzos del mes de marzo tuvieron reuniones y se comunicaban por correo electrónico con el actor para ultimar detalles para la prestación del servicio, que como prueba documental se aportan varios correos electrónicos a folios 98 y 155 donde se aprecia que el actor estuvo en contacto con personas de la empresa, que junto con este acordaron el montaje de un stand en el salón de automóviles, que e correo que aparece a folio 127 en el que se informa que el dte es el nuevo gerente de la operación en Colombia y que reemplazaría a Francisco Páez, por lo que el juzgado considera que la prestación del servicio inició el 1 de marzo, que así no se haya prestado el servicio el empleador no puede retener el



**Proceso Ordinario Laboral 30 – 2019 – 0561 – 01 DTE: LUIS MIGUEL DIAZ GRANADOS
CASTRILLON DDO: AMBACAR COLOMBIA S.A.S.**

pago de salarios conforme el artículo 149 del CST, ya que debe mediar autorización suscrita por el trabajador o una orden judicial lo que no se acredita, puesto que el hecho que el actor haya sido quien efectuaba las autorizaciones de pago, el empleador debió proceder al pago al evidenciar la falta de pago por ese periodo, y no escudarse que el actor era el mismo que autorizaba el pago de sus salarios. Que a folio 78 obra liquidación final del contrato en la que consta como fecha de inicio de labores el 1 de marzo de 2018 y fecha final del 15 de agosto y que fue pagada por transferencia el 31 de agosto de 2018 como lo acepta la parte actora y en dicha liquidación no obra el pago de los salarios reclamados, que, al no existir justificación para retener los salarios, se debe asumir el pago de estos en suma de \$13.969.900 por los salarios causados entre el 1 al 15 de marzo de 2018.

Que sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, que la Corte ha indicado que la sanción no es de aplicación automática y el empleador debe desvirtuar esa presunción de mala fe para exonerarse del pago de la indemnización sentencia del 24 de enero de 2012 radicado 37288; que la parte actora era el ordenador del gasto, como lo dijo el apoderado de la parte demandada, tenía la facultad para pagar nómina entre otros, y que solo efectuó reclamaciones del salario hasta febrero de 2019 mucho después de finalizado el contrato, que el empleador consideró que no debía nada al demandante puesto que él era quien revisaba las nóminas y tenía los tokens de la sociedad y era el exclusivo pagador de su propio sueldo, que además aunque no quedó demostrado en el proceso que había condonado el pago de salarios, sin embargo, ya se estableció que no hay lugar a retención alguna, por lo que considera que no existe mala fe del empleador, que el cargo del empleador era el de gerente de la sociedad demandada conforme se indicó en la demanda, era quien autorizaba el pago de salarios incluido el suyo, que a folios 73 y 74 el dte firma en su calidad de representante legal autorización para la consignación de salarios entre marzo, abril y mayo del 2018, a su propia cuenta lo que hace ver una mala fe por parte del trabajador quien tenía la facultad de pagarse su salario y como no lo hizo no tiene la posibilidad de endilgarle mala fe a la sociedad demandada; que el reclamo solo se elevó el 1 de febrero de 2019, por lo que absuelve de esta pretensión a la sociedad demandada.

En cuanto a la indemnización moratoria subsidiaria por el no pago de salarios, quedó demostrado que la finalización acaeció el 15 de agosto de 2018 y en el documento se refleja que la liquidación fue pagada por transferencia el 31 de agosto del mismo año, no hay justificación valedera para la demora en el pago de la liquidación final, toda vez que hoy en día ya se cuenta con los medios electrónicos suficientes para liquidar y pagar la liquidación a la terminación de los contratos, que por lo anterior, se condenará a pagar a la demandada un día de salario por cada día de retardo del 16 de agosto hasta el 31 del mismo mes en suma \$13.969.900.

Que sobre los gastos de traslado de Quito Ecuador Bogotá y reembolso de dineros, solicita el pago de los gastos de Bogotá a Ecuador, reintegro de dineros hechos por el actor con su tarjeta de crédito, que se allegan factura a folios 15, 17, la demandada aporta folios 158 a 190, entre los cuales se detalla el pago de una mudanza entre Bogotá a Quito folios 162 a 168 y gastos de hoteles facturas a folios 172 y siguientes; que la parte actora no probó la deuda por esos conceptos, tampoco indica con claridad los gastos en los que incurrió con su tarjeta de crédito; que al revisar la cláusula tercera del contrato a folio 69 se pactan beneficios a favor del trabajador en los que no se relaciona la obligación de la empresa del pago de mudanza del trabajador y a la devolución de dineros por el uso de tarjetas de crédito, por lo que absolverá de estas pretensiones. Excepciones se declararán no probadas, Costas a cargo de la demandada.



APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Sustenta el recurso en los siguientes términos: que lo hace en contra del numeral de la sentencia que dispuso absolver a la demandada de la indemnización moratoria originada en el pago de los salarios correspondientes a la primera quincena de marzo de 2018; que el fundamento del despacho para tomar esa decisión fue aceptar que para el lapso comprendido entre el 1 y 15 de marzo de 2018 era que el demandante era quien revisaba las nóminas, ordenaba el gasto tenía los tokens, y era el pagador exclusivo de su propio sueldo, lo cual resulta alejado de la realidad procesal, porque sí se logra establecer es que, ni era el exclusivo ordenador del gasto ni el pagador, que la empresa en respuesta a la petición le manifiesta que él era al que le correspondía pagarse su propio sueldo de esa quincena, y posteriormente le dicen que no prestó servicios para ese periodo, lo que es contradictorio porque finalmente no era el ordenador del gasto pero ni siquiera lo fue hasta el 22 de junio cuando logra que se haga el pago mediante una transferencia ordenada desde Quito por el señor Vascones, quien dice al dte que no se le reconocería la primera quincena pagándose entonces únicamente los salarios de dos meses y medio, por lo que no podría ser el fundamento que fuera el ordenador del gasto y que hubiera procedido de mala fe, cuando hace la solicitud del pago de salarios de los meses de marzo, abril y mayo sin incluir la primera quincena del mes de marzo porque no estaban los fondos para hacer el pago y tampoco dependía de él, sino lo que autorizara el señor vascones desde el Ecuador; que como el señor jamás puso nada por escrito, el dte no podía renunciar a ese salario por mas que dijera que no lo iba a cobrar, que sabemos cuales son las consecuencias de no cobrarlo y si en ese momento que debía hacerse era justificar la conducta de la empresa cuando se le pone en conocimiento el 1 de febrero esa omisión, era buscar simplemente una solución o acreditar una prueba que dijera por lo menos que si no se estaba cobrando el salario no era porque el trabajador estuviera renunciando a ello, cuando no hay ningún documento en el que se desconozca que los servicios se prestaron desde el 1 de marzo, sino que ese pago no dependía de él, no tenía los recursos para hacerlo, siempre se manejó a través de transferencia y los pagos se hacían desde Quito al Banco Pichincha, que el dte debía solicitar la transferencia al Ecuador de todos los salarios de la empresa incluido el de él, que nunca tuvo los tokens para hacer pagos.

Que la conducta de la empresa es maliciosa, que le damos el beneficio de la duda entre el lapso del 15 de agosto de 2018 hasta el 1 de enero de 2019 que tendría alguna validez los argumentado que no tenían conocimiento de la deuda y el mismo dte los haya inducido al error y buscar una excusa para evitar las sanciones que se le estaban poniendo en conocimiento en febrero del año 2019, no fue con la presentación de la demanda, fue el primero de febrero de 2019 y la omisión en el pago de la deuda fue lo que promovió la demanda.

Solicita se conceda el recurso de apelación sobre este particular y acepta lo considerado por el juzgado respecto de las deudas de la demandada originadas en el transporte del menaje al Ecuador porque no hay claridad en cuanto a las mismas de parte y parte, sino que se limita a discutir la conducta de la demandada en el recurso de apelación.



PARTE DEMANDADA

“Que interpone recurso de apelación respecto de la condena por el salario de la primera quincena del mes de marzo y sobre la mora del artículo 65 del CST por las siguientes razones; que frente al primer punto, si hubo un acuerdo verbal y que por eso cuando se le gira la plata, se hace con base en el acuerdo que verbalmente se aceptó que no se pagará la primera quincena, y que a partir de la segunda quincena, que eso es claro, que las partes acordaron que no se pagara esa quincena, por lo que no puede alegarse mala fe de la demandada, donde hay un pacto de caballeros para no cobrarse la primera quincena.

Que frente a lo segundo sobre la condena por el no pago de la primera quincena, hay que tener en cuenta que el gerente tiene la responsabilidad de entregar el cargo debidamente así su gestión haya sido un fracaso, y ahora, como se desplazaba nuevamente a Quito había que arreglar todas las razones por las cuales el menaje se regresaría nuevamente a Quito, esa es la razón por la cual no se pagó el 31 de agosto y por consiguiente tampoco hubo mala fe.

En esos dos puntos interpongo el recurso de apelación y en las demás partes de la sentencia estoy de acuerdo.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta que el argumento de cada uno de ellos son similares en lo atinente a la condena por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, y que la parte demandada agrega la improcedencia del pago por los salarios de la primera quincena del mes de marzo de 2018.

Para abordar el análisis de los recursos interpuestos y por razones metodológicas se iniciará con la inconformidad planteada por el apoderado de la parte demandada en lo relacionado con la condena al pago de los salarios correspondientes del 1 al 15 de marzo de 2018.



Insiste el recurrente en la improcedencia del reconocimiento por los salarios mencionados, al referir i) que el actor no tiene derecho a aquellos debido al fracaso de su gestión como gerente, ii) que en razón a su cargo tenía la obligación de entregar el cargo en debida forma y iii) porque el promotor debía regresar nuevamente a la ciudad de Quito Ecuador,

Al respecto considera la Sala que ninguna de las razones antes mencionadas resulta válida, además que tales supuestos de hecho, primero, así no se plantearon en el escrito inicial, y segundo y consecuentemente tampoco se discutieron de esa manera en el debate probatorio.

Además, que el argumento de defensa propuesto sobre el particular por la demandada en el escrito inicial conforme se aprecia de la respuesta brindada a los hechos 1 y 21 (fls.62 a 64), giró en torno a que el actor *“no se hallaba en el trabajo y así lo reconoce el mismo en su propia franqueza, que no aceptó el pago correspondiente a esa quincena”,* y que *“la realidad indica que el demandante inició las labores para las cuales fue contratado, el 15 de marzo y no el 1 de marzo”,* razones que se alejan de las afirmaciones con las que sorprende al proceso el abogado apelante.

Aunado a lo anterior, la demandada no logró probar las razones de su defensa, esto es, sobre la inactividad laboral del demandante en los primeros 15 días de marzo, y contrario a ello lo que subsiste es la certeza que el trabajador estuvo en el ejercicio de actividades relacionadas con la sociedad convocada, para lo cual basta con revisar las diferentes comunicaciones por medio de correo electrónico para esa data, y la fecha de inicio de labores que las partes plasmaron en el contrato de trabajo



como 1 de marzo de 2018, circunstancias que la accionada debió desvirtuar conforme a la carga dinámica de la prueba que le comprometía y no lo hizo.

En gracia de discusión, aún en el evento en que haya quedado acreditado plenamente que el demandante no prestó servicios entre el 1° y 15 de marzo de 2018, pese a que la demandada aceptó tanto en la contestación de la acción como en el escrito de alegatos allegado a esta Corporación, que la fecha inicial el 1° de marzo de igual mes y año, de todas maneras conforme el artículo 140 del CST *“durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del empleador”*, es decir, que si la convocada se obligó a partir del 1 de marzo de 2018, mal haría negarse al reconocimiento salarial de la primera quincena para ese periodo, y al mismo tiempo estar de acuerdo con el extremo inicial.

Así mismo, y de todas maneras, lo que se logra inferir con el recurso en este punto que se revisa es que el apoderado propiamente no se opone al pago de los salarios de la primera quincena de marzo de 2018, sino lo que comenta es que la omisión en el pago se debe a la mala gestión como gerente del promotor, que no hizo entrega del cargo en debida manera y que se encontraba pendiente el trámite el traslado del extrabajador a la ciudad de Quito Ecuador, razones que aparte de ser equivocadas, tampoco justifican la retención ilegal de salarios que propone el recurrente, y menos como sanción ante comportamientos que no avala el empleador.

Conforme lo anterior, y después de precisar que nada impide para que subsista la condena al pago a cargo de la demandada por los salarios del 1



al 15 de marzo de 2018 a favor del actor, pasa a analizarse la condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Al respecto, cabe recordar que el apoderado del demandante sustenta el recurso para indicar que, si bien está de acuerdo con la misma, ésta debió estar fundamentada no en la demora en el pago de la liquidación final del contrato de trabajo por el lapso comprendido entre el 16 al 31 de agosto de 2018, sino en la falta de pago de los salarios correspondientes a la primera quincena del mes de marzo de igual año.

Desde ya la Sala considera que la asiste razón al apoderado en cuestión, toda vez que, si se revisan las motivaciones del juez a quo para imponer esa indemnización se observa que la condena se basó en la tardanza por el lapso de 16 días por parte de la sociedad demandada en el reconocimiento y pago de la liquidación final de acreencias laborales, y no propiamente por la deuda de los salarios por los primeros 15 días del mes de marzo de 2018, puesto que la imposición de esta sanción moratoria no es de aplicación automática, sino que previamente se requiere de la verificación de si la falta de pago de salarios y prestaciones al trabajador una vez finalizada la relación laboral estuvo revestida de buena o mala fe, y en caso de la segunda hipótesis nada obsta para su condena.

En el presente caso, considera la Sala que el tiempo transcurrido entre el 15 y el 31 de agosto día en que le fue pagada la liquidación final al extrabajador, no se traduce en que el empleador se haya sustraído de mala fe a su pago, y, por el contrario, teniendo en cuenta que el pago de salarios se hacía de manera mensual, es por lo que no resulta desproporcionado ni



caprichoso inferir la viabilidad del pago de las acreencias laborales finales al final del mes como si se tratara de su salario.

En consonancia con lo anterior, la indemnización moratoria en este caso si procede respecto de la deuda de salarios respecto de los cuales de manera reticente la demandada se ha negado a su pago por muchas razones y sin justificación alguna, circunstancia que ubica su conducta en el plano de la mala fe, situación que debió advertir el juez a quo, si precisamente condenó al pago de salarios, sin que le estuviera dado abordar su estudio como si se tratara de dos indemnizaciones distintas, pues se itera, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST es solo una, y no por el hecho simplemente que se proponga la misma como principal y subsidiaria, deba necesariamente desligarse de los fundamentos fácticos que le dan origen.

Llama la atención que dentro de las motivaciones para imponer condena por la indemnización moratoria en la manera como ha quedado visto, el juez de instancia acudió a lo manifestado por la demandada, en el sentido que, si el demandante tenía facultades como gerente de disponer de su propia nómina, este debió auto pagarse y no lo hizo, cuando lo cierto es que tal circunstancia no quedó así acreditada en el proceso respecto de las funciones del trabajador.

Ahora, en el supuesto que el actor fuese quien tuviera a su cargo el pago de la nómina, lo cierto es que, esa deuda o crédito laboral que tampoco esta probado que haya sido condonada por el demandante, debió pagarse junto con la liquidación final el 31 de agosto de 2018, teniendo en cuenta que el promotor ya no hacia parte de la organización, puesto que de



acogerse lo considerado por el juzgado, sería tanto como aceptar que la sanción del artículo 65 del CST puede ser activada por el trabajador en cualquier momento en vigencia de la relación de trabajo, ante eventuales incumplimientos en que incurra el empleador indefinidamente.

La tesis del juzgado también supondría, primero, que la mentada sanción debe obligatoriamente pagarse al momento de la terminación del contrato de trabajo, siendo que se reitera, su imposición no es automática, y segundo, que en el presente asunto quedaría desprovisto el demandante de la misma al no encontrar el juez mérito para su condena, sin atender la conducta reticente en el pago de salarios sin justificación alguna por parte de la demandada.

Con todo, la condena a la indemnización moratoria no podía haberse limitado su tasación hasta el día 31 de agosto de 2018 y desde el 16 de igual mes y año, pues si bien ese último día del mes se procedió al pago de la liquidación final de acreencias laborales, lo cierto es que omitió el pago de los salarios respecto de los cuales se impartió condena, y sin que hasta el momento se acredite el cumplimiento de esa obligación salarial, por consiguiente conforme el artículo 65 del CST lo procedente es condenar a la demandada al reconocimiento y pago en suma igual al último salario diario que corresponde a \$931.326 (salario mensual era \$27.939.800), por cada día de retardo hasta por veinticuatro (24) meses, contados desde la fecha de terminación del contrato, esto es, 15 de agosto de 2018 y hasta el 15 de agosto de 2020 cálculo que asciende a la suma de \$670.555.200, y a partir del mes 25 la demandada debe pagar al actor intereses moratorios fijados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre la suma adeudada por concepto de salarios que obedece a \$13.969.900 correspondiente entre el 1 y el 15 de



marzo de 2018, en tal sentido se dispondrá modificar el numeral SEGUNDO de la sentencia.

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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a la sociedad demandada AMBACAR COLOMBIA S.A.S. a reconocer y pagar a favor del demandante el señor LUIS MIGUEL DIAZ GRANADOS CASTRILLON identificado con cédula de extranjería N°819.374, la suma de **\$670.555.200** por concepto de indemnización moratoria conforme el artículo 65 del CST por los primeros 24 meses comprendidos entre el día 15 de agosto de 2018 y el 15 de agosto de 2020, y a partir del mes 25 la demandada debe pagar al actor intereses moratorios fijados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre la suma adeudada por concepto de salarios que obedece a \$13.969.900 correspondientes entre el 1 y el 15 de marzo de 2018, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
Savo voto parcial

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

PROCESO ORDINARIO No. 28 2019 310 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta n asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

ALEGATOS

Dentro del término concedido, el apoderado de la parte demandante, presentó alegatos de conclusión.

SENTENCIA

Al conocer la sentencia de fecha 6 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Veintiocho laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Solicitó la parte actora se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad por vicios del consentimiento; que como consecuencia de lo anterior se condene y ordene al fondo de cesantías PROTECCIÓN trasladar al señor Pedro Juan Navarro Rodríguez al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Que se condene a PROTECCIÓN a trasladar a la cuenta de ahorro individual del actor todos los rendimientos financieros; Así mismo que se decrete este traslado sin solución de continuidad desde el día 16 de agosto de 1978 y se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita. finalmente solicita se condene a las demandadas en costas del proceso. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que el señor pedro juan navarro rodríguez nació el 11 de junio de 1953.
- Que se afilió inicialmente al régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el ISS.
- Que se trasladó al régimen de prima media con prestación definida administrado en aquel entonces ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN SA desde el 17 de marzo del 2000 hasta la fecha.
- Que el ingreso o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad lo efectuó el demandante por haber sido inducido en error por parte de las del asesor del fondo de pensiones PORVENIR SA.
- Que nunca se le indicó cuál era el capital necesario para ser beneficiario de la pensión de vejez así como tampoco jamás se le informó cuáles son los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión mínima si no alcanzaba a reunir el capital necesario para ser beneficiario de la pensión de vejez.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

- Que nunca le dieron a conocer las condiciones requisitos que debía cumplir para obtener la devolución de saldos si el capital que había ahorrado no era suficiente.
- Que el fondo de pensiones jamás le manifestó verbalmente ni por escrito que existía una desmejora en la tasa de reemplazo pensional al trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual
- Que no le informaron de manera clara y precisa así como tampoco le dieron información sobre el cálculo de la posible pensión que en un futuro le reconocería dicho fondo.
- Qué jamás se le informó que la edad para pensionarse en el régimen de ahorro individual era de 62 años en el evento de no contar con el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual.
- Que el asesor jamás le indicó ni por escrito ni verbalmente que el bono pensional se redimiría hasta los 62 años de edad.
- Que fue inducido en error al expresarle que el Instituto de seguros sociales sería liquidado y de continuar vinculado con dicha entidad perdería la densidad de semanas cotizadas.
- Que solicitó al fondo de pensiones y cesantías protección SA el cálculo de la posible pensión.
- Que por todo lo anterior solicitó la nulidad del traslado y su traslado de régimen pero él mismo le fue negado. (fl.- 4-7)

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 3 y 27, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia del pago de costas. (fl. 69-79).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

3, 20, , para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó validez de la filiación con protección, inexistencia de visión del conocimiento por error de hecho, inexistencia de perjuicios morales y prescripción. (fl. 90-98).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 06 de octubre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuados por el señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ al RAIS con fecha 17 de marzo de 2000 por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones tal y como se dijo en las consideraciones de esa sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar 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, sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRÍGUEZ identificado con la cédula de ciudadanía 7.476.047 a COLPENSIONES.

TERCERO: Condenar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media y actualizar su historia laboral.

CUARTO: declarar NO probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: las costas de esta instancia serán a cargo de las entidades demandadas señalándose como agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de cada una de ellas en favor de la parte actora.

SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión debe ser consultada con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que, lo primero que debe indicarse es que se encuentra acreditado en el proceso es que el actor, estuvo vinculada al instituto de seguros sociales según se observa en el expediente administrativo de la demandante, obrante en el cd



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de folio 80. Igualmente se tiene que el 17 de marzo de 2020, suscribió el formulario denominado solicitud de vinculación o traslado en la PROTECCIÓN S.A. tal como se avizora en la documental que milita a FOLIO 47 del plenario.

De la nulidad del traslado. Precisado lo anterior, debe señalarse que le corresponde a la AFP PROTECCIÓN S.A., la carga de probar en que circunstancias se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se 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 estuviera debidamente informado y así escoger el que mejor le convenia. En efecto, la jurisprudencia de la sala de casación 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 haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la situación del traslado, 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.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, debe indicar esta juzgadora que en el plenario no se logró acreditar que el demandante hubiese recibido una información por parte de PROTECCIÓN S.A. sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen al momento de ser incluida como afiliada, pues los medios de convicción aportados al proceso, analizados en conjunto permite colegir que la afp PROTECCIÓN S.A. no acreditó haberle suministrado una información clara, precisa y detallada a la aquí accionante sobre las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituyó omisión en el deber de información, en efecto, dicha entidad no allegó prueba alguna con la que demuestre que al momento de acoger como afiliada a la demandante el asesor hubiese efectuado una simulación, proyección a futuro, cuadro comparativo de la pensión de vejez, que podría recibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que puedan 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, por lo que condenó a la demandada en los términos antes indicados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas interponen recurso de apelación, así:

PROTECCIÓN

Gracias señora fue de manera respetuosa manifiesto al despacho que presento recurso de apelación en contra de la sentencia que cada ser notificada particularmente en cuanto se condena a mi representada a retornar los aportes sin efectuar descuento alguno por gastos de administración y de seguro de invalidez y sobrevivencia fundamento del recurso de apelación En las siguientes consideraciones señora cuesta tal cómo se emocionó Al momento de presentar alegaciones de conclusión los gastos de administración y corresponden a la remuneración que se debe por disposición legal en ambos regímenes pensionales por la administración y conservación de los aportes del demandante función que fue cumplida por mí representado a lo largo de 20 años y apartándome respetuosamente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuenta esta administración dado en favor del demandante de tal manera que ordenar su retorno gastos de administración en favor de colpensiones pues aparte de consideraciones básicas de Justicia incluso de equidad como quiera que colpensiones no ha generado ninguna actuación para administrar y conservar los aportes y generar frutos ni rendimientos a lo largo de prácticamente 20 años como en este caso y se le estaría generando por el contrario nacimiento sin causa colpensiones no va a sufrir ningún tipo detrimento el fondo común con el cual se financia las pensiones en el régimen de prima media Sencillamente porque los gastos de administración y de aseguramiento no hacen parte de las reservas de invalidez vejez y muerte de dicho instituto tal suerte que no hay detrimento alguno como equivocadamente lo señala colpensiones en caso de no ser condenado el retorno de estos componentes estaremos frente a una unidad de lo actuado por falta de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

integración de litis consorcio por el hecho de condenarse a protección a retornar los valores pagados por concepto de prima de seguro de invalidez y sobrevivencia gastos que igualmente se predicen por disposición legal en ambos regímenes pensionales de tal manera que no es estable al afiliado ni mucho menos a la administradora a decidir si se contrato no se contrata dicho seguro ni se cubre o no se cubre los riesgos de invalidez 50 lo anterior tener en cuenta que el demandante Igualmente experimentaría Un enriquecimiento sin causa como quiera que son gastos que redundarán en su propio beneficio Cómo fue la cobertura de los riesgos de invalidez sobrevivencia a lo largo de 20 años de los cuales sufragó dicho gasto y el mismo recibió dicho servicio a lo largo de estos 20 años de tal manera que tampoco consulta ningún criterio de justicia y equidad y habiéndose beneficiado el mismo con los pagos que lo ordena la ley en este momento se ordene su Retorno a colpensiones que tampoco ha cubierto dicho riesgo por espacio de 20 años de tal manera que igualmente haría un enriquecimiento sin causa tanto para colpensiones como parado de mandar finalmente señora pues en cuanto estos gastos de administración y de seguro de invalidez sobrevivencia no hacen parte de los sumas que se requieren para financiar la pensión no hacen parte tampoco del fondo común de colpensiones con el cual se financia las pensiones en el régimen de prima media sobre los mismos es predicable la aplicación de la prescripción que se solicitó en la contestación de la demanda de tal manera que igualmente Solicito a los señores magistrados se dé por probar dicha excepción gracias señora juez.

COLPENSIONES:

“Me permito interponer recurso de alzada, en contra de la sentencia proferida, solicitando al ad quem revocar en su totalidad, en atención a que siendo el proceso, valorado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad, se subsanó por el paso del tiempo ya que la parte actora nunca efectuó actos surgieran de su inconformidad de permanecer en la AFP, se tiene que a la fecha existe una densidad considerable de años que no denotan las falencias o engaños por lo que acaece el perfeccionamiento de que trata el art. 898 del Código de Comercio, pues dada la naturaleza del presente proceso debe ser analizada no bajo la nulidad sino bajo el perfeccionamiento del acto ineficaz. Así culmino mi recurso. Gracias.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos por las demandas en sus recursos de apelación, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PROTECCIÓN S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO RODRIGUEZ 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:

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28 2019 310 01 Dte: PEDRO JUAN NAVARRO
RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-191'.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lorenzo - R'.

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2019-375-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: IRMA SEGURA RIVEROS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de diciembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora IRMA SEGURA RIVEROS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado de régimen que realizó el 2 de junio de 1999 del ISS a Porvenir S.A., como consecuencia de tal declaración se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante a Porvenir S.A. a liberarla de sus bases de datos y a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, junto con rendimientos. (fls. 6 y 7).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de enero de 1964, que se afilió al Sistema General de Pensiones a través del ISS el 14 de noviembre de 1986, en el que cotizó hasta el 2 de junio de 1999, data para la cual, se trasladó a Porvenir S.A., por virtud de visita realizada por uno de sus asesores, quien le indicó que de pertenecer a dicho fondo se pensionaría a más temprana edad, que la mesada pensional sería más alta aunado a que el ISS iba a desaparecer y sus aportes se encontraban en riesgo.

Indica que no se le manifestó al momento de la afiliación el monto del capital requerido para pensionarse en el RAIS, ni cuánto requería para que sus beneficiarios heredaran el capital depositado en su cuenta individual, tampoco le puso de presente sobre la posibilidad de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años de edad, que no se le puso de presente una proyección pensional al momento de traslado que diera cuenta de la diferencia del monto pensional en los dos regímenes, que en el momento que suscribió el formulario de afiliación, este no presentaba información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión.

Señala por último que Porvenir S.A., le informó que en su CAI tenía un capital acumulado de \$141.425.694, indicándole que a los 57 años de edad, su mesada pensional ascendería a \$828.116, que diligenció formulario de afiliación ante Colpensiones el 9 de abril de 2019, entidad que rechazó su solicitud y el 9 de abril de 2019, radicó solicitud de nulidad de su afiliación al RAIS, la que le fue negada. (fls. 4 a 6).

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 contenidos en No. 1, 4, 12, 16 y 22, manifestó no constarle los No. 2, 3, 20 y 21 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 103).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 12, 20 y 21 negó los No. 13 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, inexistencia de la obligación de la afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos jurídicos. (fl. 147).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 3 de junio de 1999; declarando para todos los efectos legales que esta nunca se había trasladado del RPM, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido como consecuencia de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses y gastos de administración y ordenó a esta última a recibir a la demandante como afiliado y actualizar su historia laboral y declaró no probada la excepción de prescripción. (fl. 173).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que a partir del 1 de abril de 1994 se establecieron 2 regímenes pensionales, el RPM, administrado por Colpensiones y el RAIS, que el literal b del artículo 13 del texto original de la ley 100 de 1993, señalaba que la selección de uno o cualquiera de esos regímenes sería libre, voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestaría por escrito su elección al momento de su vinculación o del traslado de régimen al otro; que el literal e del texto original de la ley 100 de 1993 indicaba que una vez efectuada la elección inicial los afiliados sólo podrían trasladarse por una sola vez cada 5 años, así como que después de un año de entrada en vigencia de esa norma el afiliado no podría trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez. Así mismo, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 disponía que la selección de uno o cualquiera de los regímenes implicaba la aceptación de las condiciones propias de este



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y muerte y demás prestaciones económicas a que hubiera lugar, que la selección de uno o cualquiera de esos regímenes era libre y voluntaria por parte del afiliado y para tal efecto debía suscribir un formulario con los datos indicados en esa norma.

Que en punto al tema de la afiliación y selección de régimen pensional, ha sido reiterada y pacífica la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que es un deber y obligación de las administradoras de fondos de pensiones el de información que tienen frente a sus futuros afiliados, así que su omisión genera la ineficacia de la afiliación, es así que en la sentencia con radicado 55050 del 22 de julio de 2015, la Corte Suprema de Justicia señaló que en ámbito del sistema general de la seguridad social, la afiliación y la selección de un régimen de pensiones son actos rodeados de ciertas formalidades con vocación de permanencia y que deben provenir de la elección libre, voluntaria y sin presiones del afiliado, indicando que esas características se derivan de lo que dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal b, el artículo 114 de esa misma norma, el artículo 16 de la ley 100 de 1993 y el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y en la sentencia 46292, la Corte había explicado que son deberes y obligaciones de las administradoras de pensiones los siguientes: 1, la información que comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; 2, el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad; 3, una información que sea proporcional con la prudencia de quien sabe ya tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, se tiene también el deber del buen consejo.

A su vez, en la sentencia SL1421 de 2019, radicado 56714, reiteró que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se limitaba a una simple manifestación de voluntad, sino que debía estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, que debía estar precedida de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que esa decisión le acarrearía, tampoco se trata de diligenciar un formato ni de una cláusula genérica sino haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, explicando que la libertad informada es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que disfrute el afiliado, por ello procede tanto para los beneficiarios del régimen de transición como para los que no lo eran. Luego, en la sentencia 68838 de 2019, después de que la corte hizo un análisis sobre la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, concluyó que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado de régimen.

Así las cosas, indicó que atendiendo al criterio jurisprudencial expuesto, se concluía el deber legal de información que tienen las administradoras del sistema de seguridad social en pensiones al momento en que una persona se vincula a un régimen pensional o efectúa un traslado del uno al otro, lo que significa que la ausencia de información total o parcial permite invalidar la afiliación, por ello también la jurisprudencia ha establecido que la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 del código general del proceso, para estos casos se encuentra en cabeza de las administradoras del RAIS para el caso de la señora Irma, Porvenir, quien debe acreditar que para el momento en que la actora decidió trasladarse del RPM al RAIS, cumplió con la obligación de información respecto a las características de ese régimen pensional frente a las del RPM, así como explicándole las condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias que debería asumir al momento de efectuar ese traslado, siendo ello así, el caso de estudio, se evidencia entonces que cuando la señora Irma se vinculó al RAIS administrado por intermedio de la entonces Colpatria hoy Porvenir el 2 de junio de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación, conforme constaba a folio 128 del plenario, por tanto en ese momento el fondo antes mencionado,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

esto es, Porvenir, tenía la obligación conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, de brindarle a la demandante una información objetiva, comparada y transparente sobre las características del RPM y las del RAIS, así como las condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes condicionales y los riesgos que existía en cada uno a través del acceso que realizó el traslado, dado que estos deben contar con la capacitación idónea para hacer claridad y precisión sobre las diferencias que existan entre los dos regímenes pensionales existentes, no habiéndose acreditado que se cumplió con ese deber, pues la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir no aportó elementos probatorios que dieran fe que al momento en que la demandante se vinculó al RAIS, le explicó por lo menos las características de cada régimen pensional, resultando insuficiente la suscripción del formulario que obra a folio 128 y la leyenda de libertad informada allí impresa, ya que no acreditó Porvenir que hubiera brindado información a la demandante en los anteriores términos y si bien para ese momento no se exigía que existiera una doble asesoría o que existiera una información tan, lo cierto es que debía cumplirse con el deber de información, en cuanto a que por lo menos debía manifestársele a la actora las características de cada régimen pensional o mínimo cómo se pensionaba en cada uno de estos regímenes pensionales y que podía variar el valor de su pensión o la edad para acceder a aquella, dependiendo del capital que tuviera ahorrado en su cuenta de ahorro individual, deber que no se cumplía con el aviso de prensa allegado, ya que a ello fueron obligadas las administradoras por virtud del Decreto 3800 del 2003 y si bien le correspondía también al afiliado informarse sobre su situación pensional, el deber de información, debía cumplirse en respecto de cada afiliado en particular, lo que no había sido probado en el proceso.

Por lo anterior indicó que ante el demostrado incumplimiento del deber de información al momento de la suscripción de la afiliación a un régimen pensional, lo procedente era declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de la demandante, por consiguiente se declararía para todos los efectos que la demandante nunca se trasladó al RAIS, siempre permaneció en el RPM,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

por consiguiente, ordenando a Porvenir S.A. a trasladar los aportes que haya realizado el demandante junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso, asumir con su propio patrimonio los gastos de administración, tal y como lo ha señalado la corte suprema de justicia en sus diferentes decisiones, igual orden y respecto a la última indicada, esto es, el traslado de los gastos de administración y con que los debe asumir, aplica respecto a porvenir, pues así lo ha establecido la corte suprema de justicia en sus diferentes decisiones, entre ellas, en la sentencia SL4660 de 2019, en donde reiteró lo que había señalado en la 31989 de 2008, en la 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019, como consecuencia de lo anterior, se condenará a Porvenir a trasladar a Colpensiones lo que haya deducido de los aportes pensionales efectuados por el demandante a cada una de estas administradoras por gastos de administración, sin que sea de recibo la afirmación de Colpensiones en escrito de contestación de demanda según la cual, la ineficacia del traslado afectaba el principio de sostenibilidad financiera ya que como lo habían indicado la Corte en sentencias identificadas, ya que los recursos reintegrados por los fondos privados, serían utilizados para el reconocimiento pensional, lo que descartaba la posibilidad de que se generaran erogaciones no previstas.

En cuanto a la excepción de prescripción, se encontraba regulada en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS. Sin embargo, no podía perderse de vista que el artículo 48 de la CP indica que el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo, imprescriptible e irrenunciable, además la Sala Laboral de la CSJ, ente otras sentencias, en la SL1688 de 2019, había explicado que las acciones judiciales encaminadas en que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico son imprescriptibles, lo anterior, bajo la premisa de ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos del crédito y obligaciones que surjan de aquellos, sin lugar a condenar en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso que para la fecha en que se había realizado el traslado de la demandante, la obligación que se exigía a las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

AFP era la prevista en el Decreto 663 de 1993, razón por la cual la información que debió recibir la demandante para la fecha de afiliación, era una información clara, veraz y oportuna respecto a las condiciones de dicho traslado y la demandante en su interrogatorio de parte, había señalado que sí recibió dicha información, sobre las características y beneficios del RAIS y teniendo en cuenta la misma, tomó la decisión de traslado, de lo que se determina que sí se cumplió con el deber de información vigente para la época.

Indicó en segundo lugar que no se había probado en el trámite procesal cuál había sido la circunstancia que le había generado a la demandante coacción alguna al momento de tomar la decisión de traslado para considerar que esta no había sido libre y de acuerdo a la sentencia SL 1452 del 2019, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había indicado que las decisiones en estos asuntos, no debían tomarse de manera general sino obedeciendo a las circunstancias de cada caso concreto, encontrándose para el caso de la señora Irma que no era beneficiaria del régimen de transición, por lo cual no se lograba establecer cuál era el perjuicio que se le causó al promover su traslado de régimen pensional, ya que el mismo per se no genera perjuicio en la situación pensional del afiliado y tampoco se había probado la existencia de vicio del consentimiento alguno ya que la demandante indicó que había firmado el formulario de forma libre y voluntaria.

De igual manera, procedía la devolución de los gastos de administración y primas de seguro, ya que ellos se descuentan con ocasión a la gestión profesional de la AFP, gastos que ya fueron descontados y cumplieron su función, por lo que condenar al retorno de estos gastos, genera un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante ya que los mismos, también hubieran sido descontados en caso de que la demandante hubiera permanecido afiliada al RPM y la improcedencia de trasladar los mismos, había sido indicada por la Superintendencia Financiera.

Por su parte, **Colpensiones** indicó en su recurso que no existía soporte probatorio en el expediente que demostrara que en acto de traslado de la demandante hubiera mediado algún vicio del consentimiento para no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

considerar el traslado libre y voluntario, aunado a que a la fecha la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado de régimen prevista en la Ley 797 y además no era beneficiaria del régimen de transición, no siéndole aplicables las previsiones de la sentencia SU 062 de 2010 y declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación claramente atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema y contra los derechos de los pensionados que sí han permanecido y se encuentran vinculados al RPM; indicó finalmente que también existían obligaciones en cabeza de la demandante al momento de suscripción del formulario ya que ella también tenía la obligación de informarse al respecto durante el tiempo que estuvo vinculada al RAIS y de igual manera se afectaba el principio de progresividad y universalidad con la declaratoria de ineficacia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora IRMA SEGURA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colpatria, hoy Porvenir S.A., el 2 de junio de 1999, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 28 y 128 del plenario, allegada por la parte demandante y demandada en mención.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad del traslado de régimen lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información, caso en el cual lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia, figura 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

Es así como en casos y contrario a lo señalado por la recurrente Colpensiones 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 de 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 las recurrentes también en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto de que a la señora Irma Segura, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demostrado que la demandada Porvenir S.A., fondo al que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, lo que lleva a determinar que contrario a lo señalado por las demandada Colpensiones en sus alegaciones, el traslado del demandante no se puede considerar libre y voluntario como quiera que esta no conocía las implicaciones del mismo.

Dicho deber de información, no se puede dar por suplido como lo señala la recurrente Porvenir con las afirmaciones de la demandante al absolver interrogatorio de parte, como quiera que esta manifestó que únicamente se le pusieron de presente al momento de su traslado al RAIS, las **ventajas** de afiliarse a dicho régimen y como se señaló abundante jurisprudencia ha indicado que no sólo se deben manifestar las ventajas del traslado de régimen pensional, sino también lo que le resulta perjudicial al afiliado en caso de tomar la adoptar la decisión de traslado, sin que el recaudo de dicha prueba permita concluir que la actora hubiera confesado que al momento de su traslado también le manifestaron lo desfavorable del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., también 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 Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora IRMA SEGURA, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió.

De igual forma, su suministro no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, como indica la recurrente Porvenir también en sus alegaciones, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la demandante, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De otra parte, contrario a lo manifestado por las recurrentes, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, 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 ineffectividad 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.

En cuanto al argumento de Colpensiones también esbozado en sus alegaciones, 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 junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, como quiera que dichos dineros, entrarán a ser parte del fondo común propio del RPM contribuyendo así a financiar las prestaciones concedidas a los demás afiliados en ese régimen.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Sentado lo anterior, resulta pertinente indicar a la recurrente en mención que el concepto a que alude la demandada en mención, expedido por la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a las decisiones de esta jurisdicción ordinaria, como quiera que tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia como organismo de cierre de esta jurisdicción.

A su vez, atendiendo al carácter de imprescriptible de las acciones como la estudiada en razón a su relación directa con la consolidación de derechos pensionales que ostentan tal carácter, si bien la demandante debido a su edad, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, como lo manifiesta la recurrente Colpensiones, nada le impide acudir a la jurisdicción para que se estudie la validez de dicho traslado de régimen pensional, atendiendo se itera, a la imprescriptibilidad de la misma.

De otra parte, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición, ello no es óbice como erradamente lo indican las recurrentes 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, no siendo procedente estudiar como lo señala Colpensiones en su recurso si la demandante cumple con los requisitos señalados en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que tal pronunciamiento no fue el que se invocó como fundamento de esta acción judicial, ya que la actora ni siquiera invocó ser beneficiaria del régimen de transición, para considerar aplicable a su caso dicho pronunciamiento jurisprudencial.

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 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto y si bien como lo señala Colpensiones, los afiliados también tienen la obligación de informarse respecto de su situación pensional, en virtud de la inversión de la carga de la prueba a que se aludió, es a Porvenir a quien le correspondía probar el suministro de la información, lo que se itera, no ocurrió; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio en los términos señalados en la decisión de primer grado.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensiones demandados, aspecto en el que se adicionará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

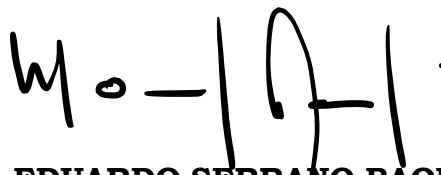
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 2420190037501 Dte: IRMA SEGURA RIVEROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2019-398-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SOFI STELLA BOTERO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de agosto de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las Colpensiones y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora SOFI STELLA BOTERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizara al RAIS el 8 de enero de 2006 a través de la AFP Protección, debido a la indebida y nula información que le suministró dicho fondo en el acto de traslado; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFÍ SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pertinentes encaminadas a anular el traslado antedicho, ordenando a Protección a trasladar a Colpensiones todos los aportes depositados en su CAI, ordenándole a esta última recibir dichos aportes y actualizar su historia laboral, declarando como única afiliación válida al RPM. (fls. 2 y 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de noviembre de 1962, por lo que alcanzó la edad para acceder a pensión de vejez en el año 2019, que se afilió al ISS el 3 de febrero de 1981, régimen al que cotizó 1308 semanas, que el 8 de enero de 2006 cuando se encontraba vinculada laboralmente al Banco Caja Social, se trasladó del ISS a Protección S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado, que desde su afiliación a este último, ha cotizado 525 semanas, habiendo acreditado un total de 1833 semanas cotizadas.

Señala que Protección no le indicó sobre la prohibición de traslado de régimen prevista en el Decreto 3800 de 2003 y le señaló que le correspondería una mesada pensional de \$828.116 para el año 2019, cuando de sus historias laborales se puede determinar que su IBL para el año 2019, ascendía a \$2.225.476; que solicitó la anulación del traslado de régimen ante Protección en el año 2017 y de igual manera procedió ante Colpensiones. (fls. 3 y 4).

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 y 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado. (fl 83).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFÍ SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1, 5, 6, 8 y 10 y negó los No. 3, 4 y 7 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (fl. 105).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS condenando a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con todos su frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, sin la posibilidad de efectuar ningún descuento por gastos de administración ni similares, declaró que la demandante se encontraba válidamente afiliada a Colpensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Protección S.A. (fl. 163)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando el artículo 13 de la ley 797 de 2003, indicaba que la afiliación a uno u otro régimen debía ser libre y voluntaria, de no ser así, el acto de traslado se tornaba ineficaz ya que conforme el artículo 1604 del Código Civil, le incumbe la prueba de diligencia o cuidado a quien ha debido emplearlo, razón por la que la obligación de información al afiliado estaba a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes se predicaba una responsabilidad de carácter profesional, que de las pruebas aportadas al plenario se lograba determinar que la demandante se encontraba afiliada al RPM hasta el año 2006, data para la cual, se traslada al RAIS por intermedio de Protección fondo en el que realizó cotizaciones hasta la fecha; que la parte actora alegaba la falta de información por parte de la AFP en el acto de traslado y conforme los múltiples



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFI SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pronunciamientos emitidos al respecto por parte de Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, es deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el traslado de régimen pensional, la que igualmente debe ser clara, comprensible y oportuna respecto de características, condiciones, beneficios riesgos y consecuencias del cambio de régimen.

Aunado a lo anterior indicó que la información en los términos anotados, debía brindarse al afiliado sin importar si se tiene o no un derecho consolidado o si está frente al beneficio de la transición, que no obraba en el expediente ningún elemento probatorio allegado con el propósito de acreditar que en este caso en particular sí se le suministro a la parte clara información necesaria y relevante que llevó consigo la migración del régimen pensional al RAIS, como quiera que en estos casos operaba la inversión de la carga de la prueba de acuerdo con lo señalado entre otras en sentencia SL1452 de 2019, por lo que le correspondía a Protección probar en efecto existió la información debida sobre las implicaciones de este cambio de régimen, ya que el único elemento de juicio allegado el efecto, era el formulario de afiliación suscrito por la demandante en el año 2006, el que si bien cuenta con la leyenda de aceptación de condiciones del RAIS, no se trata únicamente de completar un formato de una cláusula genérica sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada y a igual conclusión se llegaba con el interrogatorio de parte vertido por la demandante, razón por la cual, había lugar a acceder a las pretensiones de demanda declarando la nulidad de traslado realizado por la demandante en el año 2006, lo que implicaba privar de efectos prácticos el traslado bajo la ficción jurídica que nunca se ha trasladado y siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ordenando devolver a Protección S.A., todos los dineros recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante con rendimientos, valores correspondientes a gastos de administración sin descuento alguno por dicho concepto ni por cualquier otro.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFÍ SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En cuanto a la excepción de prescripción, refirió que cuando como en el proceso bajo estudio estaba en discusión derechos de naturaleza pensional, la acción se tornaba imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección** recurrió señalando que la comisión de administración es un descuento que está autorizado por la ley y faculta y autoriza las fondos privados para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados pues ese 3% se usa para cubrir los gastos de administración y bueno para el seguro previsional y opera en ambos regímenes pensionales, que se había probado que las cotizaciones realizadas por la demandante le habían generado rendimientos, de los que se benefició, circunstancia que daba cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por Protección.

De tal manera, de ordenarse la devolución de dichos gastos a Colpensiones, se estaría generando un enriquecimiento sin causa recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente esos dineros ya no están como tal en su cuenta de ahorro individual ya que fueron objeto de traslado a la aseguradora para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte y fueron producto de una gestión administrativa que realizó Protección.

La demandada **Colpensiones** indicó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no podía retornar al RPM en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013, razón por la cual, para su caso debía someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el cual se encuentra afiliada, en este caso sería con la AFP Protección, siendo importante tener en cuenta que la sentencia con radicado 2016 008701 del 17 de enero del 2017 proferida por el Tribunal Superior de Pereira, se había señalado que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado la actora lo haya hecho movida por un engaño o una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFI STELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

equivocada información por parte del fondo, pues no se había tenido en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que su principal motivación o inconformidades de permanecer en el RAIS era el valor de la mesada pensional y no se había probado que le había sido suministrada una información equivocada por parte del fondo, máxime si se tenía en cuenta que para la fecha de traslado este sólo tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones del RAIS por lo tanto lo que existió fue desinterés o descuido por parte de la demandante y ella misma decide continuar cotizando a RAIS de manera libre y voluntaria por más de 10 años, encontrándose inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 2003, por lo que la ineficacia declarada afecta el principio de sostenibilidad financiera previsto en las sentencias T 1024 del 2004, el cual se reprodujo en la sentencia C 062 del 2010.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora SOFI STELLA BOTERO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Protección S.A., el 14 de junio de 2006, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 119 del plenario, allegado por la demandada en mención.

En este orden, la figura de 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFI SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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, **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 Porvenir en sus alegaciones** ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Sofi Botero, 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 2006; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFÍ SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 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)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFI SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones entidad que alude a pronunciamiento judicial que no tiene tal carácter; la línea jurisprudencial en mención, 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 Protección S.A., probar el suministro de dicha información a la señora SOFI BOTERO, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones.

Ahora bien, el hecho de que la única motivación de la demandante para promover esta acción judicial sea el valor de su mesada pensional, ello no es óbice para el adelantamiento de la misma, al demostrarse como en el presente que Protección faltó a su deber de información; de otra parte, como lo indica la recurrente Colpensiones también en sus alegaciones si bien la actora tenía la posibilidad de retornar al RPM, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 797 de 2003, lo cierto es que nada le impide a través de la vía judicial petitionar su retorno al régimen administrado por Colpensiones, como quiera que la acción de ineficacia de traslado pensional, por tener relación intrínseca con derechos pensionales, se torna imprescriptible como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3202 del 14 de julio de 2021.

De otra parte, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica Colpensiones 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 beneficiarios del régimen de transición o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFÍ SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 igual forma, tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su recurso y alegaciones, 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, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFÍ SSTEELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

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 2006**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23201900398-01 Dte: SOFIA STELLA BOTERO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

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. 23 2019 536 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALBA ROCIO CASTILLO PABÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Veintitrés laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada COLPENSIONES, y el apoderado de la parte actora, presentaron alegatos de conclusión.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ANTECEDENTES

Solicita la parte actora se condene a COLFONDOS y se obligue a tener como nula o inválida el acta o formulario de afiliación suscrito por la señora ALBA ROCÍO CASTILLO mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se declare para efectos pensionales continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Se condene a COLFONDOS, fondo el que se encuentra actualmente vinculada realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Que se condene a las demandadas sobre los demás derechos que resulten probados el uso de las facultades ultra y extra petita. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 16 de junio de 1963 y actualmente cuenta con 57 años de edad.
- Que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 22 de junio de 1989 hasta julio de 1996 para un total aproximado de 7 años.
- Que se trasladó al régimen del mundial con solidaridad a través del fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, con fecha de solicitud de vinculación el 15 de julio de 1996.
- Que el asesor le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar muy pronto dejaría de existir y que era mejor cambiarse en el momento o si no perdería sus aportes pensionales.
- Que el asesor le informó que en el Seguro Social nada era más larga y que en el fondo privado no se quería quedar de pensión es decir que podía pensionarse en cualquier momento.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que el asesor no le suministró ninguna información previa sobre cómo iba a liquidarse la pensión o alguna información financiera sobre los requisitos que debía cumplir en el fondo privado para llegar a obtener la pensión ni los pros y los contras de esta decisión.
- Que no suministró información técnica sobre el posible monto de la pensión en caso de permanecer en el régimen de prima media.
- Que el asesor representante del fondo no obró con transparencia, vigilancia y el deber de información el cual debió prestarse desde la etapa anterior a la filiación hasta culminar con el señalamiento preciso de las condiciones para el disfrute pensionado punto.
- Que elevó reclamación administrativa, solicita se declare la nulidad de la afiliación, pero dicha solicitud fue negada por las demandas. (fl.- 4 - 5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 4 y 15, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva como improcedencia de la declaratoria de nulidad, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl. 41 a 62).

Por su parte la demandada **COLFONDOS S.A.**, se allanó a las pretensiones de la demanda, señalando que no se opone a las mismas a excepción de la condena en costas. (fl. 86).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 28 de septiembre de 2020, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“PRIMERO declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante ALBA ROCÍO CASTILLO PABÓN al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demanda COLFONDOS SA conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- todos los valores que hubieses recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALBA ROCÍO CASTILLO PABON como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, todos sus frutos e intereses, esto es, como los rendimientos que hubieren causado sin posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración, ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

TERCERO: Declarar que la demandante ALBA ROCÍO CASTILLO PABÓN para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas.

CUARTO declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO sin costas.”

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando en síntesis que ineficacia del traslado de régimen pensional: en el presente proceso se controvierte por las partes, la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual, pues mientras las demandadas aducen que la misma es válida, la parte demandante asegura que es ineficaz y solicita así se declare, dado que no se le suministró la información necesaria sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional. Así las cosas, es claro que conforme a lo manifestado por las partes y lo discutido en el presente juicio en el litigio o controversia en el presente asunto, tal y como se termina al momento de la fijación del mismo, radica principalmente en establecer si se puede declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la afp Colfondos ante la falta de información necesaria sobre cambio de régimen.

En tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

libremente a que régimen se afilian, tal y como lo indica el literal E artículo 13 ley 100 de 1993, para esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social en caso que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio de su producción o por la indebida información o su ausencia, será susceptible de declarar la ineficacia de tal escogencia.

Así mismo el artículo 1604 del código civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por tanto el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional. Al analizarse las pruebas allegadas al proceso, de conformidad con los artículos 60 y 61 del cptss encontramos documentos que informan el traslado de la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Luego de realizado un resumen de las pruebas allegadas al plenario, indicó como necesario traer a colación el primer pronunciamiento en este sentido, sentencia con radicación 31892008, magistrado ponente Eduardo López Villegas por ser relevante en el presente asunto trae a colación, pues luego de analizar las responsabilidades especiales de las administradoras de fondos de pensiones, concluye con la necesidad de la información a la cual hemos venido haciendo referencia, sentencias que se han venido reiterando a lo largo del tiempo en la cual se sostiene efectivamente que se debe brindar una información clara y suficiente para efectos de suscitar el cambio de régimen pensional. En tal sentido, con la claridad que dan los pronunciamientos que se señalaron anteriormente, teniendo que en el presente asunto se discute que hubo información errónea, incompleta, que pudo afectar al afiliado, la administradora de fondos de pensiones y las documentales allegadas son insuficientes para demostrar cumplida la obligación que le impone la carga de la prueba a la demandada, ya que solo se allegó copia del formulario suscrito por la actora.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Señala que del interrogatorio de parte tampoco se puede extraer confesión alguna, ya que no se evidencia que se le hubiese brindado una información clara, veraz y oportuna, por lo que accedió a las pretensiones de la demanda, sin condena en costas a las demandadas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, señaló:

“Muchas gracias su señoría, interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, solicitándole a los H. Magistrados absuelvan a mi representada en razón a las siguientes consideraciones: en primer lugar esta apoderada muy respetuosamente se aparta de las consideraciones esbozadas por el Juez al momento de proferir la presente sentencia por cuanto manifiesta que COLPENSIONES va a recibir todos los dineros que cotizó la demandante en el régimen de ahorro individual, circunstancia que no afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pero es importante señalar y le pongo de presente a los H. Magistrados, que en estos casos no se tiene en cuenta que se ordena la devolución de todos los dineros pero los mismos no se ordenan que se genere algún tipo de actualización de la moneda con respecto a las cotizaciones efectuadas por la demandante toda vez que el valor del dinero para la fecha en que efectuó su traslado al RAIS, no resulta ser el mismo actualmente y por lo tanto esto evidenciaría justamente una afectación al principio de sostenibilidad financiera al no declararse la indexación de los dineros que fueron objeto de cotización al régimen de ahorro individual con solidaridad, es por eso que en estos procesos se sigue presentando oposición y en salvaguardia de este principio que es de rango constitucional, es importante señalar que tal y como lo manifestó el Juez la finalidad de este proceso es que COLPENSIONES reconozca a futuro una pensión en favor de la demandante, circunstancia que genera la descapitalización del fondo común administrado por mi representada, más aún como la misma no fue tomada en cuenta, al momento de efectuar los cálculos futuros de las mesadas pensiones de sus afiliados dado que la demandante lleva 20 años sin estar afiliada al régimen de prima media, por lo tanto esta situación genera la descapitalización en consonancia con lo que manifesté en precedencia y le pongo de presente a los H. Magistrados que en esta clase de procesos se evidencia como estas situaciones no se muestra la realidad de las asesorías que fueron brindadas en su oportunidad por los fondos privados de pensiones, esto por cuanto reitero la contradicción en la que incurrió la demandante dado que en su interrogatorio solo hizo alusión a que en el otrora ISS se iba a acabar pero esta circunstancia desconoce la misma manifestación esbozada en el hecho N. 8 de la demanda en el cual se muestra tal y como está redactado el mismo, se le brindó una información comparada entre el RPM y el RAIS, circunstancia que solicito a los H. Magistrados la tenga en cuenta, más aún cuando en estos procesos se premia la negligencia de los demandantes quienes no solo ostentan obligaciones, no solo ostentan derechos, perdón sino también obligaciones, obligaciones que fueron incumplidas por la demandante. En



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación solicitándole muy, pero muy respetuosamente a los H. Magistrados absuelvan a mi representada COLPENSIONES de las pretensiones aquí incoadas.”

CONSIDERACIONES

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

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ALBA ROCIO CASTILLO PABÓN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

Así las cosas, contrario a lo señalado por las apelantes, 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, no se puede desconocer el allanamiento presentado por la demandada COLFONDOS S.A. a las pretensiones de la demanda, el cual es perfectamente válido en esta clase de procesos.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 536 01 Dte: ALBA ROCIO CASTILLO
PABON Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 21 2020 0017 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: MIGUEL SOLER RAMÍREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora CINDY JULIETH VILLA, 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 agosto 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 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

-

El señor MIGUEL SOLER, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se CONDENE a la demandada a reconocer y pagar en su favor incremento pensional del 14% sobre su pensión por esposa a cargo, a partir del 1 de junio de 2017, junto con indexación e

intereses moratorios hasta que se produzca el reconocimiento y pago del mismo. (fl. 2).

Fundamentó sus pretensiones señalando que la entidad demandada reconoció a su favor pensión de vejez a través de resolución SUB 79313 a partir del 1 de junio de 2017, con fundamento en lo previsto en el Decreto 758 de 1990, que se encuentra casado con la señora Rosa Gutiérrez desde hace 20 años, quien no disfruta de pensión alguna y desde que conviven juntos depende única y exclusivamente de él, que radicó ante la demandada reclamación administrativa el 18 de julio de 2017, entidad que negó la solicitud de reconocimiento de incremento pensional. (fl. 1).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 2, 4 y 5 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de IPC, ni indexación alguna, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y prescripción. (fl. CD 29).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar probada de oficio la excepción denominada *no cumplimiento de los presupuestos para ser beneficiario del incremento del 14%* y absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante. (fl. 46).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que había quedado determinado que al demandante le había sido reconocida pensión de vejez a partir del 1 de julio de 2017, conforme a los parámetros establecidos bajo el marco normativo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y en cuanto a los incrementos pensionales, se encontraban previstos en los literales A y B del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, este último que indica que las pensiones se aumentarán en un 14% para los pensionados entre otros que tengan cónyuge a cargo, señalando que ese despacho venía aplicando el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, los incrementos pensionales habían conservado su

vigencia luego de expedida la Ley 100 de 1993, aplicándose a los mismos, la prescripción parcial; no obstante ello, ese despacho había cambiado su postura con ocasión a la expedición de la sentencia SU 140 de 2019, expedida por la Corte Constitucional; la cual unificó la jurisprudencia de en cuanto a las discrepancias respecto de la vigencia de los incrementos bajo estudio, estableciéndose que habían perdido vigencia a partir del 1 de abril de 1994 para quienes no lograron consolidar el derecho pensional de manera directa bajo la vigencia del acuerdo en mención y como quiera que dicha alta Corporación, era la guardiana de la Constitución conforme los preceptos del artículo 241 de la CP, sus pronunciamientos debían ser observados.

En tal sentido, si bien el despacho podría apartarse del precedente de dicha jurisdicción debía argumentarlo y para el efecto, no encontraba argumento suficiente para apartarse del mismo y por ello la acogía para señalar que el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, no contemplaba la vigencia de derechos accesorios como los incrementos pensionales, no vulnerándose con dicho pronunciamiento el derecho de favorabilidad, pues tal cuestión únicamente se predica de la contraposición de dos normas vigentes y se considera que los incrementos pensionales sufrieron derogatoria orgánica.

Igualmente indicó que el actor, se había pensionado a partir del año 2017 como había quedado probado en el expediente, de igual forma, también se había demostrado de manera suficiente con acto administrativo de reconocimiento pensional que tal prestación le había sido reconocida bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y no conforme al régimen de transición; circunstancia que dejando de lado la cuestión de la vigencia de dichos incrementos determinaba la improcedencia de aplicación de los mismos para el caso del actor ya que no se le había reconocido derecho pensional con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que no al cumplirse los presupuestos exigidos para el reconocimiento de incrementos peticionados, había lugar a declarar probada la excepción de no cumplimiento de los presupuestos para ser beneficiario de los incrementos peticionados, como quiera que la demanda se había fundamentado en normatividad no aplicable al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Indicó la parte demandante que si bien el actor se había pensionado bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, contaba con el régimen de transición por

el tiempo que había cotizado a 1 de abril de 1994 y conforme a la prueba documental era beneficiario del régimen de transición y como se pudo corroborar con la testimonial, tenía derecho a que se le reconocieran los incrementos pensionales a cargo, no siendo aplicable a su caso la sentencia de la Corte Constitucional, como quiera que se debían seguir los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor MIGUEL SOLER, la demandada le reconoció derecho pensional mediante resolución SUB 79313 del 26 de mayo de 2017, bajo los apremios del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la **Ley 797 de 2003**, como se verifica de copia de dicho acto administrativo visible a folio 19 del plenario, sin que en ningún momento se haya hecho alusión a que el actor era beneficiario del régimen de transición y por ende le eran aplicables las preceptivas del Acuerdo 049 de 1990, cuya normatividad invoca en su escrito introductorio.

Así las cosas y como quiera que la prestación del demandante no se concedió atendiendo a calidad de beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de entrada se determina la improcedencia del reconocimiento de incrementos pensionales solicitada por este, como quiera que estos únicamente están consagrados para quienes hayan adquirido derecho pensional con fundamento en las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 y como lo pone de presente el recurrente, el demandante no fue pensionado bajo dicha normatividad ni por derecho propio como tampoco por virtud del régimen de transición, ya que se itera, su prestación pensional se reconoció con fundamento en lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y si bien esta parte indica en su recurso que el actor sí era beneficiario de dicho régimen por tiempo cotizado, lo cierto es que dicha cuestión no se probó ni se alegó en el trámite procesal.

Por lo anterior, no hay lugar siquiera a referirse respecto de la vigencia de los incrementos pensionales para el caso del actor, pues la disposición que los consagra, no es aplicable a su caso particular; no obstante ello, procede señalar que nada impide a esta jurisdicción la aplicación del criterio jurisprudencial emanado por la H. Corte Constitucional, pues el mismo como los de la H. Corte Suprema de Justicia, tienen el carácter de vinculante.

Por lo señalado en precedencia, habrá de **confirmarse** la decisión de primer grado, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

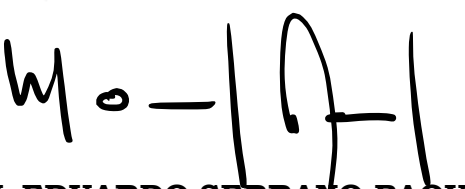
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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. 21-2017-0370-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ ALONSO FONSECA MARTÍNEZ

DEMANDADOS: EXPRESS DEL FUTURO S.A.;
TRANSMILENIO S.A., COLPENSIONES; SEGUROS DE
RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., LISTOS S.A.S. Y
LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de julio de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las demandadas Listos S.A.S., Express del Futuro S.A. y Seguros de Vida Suramericana S.A., presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor José Alonso Fonseca Martínez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que la patología denominada trastorno depresivo recurrente diagnosticada al actor es de origen profesional; que las empresas Express del Futuro S.A., Listos S.A.S. y Transmilenio S.A., incurrieron en culpa del empleador y que por tanto tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen laboral a partir de la fecha de estructuración; así mismo, solicita se condene a las anteriores, al pago de 200 SMLMV por concepto de perjuicios morales, otro tanto por perjuicios fisiológicos; la suma de \$44.765.956 por lucro cesante consolidado, y \$185.135.334 por lucro cesante futuro e indexación sobre las condenas; que se condene a Seguros Sura al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen laboral en cuantía inicial de \$1.021.000, a partir de la fecha de estructuración, junto con el retroactivo indexado, intereses moratorios y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició prestando sus servicios como conductor de bus articulado de Transmilenio del 17 de febrero de 2002



al 14 de abril de 2003 por intermedio de la empresa Listos S.A.S.; que entre el 26 de diciembre de 2003 al 20 de junio de 2011 trabajó al servicio de Express del Futuro S.A.S., para desempeñar el cargo de auxiliar de operaciones; que en el ejercicio de los cargos anteriores no podía hacer pausas activas ni ir al baño; que la patología de trastorno depresivo recurrente inició en el año 2006, calificada de origen común por medicina laboral de la EPS Compensar el día 22 de noviembre de 2010; que la ARL SURA por medio de dictamen del día 22 de mayo de 2013 de origen común; que el 27 de junio de 2013 la ARL SURA remitió el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que el 17 de julio de 2013 medicina laboral de Colpensiones calificó la pérdida laboral en un porcentaje del 57.2% con fecha de estructuración del 15 de febrero de 2013 y de origen común, como lo determinó también la Junta Regional, que presentó los recursos correspondientes, que la Junta confirmó la decisión y Colpensiones reconoció pensión de Invalidez en cuantía inicial de \$849.500, que por su parte la Junta Nacional confirmó el origen común de la patología, sin que se hiciera énfasis en la valoración del riesgo psicosocial, el volumen y ritmo de trabajo y otros factores, para determinar que conforme la literatura médica la patología padecida es de origen laboral; que no ha podido laborar en ninguna empresa; que las empresas Express del Futuro S.A., Listos S.A.S. y Transmilenio S.A. no cumplieron con la protección de cuidado de la salud del actor, al no implementar un sistema de vigilancia epidemiológica de riesgo psicosocial, ni prevenir la enfermedad que padece, que actuaron con negligencia al no cuidar la salud del demandante.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A. – ARL SURA S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 5, 6, 8 a 16 y 18, negó los numerales 7, 19, 20 a 23, 25 a 27 y 29; y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó existencia de una decisión en firme de un especialista (dictamen Junta Nacional De Calificación de Invalidez); improcedencia de exigencias asistenciales y económicas a ARL SURA; enriquecimiento sin causa, falta de legitimidad por pasiva – ARL SURA y buena fe.

La demandada Express del Futuro S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3 y 6, negó los enlistados en los numerales 4, 5, 7, 9, 23, 25, 26 a 29; y no constarle los demás. Como excepción previa formuló la de prescripción. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido; falta de título y causa; pago y compensación; buena fe y prescripción.

Transmilenio S.A., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 6, 11, 13, 14, 16, 17, negó los numerales 9, 12, 24, 25, 26, 27, 28, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de relación laboral entre el demandante y Transmilenio S.A.; falta de legitimación en la causa por pasiva de Transmilenio S.A.; Ausencia de responsabilidad patronal en cabeza de Transmilenio S.A.; inexistencia de



responsabilidad solidaria; inexistencia de las obligaciones pretendidas; indebida integración del contradictorio; prescripción de la acción y buena fe.

Colpensiones contestó con oposición a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó todos los enlistados en la demanda; Como excepción de mérito formuló la que denominó prescripción.

La Junta Nacional de Calificación de la Invalidez contestó la demanda, no aceptó las pretensiones, al tiempo que aceptó los hechos 10, 11, 12, 14, 16, 23, y no constarle los demás. Como excepciones formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva: carencia de objeto por inexistencia de controversia respecto de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; legalidad de calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; inexistencia de la obligación e improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación y competencia del Juez Laboral y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor JOSÉ ALONSO FONSECA MARTÍNEZ contra las sociedades EXPRESS DEL FUTURO S.A., LISTOS S.A.S. Y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.*

SEGUNDO: *No imponer condena frente a las vinculadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.*

TERCERO: *DECLARAR probadas las excepciones de EXISTENCIA DE UNA DECISIÓN EN FIRME DE UNA ESPECIALISTA (DICTAMEN JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ); IMPROCEDENCIA DE EXIGENCIAS ASISTENCIALES Y ECONÓMICAS A LA ARL SURA formuladas por SURAMERICANA.*



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS Y COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE TITULO Y CAUSA formuladas por EXPRESS DEL FUTURO S.A.

INEXISTENCIA DE RELACIÓN SUSTANCIAL ENTRE EL ACTOR Y MI CLIENTE, FALTA DE NEXO CAUSAL, INEXISTENCIA DE CULPA DEBIDAMENTE PROBADA propuestas por LISTOS S.A.S.

LEGALIDAD DE LA CALIFICACIÓN EMITIDA POR LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES RESPECTO A LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN-COMPETENCIA DEL JUEZ LABORAL propuestas por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

CUARTO: *CONDENAR al demandante en costas. Liquidense con la suma de \$300.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de los demandados EXPRESS DEL FUTURO S.A., LISTOS S.A.S. Y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. Sin costas frente a COLPENSIONES y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.*

QUINTO: *CONSÚLTESE la presente sentencia con el Superior, por ser adversa al demandante.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar, en síntesis, lo siguiente:

“Que el problema jurídico se centra en determinar si la patología de trastorno depresivo recurrente que padece el dte es de origen laboral y para ello, indica que se debe precisar la responsabilidad de la Junta en ello; y como consecuencia de ello hay lugar a las pretensiones de culpa patronal en cabeza de los empleadores demandados junto con el pago de perjuicios morales y fisiológicos y las indemnizaciones de lucro cesante futuro y consolidado indexados, establecer SURA S.A., está en la obligación de reconocer y pagar la pensión de invalidez junto con el retroactivo pensional, indexado desde la fecha de estructuración de la enfermedad, e ese sentido tendríamos que establecer si existe algún tipo de responsabilidad de la vinculada de oficio Colpensiones.

Que aparte de la vinculación laboral del demandante con la empresa Listos S.A.S., en el cargo de operador de bus articulado, como trabajador en misión de la empresa usuaria Express del Futuro S.A., folios 20 y 21, que también lo fue como auxiliar de operaciones folio 22; que se encuentra probado que la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen 79496840 del 11 de octubre de 2013 califica la enfermedad del señor Fonseca Martínez como de origen común folios 58 a



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

67, decisión que fue confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez folios 72 a 75; que una de las pretensiones del dte corresponde al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen laboral con ocasión a la enfermedad diagnosticada como trastorno depresivo recurrente que dice se relaciona con ingresos psicosociales a los que estuvo expuesto en las empresas listos s.as. y express del futuro s.a., pero que sin embargo observa que la parte demandante no solicitó la nulidad del dictamen por medio del cual se determinó como origen común la enfermedad, teniendo en cuenta que es partir de esa base que se debe proceder con el estudio en este caso; que conforme la carga de la prueba la parte actora tiene la obligación de allegar al proceso los medios de convicción determinar si en efecto el origen es de carácter laboral a fin de que pudieran salir adelante la pretensión.

Que se solicita en la demanda que se modifique la patología que padece el demandante, ya que refiere que cuando manejo bus articulado y fue auxiliar de operaciones no podía pararse dentro de las 8 horas del turno, ni realizar pausas activas ni ir al baño, que refirió que el estudio de las calificaciones de la pérdida capacidad laboral no tuvieron en cuenta el volumen y ritmo del trabajo, horario, relaciones interpersonales, expectativas profesionales, factores que influyeron según su dicho en el nivel de estrés del dte; que en el expediente obra la evaluación del puesto de trabajo del 18 de abril de 2012 por SURA ARL folios 25 a 37, 76 a 92, en donde se describió de manera general el puesto de trabajo del auxiliar de operaciones.

Que a folio 28 obra concepto de médico ocupacional de Compensar del 22 de noviembre de 2010 respecto del trastorno depresivo concluyendo que paciente se encontraba en tratamiento médico calificado como de origen común, agravado por unas condiciones de su trabajo, y se dan recomendaciones a la empresa para mejorar la respuesta al tratamiento. A folios 39 y 40 comunicación de SURA al dte del 22 de mayo de 2013 mediante el cual conceptúa calificación de origen común y que ante la inconformidad por el dictamen a folios 41 y 42 la ARL remite a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca folio 43; a folios 44 a 47 oficio de Colpensiones del 21 de junio de 2013 en donde se comunica el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 17 de julio de 2013 con una pérdida de capacidad laboral de 67.2 de enfermedad de origen común y de fecha de estructuración del 15 de febrero de 2013 y folios 50 a 57 resolución GNR11415 del 15 de enero de 2014 por medio del cual Colpensiones reconoce la pensión de invalidez al dte a partir del 1 de febrero de 2014 por \$849.500; se adjunta dictamen de pérdida de capacidad laboral por el dte folios 58 a 67 emitido por la Junta Regional de Bogotá en donde se reconoce la presencia de factores de riesgo psicosociales intralaboral con fundamento en el estudio del puesto de trabajo presentado por la ARL SURA en donde los factores de riesgo intralaborales y extralaborales son iguales con un promedio de 7.67 cada uno, que dicha enfermedad no esta incluida en el protocolo de origen de las patologías derivadas del estrés razones por las cuales señala que el origen es común.

Que a folios 72 a 77 obra dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 21 de marzo de 2014 por medio del cual se resuelve recurso de apelación y confirma la decisión al considerar que la recurrente no tuvo reparo alguno al origen de la enfermedad y era procedente calificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral por no haberse hecho esto por la Junta Regional. Se allegaron historias clínicas del actor en las cuales se valora al dte por trastorno depresivo recurrente consistente en episodios de ansiedad, sensación de persecución, ideas de suicidio y auto agresión, deseos de llorar, aislamiento; a folios 167 copia del examen de egreso de 4 de septiembre de 2012 y dictamen rendido por la médica Diana Triana Gómez



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

elaborado el 30 de mayo de 2017 para determinar el origen de la enfermedad trastorno depresivo recurrente padecido por el dte folios 242 a 245, que en este dictamen se señala como exámenes de diagnóstico o valoraciones interconsultas y se tuvieron en cuenta estudio del puesto de trabajo de febrero de 2006, que refiere a varios temas como aspectos de la carga mental, el nivel de atención que requería el operador era alta debido a que no era posible cambiar la tarea ni levantarse del puesto de trabajo, que esta concentrado en una lógica de control y manejo del vehículo, las puertas, los usuarios, las señales de tránsito y la atención de anomalías o señales en la vía o vehículo; que hay un apremio por el tiempo en el que la operación tenía un ritmo era informado por medio de una unidad lógica mostrando el estado de recorrido y los tiempos estipulados, que también recibía información sobre retrasos, o lo que estuviera afectando la operación; comunicación con los usuarios la cuales estaba restringida, pues solo era con el centro de control y operaciones por medio de la unidad lógica o radio teléfono; que en el dictamen se hace un estudio del peligro psicosocial, que existían elevados niveles de atención que requerían la labor de la conducción y que manejaba incomunicación y manejo de público, trabajo monótono, repetitivo, responsabilidad por la vida de otros, trabajo bajo presión y consecuencias graves de errores y factores organizacionales, trabajos por turnos, agresiones a los conductores y terrorismo. Que la profesional referida concluyó en el dictamen que la valoración realizada por la Junta Regional y Nacional tomaban como evidencia el estudio del puesto de trabajo, el cual hace una valoración de riesgos ergonómicos y poco énfasis en el riesgo psicosocial en donde toman pocas condiciones interlaborales para evaluar control, autonomía, influencia en el ambiente laboral, que en ninguna de esas condiciones se analizaron las características como autonomía, volumen del ritmo de trabajo, horario, relaciones interpersonales, agresión de los usuarios, que según ella son factores que pueden incidir en el nivel de estrés de un trabajador, y en la salud psicológica del mismo, agrega que cualquiera de estas condiciones no evaluadas pudieron haber desencadenado el episodio depresivo volviéndose este como recurrente, que la perito Diana Milena Triana Manifestó en su declaración que fue recepcionada por el Juzgado, que para la realización del dictamen se basó en el decreto 1507 de 2014, el protocolo de los orígenes de la patología del año 2014 del Ministerio del Trabajo, literatura médica, internet, documentos y clínica, que llegó a la conclusión que las juntas de calificación no tomaron en cuenta ciertos aspectos o factores para el análisis del riesgo psicosocial, que se basó en el estudio del puesto de trabajo, si es monótono, el horario de trabajo, la responsabilidad sobre la vida de otros, el trabajo por turnos y todo lo que pueda incidir en el estrés del trabajo, que la perito señaló que el análisis de la Junta Regional de Boyacá están factores intra laborales y extra laborales y que ambos tienen el mismo puntaje y que al sopesarlos teniendo en cuenta la historia clínica del dte el origen de la patología tendría que ser laboral, que como estos dos factores estaban empatados sugirió que la enfermedad es laboral y que otro estudio de factores de riesgo que no fueron efectuados antes, consideró que es más hacia una enfermedad laboral que común, menciona que no entrevistó al dte y que todo fue estrictamente documental, que en la historia clínica no encontró antecedentes familiares, porque no vio la necesidad de solicitar una entrevista con el dte, dijo que se había basado más en el puesto de trabajo del dte, siendo más idóneo que la entrevista por parte de un psiquiatra o psicólogo; que respecto de la relación del estrés laboral con la patología del dte, indicó que el estrés se puede relacionar con varios peligros, como las características del puesto de trabajo, tareas repetitivas, desagradables, volumen del trabajo, falta de participación en la toma de decisiones, no buenas relaciones interpersonales, que puedan generar estrés y en caso de



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

trastorno depresivo que depende mucho también de la persona como ciertos rasgos de personalidad, antecedentes familiares y como esta la persona enseñada a responder ante situaciones estresantes y que consideraba que en este caso estaba relacionado con el diagnóstico.

Que el dte en el interrogatorio indicó que cumplía horario de trabajo por turnos de 8 horas, 4 en la mañana y 4 en la tarde, con dos horas de descanso que ocurrían cuando se desplazaba de portal a portal, que a mediados del año 2009 comenzó con la depresión y que debido a eso manejaba el bus llorando con sentimiento de desesperanza, que se lo comunica al jefe de operaciones quien le concedió vacaciones y cuando fue reintegrado estuvo hospitalizado con diagnóstico de depresión, que enero de 2010 lo reubicaron como supervisor dada su enfermedad, que lo que más le estresaba era los turnos partidos y que si iba muy adelantado lo llamaban para que le bajara, que si iba lento que iba muy atrasado, que antes no tenía esos síntomas, que una de sus hijas si estuvo embarazada, pero que eso no lo afectó en ningún momento, que no hubo ningún inconveniente o problema respecto de la casa de Kennedy y que respecto de la relación con sus compañeros y jefes manifestó que era excelente y que siempre fue muy buen operador.

Que el juzgado revisó el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en donde se observa que se tuvo en cuenta la influencia del ambiente laboral, extralaboral, las posibilidades del dte de compartir con su esposa y sus hijos y también las condiciones ergonómicas y de ruido del puesto de trabajo, condiciones extralaborales como aislamiento social y familiar y que presentó debido a la condición de salud, eventos ocurridos en el último año como el embarazo de su hija, las deudas con la familia; que se estableció una ponderación entre los factores laborales y extralaborales dando una valoración igual 7.67% cada uno, que la Junta concluyó que el diagnóstico de trastorno depresivo recurrente caracterizado por síntomas psicóticos no estaba incluido dentro del protocolo para la determinación del origen de las patologías derivadas del estrés, que si bien la historia clínica del 29 de junio de 2011 se documentó como antecedente bipolar y depresión mayor con un tratamiento de psiquiatría tampoco la enfermedad bipolar se encuentra incluida dentro del protocolo llamando la atención que al momento de interponer el recurso de reposición y en subsidio de apelación por parte del demandante no se indicó nada respecto del inconformismo por las razones que tuvo la junta regional para determinar el origen común de la enfermedad, por el contrario se refiere a un aumento de porcentaje asignados sin precisión alguna o valoración probatoria como se observa en el cd a folio 887.

Que el análisis de las pruebas, como es el dictamen aportado por la parte actora junto con la declaración de la perito el despacho no encuentra probado defecto alguno por las juntas calificadoras por cuanto no se estableció o probó por parte del actor la causa directa del trabajo sobre la patología padecida por el actor y por el contrario en el dictamen tan solo se concluye de manera general que los factores psicosociales pudieron incidir en el estrés de un trabajador y en la salud psicológica del mismo, que allí se consigna lo siguiente: se debe considerar que la exposición a los peligros psicosociales en este caso pudo haber producido la enfermedad diagnosticada, es así, como no se estableció en forma concreta, contundente, la incidencia de estos factores o peligros en la enfermedad del actor y que pudieran llevar a concluir rotundamente o como se concluyó en el dictamen que esa enfermedad era de origen laboral, incurriendo el referido peritazgo en la generalidad y cayendo incluso en la suposición, no se entiende entonces que el dictamen rendido por la parte demandante ataque el de la junta regional y nacional por no tener en cuenta factores sicosociales del extrabajador cuando en el dictamen no hay un



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

estudio al respecto, que muestre las influencias directas que tenían los factores intralaborales en la enfermedad; que volviendo a la declaración de la perito Diana Triana se dejó ver la generalidad del dictamen que nada establece la relación de diagnóstico depresivo del dte con el estrés generado en el trabajo y por el contrario nótese que indicó que no realizó entrevista del demandante para establecer las consideraciones familiares y personales, porque ella indicó que estos deben ser efectuados por un profesional en psicología o psiquiatría desconociendo un aspecto importante para instituir los factores extra e intra laborales del dte; que además lo anterior se observa que la declaración de ella se basó en manifestar cual son los factores que inciden en el estrés laboral de forma general y no en el caso concreto del actor, y de exponer aspectos que no se tuvieron en cuenta por parte de la Junta Regional de Bogotá y la Junta Nacional, se basó en atacar dictámenes efectuados por las juntas pero efectuó un análisis de cómo los factores laborales incidieron en la enfermedad del dte, así como tampoco el porcentaje de los mismos en contraste con los factores laborales sin que el solo dicho del dte sea suficiente para concluir que los aspectos personales no tienen relación con la enfermedad depresiva máxime cuando la testigo Marcela ¿? Profesional de gestión integral de Express del Futuro recalcó que los conductores no podían tener turnos fijos no podían estar programados a turnos de 4 horas y media y que no podían conducir sin tener descanso si quiera de 15 min; que para la sustentación del dictamen se recurre al decreto 1477 de 2014 norma que no regía para el momento de la calificación del origen; que si bien el decreto 2566 de 2009 establece en la tabla vigente para la época de los hechos que las enfermedades profesionales en el numeral 42 del artículo 1 con relación a las patologías causadas por el estrés entre otros los trabajos con efectos psicosociales y que produzcan estados de ansiedad o depresión, infarto al miocardio y otros, en el caso del dte se establecieron factores extralaborales que influyeron en la consecuencia de la enfermedad y no como resultado exclusivo de la exposición de factores de riesgos inherentes a la actividad laboral.

Que los dictámenes rendidos por la junta de calificación constituyen el fundamento mediante el cual las respectivas entidades deciden sobre el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez. Que el dictamen allegado no demuestra que se cumple con lo establecido en el manual único de calificación de invalidez y vigente en el caso de la resolución 2646 de 2008 y el protocolo para determinar el origen de la patología y derivadas del estrés, que es ahí solamente cuando se demuestra esto que se puede declarar una nulidad de dicho acto conforme el artículo 1740 del Código Civil.

Que en el proceso obra dictamen de la Junta Regional de Calificación de Boyacá a folios 965 a 967 cuya objeción fue desestimada por no ser procedente conforme las reglas del CGP, prueba que aparece en la epicrisis o resumen de la historia clínica exámenes o pruebas para clínicas y análisis del puesto de trabajo, en donde se comprobó que el actor presenta antecedentes de enfermedad bipolar y síntomas de depresión; que los aspectos intralaborales y extralaborales, encontró promedios similares cada uno con 7.67y señala el dictamen que no puede establecerse que la depresión mixta tenga origen laboral y se califica como origen común que se agrava con el trabajo.

Que respecto del dictamen del junta de Boyacá la testigo técnica Aurora Espinel ponente del mismo, refirió que para calificar el origen de la enfermedad se tuvo en cuenta el decreto 917 de 1999 junto la historia clínica y antecedentes laborales; que en patologías de orden mental también debe tenerse en cuenta protocolos del Ministerio del Trabajo, que una psicóloga lo realiza y toma resultados del riesgo intralaboral y extralaboral, que en el caso del actor se está ante una depresión mixta y trastorno de personalidad y que dan pérdida de porcentaje por disfuncionalidad por



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

la deficiencia; que hay un examen pre ocupacional del 2009 y que lo practicó la empresa donde se detecta la enfermedad trastorno bipolar con componente genético y bioquímico que hace que la manifestación sea antes de los 25 años como al parecer presenta el demandante, que la perito de la junta de Boyacá refiere que es difícil que la enfermedad sea con ocasión del trabajo, que aplicado el protocolo no se detecta que el mayor componente fuera laboral con un resultado con el mismo promedio que en lo laboral esta el control de la autonomía y en lo extralaboral los eventos vitales de la persona ocurridos en un mismo año sin que se pueda decir que fue la única causa; que si el protocolo da un porcentaje que sobrepasa el 7% se aplica la tabla con depresión u otros diagnósticos para determinar el origen pero si se viene con un problema de personalidad que las condiciones laborales los agravan pero no los determinan.

Que los documentos allegados por la Junta Regional de Calificación mediante correo del 17 de junio de 2020 historia clínica de retiro 29 de junio de 2011 la empresa Express del Futuro, advirtiéndose que no corresponde al año 2009 como indica la perito, que se encuentra firmada por la médica especialista salud ocupacional Olga Lucía Arias y donde se relaciona como antecedente la enfermedad bipolar y depresión. Que conforme lo indicó la perito estos síntomas que se presentan en esa historia clínica hacen parte del trastorno depresivo o bipolar, se señala que el trastorno es combinado tiene una parte de ansiedad y otra parte de ideas suicidas, insomnio en ambos casos, pero cuando hay cambios de desorientación con amnesia hacia la parte psicótica puede estar sumándose a la enfermedad bipolar, y puede terminar en esquizofrenia. Que el trastorno de personalidad no se adquiere en el trabajo siendo un componente cultural y ambiental; que entrevista al dte y que este hizo alusión a ideas suicidas y que fue poco conversador, manteniendo una actitud de alejamiento y poca manifestación.

Que la testigo Jazmín Agudelo ponente del dictamen rendido por la Junta Regional de Boyacá manifestó que se tuvieron en cuenta conceptos de especialistas de psiquiatría y la valoración del demandante conforme el Decreto 917 de 1999, que la deficiencia como síntomas de ansiedad y depresión hay un impacto en el desempeño en la vida diaria y discapacidad que la conducta que se ve alterada por la patologías, por conducta situacional, alteraciones de conciencia con carácter educativo, dijo que fue tomada en cuenta la enfermedad bipolar bajo el nombre de trastorno de personalidad porque así está en el Decreto.

Que el juzgado concluye que el dte no allegó pruebas que contravirtieran el origen de la patología que permita apartarse de los dictámenes emitidos por las juntas calificadoras con los soportes que sirvieron de base y las declaraciones rendidas, concluye que la enfermedad de trastorno depresivo recurrente no es laboral; que si bien el apoderado actor en sus alegatos cuestiona que solo se tiene en cuenta una sola historia clínica para la bipolaridad, que toda la historia clínica no se reporta la misma, lo que no contradice lo concluido por el juzgado de las historias clínicas, que de todas maneras la parte actora no logra demostrar el origen laboral de la enfermedad y que si bien aportó peritazgo, el mismo es genérico que habla de puede, sin que sea conclusivo, determinante y contundente, sino que es como un indicio y que incluso dejó de hacer pruebas que en ese momento no las vio como necesarias; que todos los dictámenes han determinado como origen común la enfermedad y la carga de la prueba para demostrar que la enfermedad era laboral era de la parte actora lo que intentó hacer con la documental y perito allegado, nótese como en esos dictámenes se habla de una ponderación de un empate entre los factores intralaborales y extralaborales que según el protocolo no puede seguirse con el paso siguiente conforme el protocolo del Ministerio del Trabajo vigente para ese momento



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

que era que la enfermedad se pudiera clasificar de origen común; que conforme las pruebas y el dictamen de la junta regional de calificación quien actuó como perito únicamente como criterio orientador ante los jueces, que la otra documental si demuestra que el origen es común y que no hay mas pruebas de la parte actora que determine el nexo de causalidad determinante, que aclara que si pudo tener incidencia en el desarrollo de la enfermedad pero no son de origen laboral con incidencia posterior. Que al no cambiarse el origen todas las demás pretensiones tampoco son posibles, ya que para que haya culpa patronal debe haber accidente o enfermedad laboral, y que las prestaciones económicas del SGRL solamente proceden cuando se sufra un accidente de trabajo o enfermedad laboral conforme la ley 767 de 2002 que no fue demostrado. Declara probadas las excepciones en la manera que se relaciona en la parte resolutive.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Sustenta el recurso de apelación indicando que frente a los riesgos o factores psicosociales que su señoría señaló que no pudieron incidir o que no se comprobó que no pudieron incidir en el trabajo o en la determinación de la patología, de trastorno de personalidad de origen laboral, se encuentra soportado el análisis del puesto de trabajo del 2006 donde básicamente se señala lo siguiente: clasificación del peligro psicosocial, elevado nivel de atención que requiere la labor de conducción, incomunicación, manejo del público, trabajo monótono, trabajo repetitivo, responsabilidad por la vida de otros, trabajo bajo presión del tiempo, secuencia grave de errores, trabajo por turnos, agresión de los usuarios a los conductores, si nos vamos con esos factores psicosociales al volumen del ritmo de trabajo y básicamente la historia laboral de mi representado el mismo trabajó desde el 2002 hasta el 2010 en esta labor, si se revisa tanto la historia clínica, ya sea ocupacional y la historia clínica de la EPS Compensar y la Clínica Nuestra Señora de la Paz, que son las que más se encuentran dentro del expediente, se encuentra que inició el señor en el 2009 a presentar estos episodios depresivos, por lo que, no iniciaron, o sea no hubo ningún tipo de antecedentes que hubiera reflejado en anteriores trabajos, como que el señor fue conductor del SENA, y también trabajo como conductor por un espacio de 15 años, pero no se encuentra ningún soporte que evidencie que el señor por esos episodios o por esos factores laborales anteriores al de conductor de bus de Transmilenio incidieran para esta patología, lo que se demuestra es que después de estar siete años en el mismo trabajo con estos factores psicosociales se demuestra que ahí fue donde inició la patología de trastorno de personalidad y que fue calificada posteriormente eso respecto del tema de los factores psicosociales.

Que el segundo argumento que la juez señaló que no se produjo una entrevista por la médica Diana Triana pero si se produjo una entrevista por parte de la Junta Regional de Boyacá al momento de proferir el dictamen, si bien es cierto no se produjo, lo que se demuestra es que tampoco en la entrevista se evidencia que tuvo antecedentes familiares o personales que dieron origen a esas patologías, no hay ninguna evidencia de eso, ni tampoco que hubo trastorno bipolar, ya sea porque hay evidencia de historia clínica o que hubo algún tipo de la entrevista o algún tipo de incidencia de



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0370 – 01 DTE: JOSE ALONSO FONSECA MARTÍNEZ
DDO: TRANSMILENIO Y OTROS**

un familiar o personal que determine que el señor tuvo episodios depresivos, e ningún momento tampoco en la entrevista o en la historia clínica evidencia lo anterior, tal como lo señala su señoría del peritaje de la junta regional de Boyacá que hubo promedio similares entre los factores laborales y extra laborales, básicamente dio como un empate que pues la médica de la Junta Regional de Boyacá señaló en su conclusión por qué se inclina de origen común y es válida para ella determinarlo de origen común, pero entonces si yo inclino la balanza, básicamente ellos señalan que hubo si o si, antecedente de enfermedad bipolar y con base en que hay enfermedad bipolar entonces el diagnostico de trastorno depresivo fue de origen común y que se agravó en el trabajo y ahí es donde solicito que el Tribunal nuevamente revise eso porque la enfermedad bipolar que señala la Junta Regional de Boyacá como lo señalé en los alegatos de conclusión únicamente se basó en una hoja de un examen de retiro, nada más, no hubo una entrevista, no hubo ningún tipo de episodio familiar o personal ni tampoco historia clínica de Nuestra Señora de la Paz, que se encuentra en el expediente, el Tribunal puede revisarla una a una y no se encuentra evidencia que haya una enfermedad bipolar y yo estoy de acuerdo con la médica de la Junta Regional son patologías totalmente distintas, y sin son distintas la historia clínica debía reportar algún tipo de antecedente, yo cuando reviso las historias clínicas casi siempre señala antecedentes, medicamentos, y señala conclusión, diagnósticos, no hay ninguna, por lo tanto, si la Junta Regional de Boyacá señaló que se produjo esos factores intralaborales y extralaborales un empate pero lo que se determina que es de origen común porque había un antecedente de enfermedad bipolar, ruego a su señoría que el Tribunal revise si en verdad si hubo ese trastorno bipolar y si hay ese antecedente, porque si no lo hay la balanza se inclinaría de origen laboral esto, agravando con los factores psicosociales que señale anteriormente, así dejo sustentado el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, los que se resumen así: que conforme la historia clínica del demandante tanto la expedida por la EPS Compensar como por la Clínica Nuestra Señora de la Paz, no es posible concluir antecedentes de trabajos anteriores al de conductor de bus de Transmilenio que incidieran en la patología que padece; que en el ejercicio de la labor anterior, estuvo expuesto a factores psicosociales y que por esa razón surgió el trastorno de personalidad.



Aduce el recurrente que no se realizó la entrevista por parte de la médica Diana Triana, pero si por parte de la Junta Regional de Calificación de Boyacá de la que afirma no se evidencia antecedentes familiares o personales que dieran origen al trastorno bipolar; que respecto al dictamen proferido por esa misma Junta, hubo “promedios” similares entre los factores laborales y extralaborales dando un empate, pero que la médica de la junta se inclinó determinar el origen común de la patología trastorno depresivo recurrente al advertir un antecedente de trastorno bipolar.

Que, al agravarse la patología por el trabajo, es por lo que solicita al Tribunal se revise tal circunstancia al agregar que el diagnóstico de trastorno bipolar se basó en una hoja de examen de retiro y sin que haya una entrevista o episodios familiares o personales que se reflejen en las historias clínicas, y concluye que si se establece que no hubo tal antecedente entonces el origen de la patología sería laboral.

En primer lugar, con el fin de orientar la decisión es necesario poner en contexto las pretensiones de la demanda, es decir, la intención que persigue el demandante con el presente proceso, que de una lectura de aquellas se concluye que las mismas obedecen a: que se declare que la patología denominada *trastorno depresivo recurrente* es de origen laboral; la posible culpa del empleador al especificar en esa calidad a las empresas Express del Futuro S.A., Listos S.A.S. y Transmilenio S.A., y el reconocimiento de la pensión de invalidez de igual origen.

Luego, es claro que el interés del demandante con el presente litigio no fue precisamente lograr la nulidad de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral proferidos por la juntas de calificación de la invalidez involucradas,



en lo que atañe al origen, sino que tal como se expuso antes la génesis de la controversia obedece a insistir que el origen de la patología que padece el demandante es laboral, y para ello, el recurrente ante el fracaso en primera instancia, solicita al Tribunal revise si el trastorno bipolar estaba presente como antecedente clínico, puesto que, es enfático en decir que no, y que por tal razón ante su ausencia la conclusión no puede ser otra que el origen laboral.

En este punto importa precisar, que contrario a lo manifestado por el recurrente, conforme con el artículo 164 del CGP y 61 del CPT y de la SS, las decisiones judiciales deben fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y para la valoración de estas el juez esta facultado para formar libremente su convencimiento, que dicho sea de paso, tal formación se integra de aspectos como: i) las reglas de la lógica, ii) las máximas de la experiencia, iii) los conceptos científicos afianzados y iv) los procedimientos, protocolos, guías y reglas, admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos. (SL1221-2021 – 10 se marzo de 2021).

Lo anterior quiere decir que, si bien el juez puede fundar su convencimiento en los medios probatorios que considere idóneos que reúnan los elementos de pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad, ello no significa que pueda determinar o constituir derechos, toda vez que, lo que le está dado a esta jurisdicción de manera general es declarar derechos.

Así las cosas, no le asiste razón al apelante al solicitar al Tribunal que realice un ejercicio mecánico y meramente de chequeo, para que se



determine que, una vez advertida la ausencia de antecedentes de trastorno bipolar en las historia clínica del actor, automáticamente deba concluirse que el origen de la patología denominada trastorno depresivo recurrente sea laboral, puesto que no es así, y el camino a esa conclusión comporta la participación del acervo probatorio en su conjunto, en el que se incluye los conceptos científicos, como por ejemplo, *el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional* elaborado por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Boyacá (fls.965 a 969) que igualmente determinó el origen común.

Por lo tanto, al apoderado de la parte actora no le esta dado construir apreciaciones subjetivas y/o personales, ya que considera sin argumento o fundamento alguno, que la “balanza” se inclinaría hacia el origen laboral, si el ad quem no encuentra antecedentes de enfermedad por trastorno bipolar en la historia clínica del demandante, ya que se reitera, la conclusión acerca del origen común del trastorno depresivo recurrente surgió en virtud, primero, de las calificaciones de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral que realizó la Junta Regional de Calificación de Bogotá en primera oportunidad que confirmó la Junta Nacional, y que el juzgado en uso de las facultades oficiosas por medio de la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Boyacá, verificó que en efecto el origen de la patología era común.

Ahora, y en gracia de discusión, la Junta que fungió como perito al interior del proceso de primera instancia, esto es, la de la Regional Boyacá, además de ratificar que el origen de la patología es común, también concluyó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y ocupacional en 50,05%, y tuvo como antecedentes laborales, en síntesis, los siguientes:



Que el actor se desempeñó como conductor por 30 años, los últimos 10 años al servicio de Transmilenio S.A., que en el dictamen rendido por Colpensiones con fecha 17 de julio de 2013, se diagnosticó la patología de trastorno depresivo recurrente, trastorno de personalidad, para una PCL de 57,2% y que las Juntas de Calificación tanto de Bogotá como la Nacional también concluyeron el origen común, y como aspectos intralaborales se tomaron: i) control de autonomía, ii) influencia del ambiente laboral y iii) Condiciones del medio ambiente de trabajo, temperatura, ruido y puesto de trabajo, para un promedio de 7.67.

Como aspectos extralaborales: i) Actividades del tiempo libre, esposa, hijos, trabajador, ii) Eventos vitales que hayan ocurrido en el último año y iii) Situación económica del grupo familiar, para un promedio de 7,67.

Adicionalmente, en el acápite de *Análisis y conclusión*, indicó:

“Revisando la HC se encuentra que el señor José Alfonso Fonseca Martínez, presenta antecedente de enfermedad mental bipolar y posteriormente se presentan síntomas de depresión. En aplicación a puesto de trabajo a estudio de origen de enfermedades psicosociales derivadas del estrés laboral se encuentran 3 aspectos intralaborales y 3 extralaborales encontrando promedios similares (7.67); además la patología de trastorno bipolar no puede asociarse a origen laboral lo que hace que no pueda mencionarse el factor intralaboral como causa directa y única de esta patología. Por estas razones no puede establecerse que la depresión mixta tenga origen laboral y se califica como de origen común que se agrava con el trabajo. (Subraya el Tribunal)

Lo anterior, permite colegir una vez más, que la existencia del antecedente de trastorno bipolar no es determinante, definitivo y exclusivo para inferir que el trastorno depresivo recurrente es de origen común, puesto que,



conforme el anterior concepto médico hay condiciones extralaborales que para el caso del actor subsisten, y que no hacen posible solo tener como causa de sus padecimientos el estrés laboral.

Ahora bien, téngase en cuenta que al proceso se citaron en calidad de testigo dos de las personas que hicieron parte del grupo calificador a interior del dictamen proferido por la Junta Regional de Boyacá, como son: Aurora Espinel Quintero y Jazmín Agudelo, quienes manifestaron que para el mismo se tuvo en cuenta el Decreto 917 de 1999, junto con la historia clínica y que revisado el proyecto del dictamen (fls.968 y 969), corresponde a la historia clínica de retiro y en lo correspondiente a la Clínica Nuestra Señora de la Paz del 25 de octubre de 2010, que se tuvieron en cuenta los protocolos sugeridos por el Ministerio del Trabajo, que una profesional en psicología es quien analiza el riesgo intra y extralaboral, que el demandante padece una depresión de carácter mixto.

Conforme las declaraciones antes señaladas, es oportuno aclarar respecto del punto de apelación sobre el examen de retiro o egreso realizado en el año 2009 el cual se advirtió sobre el padecimiento pro trastorno bipolar del actor, y que según el recurrente no puede ser tenido en cuenta únicamente para establecer como antecedente esa enfermedad, afirmación que se contrapone con el dicho de la testigo Jazmín Agudelo al mencionar que la enfermedad bipolar, para efectos del dictamen fue tenido en cuenta bajo el nombre de trastorno de personalidad conforme a las normas que regulan la materia.

Nótese entonces que, conforme la prueba que acogió la juez a quo para negar la pretensión principal referida a que el origen de las patologías que



padece el actor son de origen común y que ahora en igual sentido sirve de fundamento al Tribunal para confirmar la decisión, como es el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Boyacá, no encontró en un rango superior el componente intralaboral, que estuvo en el mismo puntaje de 7.67 que el extralaboral, a lo que agrega la profesional Aurora Espinel que pese a ser superior a 7 y aplicar el protocolo para casos de depresión, las condiciones laborales pueden agravar el padecimiento más no lo determina como tal.

En consonancia con lo anterior, le asiste razón a la primera instancia al restar valor probatorio al dictamen allegado por la parte actora, el que la médica Diana Triana sustentó y aunque fue allegado con las exigencias de la norma procesal, y las partes tuvieron la oportunidad de controvertir el mismo, lo cierto es que de la lectura de aquel y del dicho de la profesional, no puede inferirse con certeza que el origen de las patologías sean de origen laboral, ya que su trabajo se erige como una sugerencia o recomendación de la que se “puede” tomar como laboral ante la similitud en las mediciones entre el aspecto intralaboral y extralaboral en el marco del estudio de enfermedades derivadas del estrés.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

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

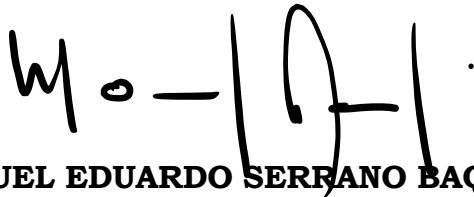
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-440-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MIRYAM ALCIRA MANCERA

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 agosto 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 las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de noviembre 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 y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM ALCIRA MANCERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ineficacia o nulidad del traslado que realizara del ISS a Porvenir S.A., que se encuentra afiliada al RPM como consecuencia de tal ineficacia y se ordene a Porvenir S.A., a registrar la ineficacia de su traslado en el sistema SIAFP y efectúe el traslado de todos los saldos depositados en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y a Colpensiones recibir dicho traslado. (fls. 3 y 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que labora en entidades del sector público y privado desde el año de 1986, anualidad en la que se vinculó al RPM a través del ISS, que ha cotizado a ambos regímenes 1045 semanas y aparece vinculada a Porvenir S.A., desde mayo de 1994, que el formulario mediante el cual se vinculó a esta no contiene soportes de la información a ella suministrada en el acto de traslado de régimen ya que esta no le fue brindada a pesar de que en el formulario se acepte que conocía todas las implicaciones del traslado de régimen pensional, pues Porvenir S.A., no le suministró ninguna información al respecto que fuera veraz y oportuna sobre las consecuencias del cambio de régimen.

Afirma que dicho formulario de afiliación no contiene los pormenores del negocio jurídico celebrados ni menos de los inconvenientes de pertenecer a uno u otro régimen, que Porvenir S.A., continúa recibiendo los aportes por ella realizados, sin que en el transcurso del tiempo, haya brindado una adecuada asesoría respecto del traslado promovido, ya que nunca le indicó sobre la posibilidad que tenía de retornar al RPM antes de la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, ni sobre el capital necesario para acceder al derecho pensional en el RAIS. (fl. 3 a 5).

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 2, 21 y 22 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 55).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 4, 8 y 23 manifestó no constarle los No. 1 a 3 y 22 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 96).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 18 de abril de 1994 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 del demandante y declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las entidades demandadas. (fl. 142)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba probado que la demandante había estado vinculada al ISS desde 1986, igualmente que el 18 de abril de 1994 suscribió formulario de afiliación ante Porvenir S.A. y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había sido pacífica y reiterada al que cuando se alegaba la falta al deber de información, tal aspecto se estudiaba bajo la óptica de la ineficacia y no la nulidad; no obstante ello, también dicha corporación había señalado que ambas figuras tenían los mismos efectos.

Precisado lo anterior, señaló que para 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 resalte no sólo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRYAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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.

Señaló que teniendo en cuenta dicha línea jurisprudencial, revisadas las pruebas aportadas al plenario no se había logrado acreditar que la demandante hubiese recibido una información por parte de la AFP Porvenir s.a., que diera cuenta que le había manifestado a este las ventajas y desventajas que conllevaba su cambio de régimen pensional al momento de ser acogida como afiliado ya que al respecto el representante legal de esa demandada en diligencia de interrogatorio de parte había manifestado que la información que se le brindó a la actora en el acto de traslado, debió haber sido de manera verbal y respecto de la cual, no se dejaba soporte documental, por no existir obligación de ello, de igual forma la demandante narró en qué condiciones se había dado su afiliación; razón por la cual, analizados dichos medios probatorios, concluía que no se había acreditado que a la señora Mancera el asesor de la época no le suministró toda la información requerida en el acto de traslado, no le puso de presente proyección pensional alguna en su caso particular ni cuadro comparativo de las condiciones y características de los dos regímenes pensionales determinándose que había incumplido con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada, a fin de realizar un traslado de régimen pensional.

Afirmó que aun cuando en el formulario de afiliación se consignó la voluntad de afiliación; lo cierto es era que tal documental no resultaba ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se le hubiera proporcionado toda información del traslado al demandante referente a las ventajas y desventajas del mismo, pues conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha circunstancia a lo sumo acreditaba un consentimiento, pero no informado. Que era



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pertinente recordar que cuando una persona firmaba 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 de 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 había plasmado la firma como aceptación de lo allí contenido, no era 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 y los comunicados de prensa aportados por la AFP demandada tampoco tenían la virtud de concluir que a la demandante se le había suministrado la información en los términos señalados, pues esta se debe suministrar en el acto del traslado y no con posterioridad a este; no quedando más que declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, realizado el día 18 de abril de 1994, a través de Porvenir s.a.

Declaración que traía como consecuencia el regreso automático de la accionante al RPM administrado hoy por Colpensiones, con el consecuente traslado de 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 del demandante debiendo Colpensiones, activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral.

Afirmó en cuanto a la excepción de prescripción, que la nulidad del traslado al régimen pensional no estaba 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó que en el presente caso había operado el fenómeno jurídico de la ratificación prevista en el artículo 898 del Código de Comercio, ya que la afiliación al RAIS de la demandante se había perfeccionado con el paso del tiempo, ya que hasta ahora fue que esta manifestó la intención de retornar al RPM.

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso que con las decisiones tomadas en estos casos, se estaba atentando contra el principio de inescindibilidad de las normas, ya que se estaba dando una consecuencia jurídica de una nulidad, retrotraer las cosas a su estado original; sin embargo a la hora de dar aplicación a esta retroactividad de la sentencia judicial, se establecen consecuencias con doble rasero; ya que de un lado se establece que mi representada debe restituir los gastos de administración, pero si se señala que el negocio jurídico nunca existió, dichos dineros nunca deben estar en el RAIS y por la si nunca estuvo en el RAIS y nunca se generaron ingresos financieros, se le obliga a la AFP a devolver los mismos, en contravía de los títulos en el artículo 1746 del Código Civil el cual establece que las restituciones son mutuas y que cada parte debe ser responsable por la pérdida o deterioro de los gastos e intereses que se dieran; en este sentido resaltó que al establecerse como obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restitución a medida que se van pagando en el tiempo, por lo que no pueden volver a retroceder a su estado original pues estarían afectando derechos de terceros.

Indicó que dentro del proceso sí se acreditó que se le dio a la demandante información suficiente clara y eso se probó con la suscripción del formulario y con la manifestación del interrogatorio de parte, de que su suscripción fue libre y voluntaria no configurándose ninguno de los requisitos del artículo 271 de la Ley 100, situación que no se había analizado. Por último indicó que la excepción de prescripción sí era llamada a prosperar respecto de emolumentos económicos como los gastos de administración, los que no hacen parte integral los dineros destinados a la pensión según lo establecido en el artículo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRYAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

20 de la ley 100 de 1993 y al no tener esta destinación, no eran objeto de protección de imprescriptibilidad prevista en el artículo 48 de la Constitución.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora MIRYAM MANCERA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 18 de abril de 1994, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 110 del plenario allegada por la demandada Porvenir S.A.

En este orden, como quiera que se alegó la omisión al deber de información en el acto de traslado, lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia como bien lo indicó la decisión de primer grado, figura 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 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. 28201800440-01 Dte: MIRYAM ALCIRA MANCERA 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 como lo señala la parte demandante 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 Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Myriam Alcira, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, fondo al 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:

“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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se tiene que no es de recibo la afirmación de Porvenir también en sus alegaciones 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, documental que si bien no fue desconocida por el demandante, como lo 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRYAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 como se indicó al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento 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 ineffectividad 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.

En cuanto al argumento de Colpensiones en sus alegaciones, 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 junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, traslado de aportes que no resulta caprichoso como lo indica Porvenir S.A., pues conforme los efectos de la ineffectividad, dicha afiliación se debe retrotraer al estado original, esto es, como si nunca hubiera recibido por parte del demandante los aportes pensionales, por ello los debe retornar al RPM junto con sus rendimientos y gastos de administración, sin que sea dable ordenar a la parte demandante efectuar restitución alguna, ya que a quien le competía el suministro de información era a la AFP, debiendo esta última asumir las consecuencias de su omisión.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, dado que el acto de traslado se reputa inexistente, por virtud de lo cual, no resulta procedente aplicar la prescripción a los mismos; en cuanto a dichos gastos, la procedencia del reintegro de los mismos, de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por último, procede reiterar a la recurrente Colpensiones que el traslado de régimen pensional que realizara la demandante, no se convalida por el transcurso del tiempo; ya que se itera, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

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 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión recurrida en cuanto a la declaratoria de ineficacia y los efectos como consecuencia de la misma.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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: 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201800440-01 Dte: MIRIAM ALCIRA MANCERA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

M o - 1 9 - 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO - R

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .



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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2019-0356-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: HECTOR GUILLERMO GUTIERREZ GÓMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

En grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 02 de diciembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior el apoderado de Colpensiones presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el grado jurisdiccional de consulta.



ANTECEDENTES

El señor Héctor Gutiérrez Gómez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se **DECLARE** que es beneficiario del régimen de transición y que, por tanto, tiene derecho a la reliquidación conforme con el Acuerdo 049 de 1990; en consecuencia, solicita se condene a la entidad a reliquidar la pensión de vejez conforme la anterior norma al estar reunidos los requisitos de edad y semanas, y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, para la fecha de la presentación de la demanda cuenta con 63 años de edad; que la entidad negó el reconocimiento de la pensión conforme el régimen de transición al no contar para el 1 de abril de 1994 con 15 años de servicios; que mediante Resolución SUB129957 del 18 de julio de 2017 le fue reconocida pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003, con un total de 1496 semanas cotizadas, teniendo en cuenta un IBL de \$724.307 y una tasa de reemplazo del 69,5%; que mediante la Resolución 126115 del 9 de mayo de 2018 se reconoció un retroactivo pensional a partir del 22 de enero de 2017 en cuantía de un smlmv; que al revisar la historia laboral puede observarse un total de 653,34 semanas para el momento de la solicitud pensional por primera vez, oportunidad de la que indica, que también solicitó la corrección de semanas para que fueran incluidos los siguientes tiempos de servicios:

- CARACOL TV 1971 de enero a julio



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2019 – 0356 – 01 DTE: HECTOR GUILLERMO GUTIERREZ
GÓMEZ: COLPENSIONES**

- COLMOTORES 1973 a 1976
- Otras empresas 1979 a 1985
- UNIVERSAL DE TRANSPORTES 1985 a 1991
- TOTAL: 12 años y 7 meses

Por último, manifiesta que los anteriores periodos fueron incluidos en la historia laboral a excepción del correspondiente a UNIVERSAL DE TRANSPORTES.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó todos los hechos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó cobro de lo no debido; prescripción; falta de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos jurídicos; buena fe en las actuaciones de Colpensiones e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada Colpensiones y que tituló cobro de lo no debido, falta de causa para demandar e inexistencia de la obligación, conforme lo motivado.



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2019 – 0356 – 01 DTE: HECTOR GUILLERMO GUTIERREZ
GÓMEZ: COLPENSIONES**

SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por HECTOR GUILLERMO GUTIERREZ.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000. Por Secretaría efectúese la respectiva liquidación de costas en oportunidad procesal pertinente.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta en el evento que la decisión no fuere apelada.

La presente decisión queda legalmente notificada en estrados

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico a establecer se contrae en determinar si el actor tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez conforme los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que de ser así, determinar si le asiste derecho al reconocimiento de retroactivo pensional, que aunque no fue incluido dentro de los hechos el actor también pretende que se contabilice dentro de la historia laboral el periodo laborado para la empresa UNIVERSAL DE TRANSPORTES S.A. entre el mes de febrero de 1985 a junio de 1991, por lo que según el demandante acreditaría más de 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con lo que sería beneficiario del régimen de transición y podría acceder al reconocimiento pensional aplicando el Acuerdo 049 de 1990; que se encuentra probado que la entidad le reconoció pensión a partir del 1 de agosto de 2017 con una mesada inicial de \$737.717 mediante la resolución SUB129957 del 18 de julio de 2017, conforme la Ley 797 de 2003 teniendo en cuenta 1496 semanas y un IBL \$724.307 con una tasa de reemplazo de 69,5%; que mediante resolución SUB126115 del 9 de mayo de 2019 se modificó la fecha de disfrute a partir del 22 de enero de 2017 reconociendo un retroactivo al dte; sobre los aportes pensionales conforme la sentencia SL4103 del 2017 que recuerda la obligación de los empleadores de realizar las cotizaciones a pensión, y la sentencia SL6035 de 2015 señala los efectos de mora en el pago de las cotizaciones que no deben afectar al trabajador; que conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el caso del demandante nació el 22 de enero de 1955, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 contaba con 39 años de edad, con 444,69 semanas, por lo que se advierte que no es beneficiario del régimen de transición, que el dte pretendió que la demandada le reconociera el tiempo presuntamente prestado para la sociedad automotora de transportes s.a., entre febrero de 1985 y diciembre de 1994, de las cuales fueron actualizadas en la historia laboral únicamente los tiempos laborados a partir de julio de 1991 y hasta diciembre de 1994 conforme la Resolución VPB 56904 del 14 de agosto de 2015 a folio 15, que el actor echa de menos el tiempo que dice haber laborado desde el mes de febrero de 1985 y hasta el 30 de julio de 1991, que para acreditar ese tiempo allegó al proceso copia de una circular expedida por la sociedad de transportes s.a., el 28 de diciembre de 2006 en donde se señala el horario de trabajo para el 2007 con la



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2019 – 0356 – 01 DTE: HECTOR GUILLERMO GUTIERREZ
GÓMEZ: COLPENSIONES**

que no se logra acreditar lo pretendido por el demandante, en el sentido de encontrarse vinculado para esa empresa desde el año 1985; aportó en original constancia suscrita por los señores José Orlando Pinto identificado con c.c. 19.294.866 a folio 37, y del señor Luis Alberto Bayona cc.79.060.802 a folio 47, con las que pretenden dar testimonio, conocer al dte desde el mes de febrero de 1985, fecha que señalan como el momento en que ingresó el actor a laborar a UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTES, pero que no obstante se advierte que quien se encuentra facultado para expedir una certificación laboral es el empleador con quien se celebró el vínculo laboral por lo que no es posible tomar una declaración hecha por un tercero para acreditar las condiciones de la relación laboral; aportó copia de renuncia motivada que aparece a folio 39 a 41 dirigida al gerente de la empresa universal de transportes, pero el mismo no cuenta con fecha de suscripción y radicación, tampoco se encuentra firmado por el dte por lo que nada aporta como prueba, al desconocerse si la empresa tuvo conocimiento del mismo; también se anexan documentos con los cuales se acredita haber efectuado tramite de queja de acoso laboral ante el Ministerio del Trabajo de fecha 1 de marzo de 2013 folio 48, y las respectivas citaciones a ese ministerio al empleador que no asistió, la que no aporta certeza sobre la existencia de la relación laboral entre la empresa universal de transportes y el dte desde 1985, tampoco con las planillas de programación de despachadores para los meses de abril y mayo de 2014 por lo que no es procedente ordenar a Colpensiones incluir en la historia laboral el periodo que echa de menos y mas aun cuando no se acredita afiliación para el año 1985 al ISS, que aunque pudiera contar con el periodo de cotizaciones que alega encontrarse pendiente entre febrero de 1985 a junio de 1991 equivalentes a 330 semanas, el régimen de transición fue regulado mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 el que no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que se encuentren para dicho régimen y acrediten 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo para los cuales se les extendería hasta el año 2014; que para poderse pensionar bajo el régimen de transición debe cumplir con los requisitos antes del 2010 o haber reunido más de 750 semanas al 21 de julio de 2005 para que se pueda extender el derecho hasta el año 2014 que para el caso del actor, sería en el caso que se hubiera acreditado el vínculo laboral con la empresa universal de transportes s.a. el actor debía adquirir el status pensional a mas tardar el 31 de diciembre de 2014, es decir, 60 años de edad y 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años, que sin embargo de la cedula que aparece en el proceso que nació el 22 de enero de 1955 y cumplió 60 años el mismo día y mes del 2015 fecha para la cual ya había fenecido el régimen de transición, que aunque el actor haya obtenido la actualización de los tiempos cotizados que extraña en su historia laboral hubiera sido beneficiario del régimen de transición y lo hubiera conservado a pesar del Acto Legislativo 01 de 2005 el requisito de edad no lo hubiera permitido acceder al reconocimiento pensional bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, que en consecuencia las excepciones cobro de lo no debido, falta de causa para demandar e inexistencia de la obligación están llamadas a prosperar ya que como ya se indicó al dte no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de vejez bajo el régimen de transición establecido por la ley 100 de 1993, grado jurisdiccional de consulta en el evento que no se interpongan recurso apelación. Costas a cargo del demandante y agencias en derecho en 100 mil pesos.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el grado de jurisdicción de consulta de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 A del C.P.T. y de la S.S., modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

Solicita el demandante la reliquidación de la pensión de vejez en el sentido que la norma en la que se fundamente la prestación sea el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año, puesto que, la demandada accedió al reconocimiento inicialmente a partir del 1 de agosto de 2017 mediante la Resolución SUB129957 del 18 de julio de 2017, y posteriormente por medio de la Resolución SUB126115 del 9 de mayo de 2019 se modificó a partir del 22 de enero de 2017, que la decisión estuvo conforme la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta un total de 1496 semanas, un IBL de \$724.307, tasa de reemplazo de 69,5%, y en cuantía inicial de \$737.717, suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad.

El demandante insiste en que se tenga en cuenta el periodo laborado al servicio de la empresa UNIVERSAL DE TRANSPORTES S.A., esto es, entre el mes de febrero de 1985 a junio de 1991, para que se esa manera poder acceder a los beneficios del Régimen de Transición conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, debe confrontarse los requisitos exigidos en la norma antes citada con la situación pensional del actor, para lo cual, debe tenerse en cuenta el inciso segundo *ibidem*, que, para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, en el caso de las mujeres debía contar



**Proceso Ordinario Laboral 24 – 2019 – 0356 – 01 DTE: HECTOR GUILLERMO GUTIERREZ
GÓMEZ: COLPENSIONES**

con 35 o más años de edad, y en el de los hombres con 40 años o más, y 15 años de servicios, y en todo caso, estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En el caso del actor, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales tuvo lugar el 27 de julio de 1981, tal como se observa de la historia laboral (fls.26 a 35), de la que también junto con la copia de la cédula de ciudadanía del promotor (fl.91), se infiere que, para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con 39 años, toda vez que, la fecha de nacimiento obedece al 22 de enero de 1955.

Dicho lo anterior, y conforme los reportes de semanas allegados al proceso que dan cuenta que para la misma fecha (1 de abril de 1994) el señor Gutiérrez Gómez había acumulado 444,69 semanas cotizadas, la conclusión a la que se arriba con claridad es que el actor no es beneficiario del Régimen de Transición, ya que se reitera, ni por cumplimiento de edad ni por las semanas acumuladas, esto es, como mínimo 750 semanas.

Sin embargo, el demandante por medio del presente proceso intenta que se tengan en cuenta que laboró para la sociedad universal automotora de transportes para el periodo antes referido comprendido entre los años 1985 y 1991, para que así, pueda superar el mínimo exigido de semanas para el 1 de abril de 1994.

Conforme lo anterior, y con el acervo probatorio aportado por la parte actora no se logra establecer la relación laboral con la empresa mencionada, puesto que del análisis de los medios probatorios no se extrae que, en efecto, el demandante haya sido trabajador de aquella para que así surjan las



obligaciones al empleador, por lo menos en lo que tiene que ver para este proceso, en materia de seguridad social, y más específicamente, al derecho pensional.

Lo anterior, no resulta caprichoso puesto que, conforme los artículos 164 y 167 del CGP, la carga probatoria de la relación de trabajo le correspondía al demandante, además que tampoco esa sociedad fue demandada al interior del presente trámite, y por lo tanto, los medios de prueba allegados para acreditar la existencia del contrato de trabajo con la empresa de transporte, por lo menos, debían ser discutidos con la participación de ésta y en alcance del derecho fundamental al debido proceso, así mismo, garantizando el ejercicio del derecho de defensa del presunto empleador, lo cual no ocurrió.

Téngase en cuenta, que no se trata de un caso en el que sea evidente la mora por parte del empleador en el pago de las cotizaciones a favor del trabajador, omisión que no podría afectar el derecho pensional del promotor, en todo caso, del reporte de semanas no se observa periodos bajo esas circunstancias, por lo que tampoco el Fondo de Pensiones estaba obligado a ejercer las acciones de cobro correspondientes conforme lo prevé el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Evidenciada la orfandad probatoria de la relación de trabajo de la que se pretendían emanar las consecuencias ante el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, no es posible acceder al ajuste de la historia laboral del actor, y en tal orden de ideas, se reitera que para el 1 de abril de 1994 no era beneficiario del régimen de transición, situación por la cual tampoco le era aplicable las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, puesto que este, precisamente trató sobre el futuro de aquel, del que no era beneficiario el



actor como ya se indicó, siendo irrelevante determinar si el demandante conservó el mismo hasta la culminación del año 2014, que dicho sea de paso, aunque hubiere podido acreditar la densidad de semanas requeridas al 1 de abril de 1994 para ingresar al régimen de transición, de todas maneras, conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no cumpliría con el requisito de edad, siendo que los 60 años los alcanzó el 22 de enero de 2015, data para la cual había fenecido el régimen de transición.

En tales circunstancias no es posible acceder a las pretensiones de la demanda como acertadamente lo consideró el juzgado, relacionadas con la reliquidación pensional conforme los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por lo que resultan probadas las excepciones de mérito formuladas por Colpensiones denominadas cobro de lo no debido, falta de causa para demandar e inexistencia de la obligación.

En consecuencia, sin que haya más peticiones por evacuar, se confirmará la decisión de instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



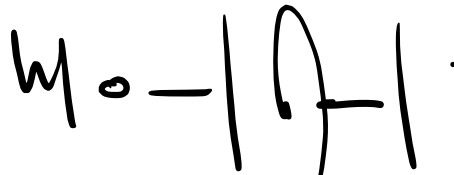
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2019-287-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Porvenir, Old Mutual S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 9 de diciembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA MOSQUERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que existió vicio en su consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de afiliación ante Porvenir S.A., se declare la nulidad de dicho traslado del RPM al RAIS, que nunca dejó de estar afiliada al RPM y que Porvenir S.A., faltó al deber del buen consejo;



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la AFP Old Mutual a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en su CAI, junto con rendimientos a Colpensiones, ordenando a esta última recibir los mismos. (fls. 7 y 8).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de mayo de 1964, que en el año de 1982 se afilió al ISS hoy Colpensiones, régimen en el que permaneció hasta el 23 de julio de 1992 y al que cotizó 607,43 semanas, que en mayo de 1994, un asesor de Porvenir promovió su traslado a dicho fondo, sin suministrarle una información clara, cierta, suficiente y oportuna respecto de cada uno de los regímenes pensionales, que no se le indicó cómo se causa la pensión en cada uno de ellos, no se le puso de presente simulación alguna que le permitiera conocer su escenario pensional en cada uno de los regímenes y por ende, el consentimiento vertido en dicho formulario, no fue informado, que actualmente se encuentra afiliada al RAIS a través de Old Mutual, que en ambos regímenes ha cotizado 1665 semanas.

Que conforme simulación pensional a la edad de 57 años en el RPM, su mesada pensional ascendería a una suma de \$2.694.173, y en el RAIS sería de \$7.800.817, que en el año de 2019, solicitó ante Porvenir copia de las documentales referentes al suministro del deber de información y el formulario de afiliación, que el 28 de febrero de 2019, elevó ante Colpensiones solicitud de vinculación, a lo que dicha entidad le respondió que no era posible acceder a la misma y por su parte Porvenir en su respuesta indicó que el formulario suscrito por ella, daba cuenta del cumplimiento del deber de información. (fls. 5 a 7).

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, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

mérito que denominó validez de afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación. (fl 73).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1, 5, 15 y 19, negó los No. 6 a 10 y 19 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 95).

La AFP SKANDIA S.A., de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 11 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Old Mutual no participó ni intervino en el acto de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de la violación del debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría, prescripción y buena fe. (fl. 119)

Por último, COLFONDOS S.A., aceptó el hecho contenido en No. 1, no se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones que denominó buena fe y compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS por intermedio de Porvenir, así como los horizontales realizados por intermedio de Colfondos, Porvenir S.A. y Old Mutual condenando a las AFP en mención a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración ni similares, autorizó a Porvenir S.A. a descontar únicamente los dineros entregados a Colfondos y Old Mutual con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ocasión del traslado de la demandante, declaró que para todos los efectos la demandante se encontraba afiliada al RPM y declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir, Colfondos S.A y Old Mutual Pensiones y cesantías. (fl. 182)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Tratándose de la afiliación al sistema pensional lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el deber de escoger libremente a qué régimen se afilian tal y como lo indica el literal E artículo 13 de la ley 100 de 1993 pero esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social y en caso de que se vea truncado bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción en el mismo o por la indebida información o su ausencia sería susceptible de declararse la ineficacia de tal escogencia, a su vez el artículo 1604 Código civil consagra que la prueba de diligencia o el cuidado en la celebración de los contratos incumbe al que ha debido emplearlo por tanto para el despacho ese deber de información está a cargo de las administradoras de fondo de pensiones de quienes emana una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto encontramos documentales que informan el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS, se advierte como pruebas de documento referentes la afiliación de la parte demandante al RPM administrado hoy por Colpensiones, también aparece el bono pensional efectuado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, oficina de bonos pensionales donde aparece que la parte demandante estuvo afiliada al ISS desde el 2 de julio de 1982 hasta 23 de julio de 1992, en cuanto a la afiliación a Porvenir se aporta copia del Formulario de solicitud de fecha 5 de marzo de 1994, Igualmente se efectuó traslado horizontal entre el mismo régimen pensional esto es a Colfondos pensiones y cesantías para ello se aporta historial de vinculación donde aparece el registro SIAPF en la contestación de Colfondos en donde se observa que la demandante el 24 de noviembre de 1995 con efectividad 1 de febrero de 1995 se traslada a dicha AFP y que también se corrobora con la relación de los aportes y cotizaciones por esta administradora igualmente vuelve y efectúa un traslado horizontal hacia Horizonte hoy Porvenir nuevamente, para ello se aporta copia del historial de vinculaciones las que aparecen en registro SIAPF folio 104 y 105 en donde se observa que la demandante para el 29 de septiembre de 2003 con fecha de efectividad 1 de noviembre del 2003 efectúa dicho traslado y luego otra vez por fusión pasa a ser hoy Porvenir esto es a partir del 1 de enero de 2004; por último nuevo traslado horizontal esta vez a OLD mutual pensiones y cesantías hoy Skandia para ello se aporta copias o formulario de solicitud de vinculación 6 de junio 2015, efectividad 1 de agosto de 2015 igualmente folio 149; permaneciendo actualmente afiliada a esta última.

Conforme lo anterior, se tiene que pretende retornar al RPM aduciendo que no se le brindo la información necesaria sobre las implicaciones o consecuencias de este cambio de régimen pensional, así las cosas en relación con este asunto y la necesidad que se brinde una información suficiente y completa de tal afiliado, la honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos donde ha concluido este alto tribunal del cierre que es un deber de las administradoras de fondo de pensiones brindar la información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conlleva dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras, así las cosas traemos a colación la sentencia hito de fecha 2008 radicación 31989 del magistrado oponente Eduardo López Villegas y se trae a colación pues luego de analizar la responsabilidades especiales de las administradoras de pensiones concluye con la necesidad de la información a la que venimos haciendo referencia, este criterio ha venido ampliándose en sentencias como las SL19447 de 2017, SL4989 de 2018, SL 1452 2019, entre muchas otras sentencias que ha proferido este tribunal donde del análisis de las mismas podemos extraer varias reglas; en principio que las administradoras de fondo de pensiones deben administrar una información cierta, clara, comprensible, oportuna de las condiciones, características, diferencias de estos



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dos regímenes pensionales y las consecuencias del cambio de régimen pensional también extraemos que en estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y se establece que esta ineficacia es procedente declararla si se tiene o no un derecho consolidado, si se está o no ante el beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse, en gracia discusión en el presente asunto aunque no estemos ante el beneficio de la transición lo cierto es que si se está discutiendo la validez del traslado del régimen pensional con ocasión a la falta de información que dice la demandante no recibió al momento de la afiliación, donde el despacho luego de analizar concluye que efectivamente se debe dar una información clara, precisa, oportuna, características y condiciones de estos regímenes pensionales, si bien es cierto no podemos establecer en esa época 1994 lo que se deba efectuar una proyección pensional de la mesada pensional o que se deba efectuar el deber de la doble asesoría o el deber del buen consejo pues son obligaciones que surgen con posterioridad estamos hablando del año y siguientes pero en esa época si existía el deber de dar una información clara y precisa y verificar esta información y tomar una decisión debidamente informada. así pues, con la claridad de los pronunciamientos jurisprudenciales en el presente asunto se solicita previo que existió información errónea e incompleta que pudo afectar a la afiliada.

Lo primero que vamos resolver es que ese error que eventualmente incurre las administradoras de pensiones recae sobre una ineficacia no nulidad, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en la norma especial Art 13 de la ley 100 de 1993, ahora bien en pos de lo anterior la administradora de fondo de pensiones demandada donde se efectuó el traslado esto es Porvenir para efectos de suscitar ese traslado inicial al RAIS de la demandante ningún elemento probatorio llegó con el propósito de acreditar que este caso en particular si suministró a la parte actora la información necesaria, libre y relevante que llevó consigo a la migración del régimen pensional pues recordemos que frente a la forma como se da la vinculación de la parte actora al RAIS, la carga de la prueba le correspondía a la AFP, probar que en efecto existió la información de las implicaciones de cambio de régimen para el despacho lo debido no se cumplió, puede establecerse que en el expediente la verdad procesal que en 1994 la actora que se traslada a través de esta AFP Porvenir hubiese recibido información clara, precisa, veraz y necesaria para haber adoptado la decisión de traslado como lo exigen los precedentes anteriormente señalados, lo cierto del caso que el despacho considera es que ello no se cumplió, los únicos elementos de juicio allegado por la demandada a Porvenir fueron documentales que dan cuenta de la afiliación al RAIS como es el formulario de solicitud de fecha 5 de marzo de 1994 se observa a folio 106 lo cual para el despacho es insuficiente para cumplir con la carga probatoria si bien es prueba es insuficiente para cumplir con esta carga probatoria pues la forma preimpresa de un formulario de traslado, diligenciado en esa AFP en 1994 donde se hace referencia que la actora de manera libre y voluntaria selecciona esa AFP para el despacho es insuficiente, no cumple con lo establecido en el decreto 663 de 1993 estatuto orgánico financiero en su precepto 98 en este caso las AFP demandadas deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios y que dichas instituciones se abstendrán de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato, es decir no se trataba únicamente de suscribir ese formulario a adherirse a la cláusula genérica sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión de traslado debidamente informada; del interrogatorio de parte tampoco establecemos confesión alguna en contra de la demandante donde se pueda establecer que efectivamente recibió información de forma clara, suficiente de los dos regímenes pensionales, esto no se puede establecer, respecto del traslado a múltiples fondos efectivamente eso puede ser algún indicio pero esos indicios no bastan para seguir las pretensiones de la demanda más aún cuando del interrogatorio de parte no establecemos información en ninguno de sus traslados que hubiese recibido y los fondos privados tampoco allegaron medio probatorio alguno para demostrar que en esos traslados horizontales sí se le brindó a la demandante información alguna con la cual se hubiese considerado una información oportuna de estos dos regímenes pensionales en ese sentido el despacho considera que no es posible derruir las pretensiones de la demanda. según se infiere en el material probatorio para concluir el fondo de pensiones no se ocupan en brindar la asesoría e información directa a la demandante de manera idónea en lo atinente que para ella traería consigo el traslado de régimen pensional



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cuando ha debido hacerlo empleando para ello todos los recursos técnicos y administrativos con que disponía con el objeto de que esta persona pudiese disfrutar de los beneficios que le da derecho tener la seguridad social pero de manera adecuada lo que significa para el despacho que esta entidad no obró en consonancia con el principio de eficiencia.

Así las cosas el despacho accederá a las pretensiones de la demanda y por tanto procederá a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la parte demandante del ISS hacia la AFP Porvenir determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o más bien siempre estuvo afiliada al RPM en ese sentido igual corre los traslados entre administradoras efectuados esto es de Porvenir hacia Colfondos, de Colfondos a Horizonte, Porvenir nuevamente y de Horizonte a Skandia todos estos sufren la misma consecuencia jurídica con ocasión a la ineficacia que estamos declarando, como se evidencia además reiteramos de su vinculación de la parte actora a Porvenir y luego a Colfondos, Horizonte por último Skandia es esta última entidad la que se encuentra afiliada la actora en principio la que se le ordenara trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la parte demandante de dicha entidad, todo lo que hubiese recibido y se encuentre en su cuenta de ahorro individual con los rendimientos que se hubiesen producido, todo lo que hubiese entrado a dicha cuenta y hubiese recibido por parte de la señora demandante, no se podrá efectuar descuentos alguno ni por gastos de administración, ni por seguros, ni por solidaridad, no se podrá efectuar descuento alguno por parte de dicha entidad de los dineros recibidos a la señora demandante. Lo anterior siguiendo línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sentencias como SL1421 de 2019, SL 4989 del 2018, se establece que se debe devolver de manera íntegra así sea como en estos casos donde hay múltiples fondos esa decisión de ineficacia afecta a todo los fondos y todos ellos deben devolver de manera íntegra los dineros por eso se le impone a esta AFP Skandia que es la última dónde está afiliada la demandante con el fin de dar cumplimientos a los artículos 113 y 102 de la Ley 100 de 1993, artículo 16 del decreto 692 del 94 correspondiente Bonos pensionales si hubiese lugar, igualmente los correspondientes a cotizaciones, saldos de cuenta individual, frutos, intereses, rendimientos causados y pagados a dicha administradora, ahora sin descuento alguno por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando, en ese sentido ordenaremos la devolución de todos los dineros por parte de Skandia del mismo modo como a las demás AFP no podrán verse favorecidos con ninguna clase de dineros recibidos de la parte demandante como único descuento que se les va a autorizar son los dineros que transfirieron a la siguiente AFP con ocasión a el traslado entre administradoras tal y como se determina en la parte resolutive de la sentencia en este sentido fulminaremos la condena.

En cuanto a la excepción de prescripción, basta con observar lo pretendido para concluir que en el proceso bajo estudio se encuentra en discusión la conformación de derechos de naturaleza pensional, la acción se tornaba imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir** recurrió señalando:

Al declararse la ineficacia del traslado de régimen efectuado posteriores traslados dentro del RAIS propiamente motivándolo por el no cumplimiento del deber de información el fallador de primera instancia tuvo en cuenta la línea jurisprudencial que ha emitido la Corte Suprema, sin embargo la opción de una línea jurisprudencial no puede solamente limitarse a aspectos de la pretensión que trata, esto es la nulidad e ineficacia del traslado de régimen propiamente es oportuno que se tengan en cuentan los mismos supuestos fácticos para determinar la aplicación de esa línea jurisprudencial, teniendo en cuenta que la sentencia en mención que se hacen referencia, los supuestos fácticos no encajan al caso de la demandante teniendo en cuenta que en dichos casos los demandantes contaban con el régimen de transición así fuera por edad,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que al momento de realizar el traslado a régimen se les efectuó un perjuicio esto es porque renunciaban al mismo y no obtenían la posibilidad de pensionarse bajo condiciones de ley anterior que en la mayoría de los casos les sería más favorable propiamente existe un reproche por la Sala de la Corte Suprema al considerar no haber cumplido o no habérseles informado a los afiliados esta situación que era propiamente lo que se aquejaba en esa primera etapa el deber de información aparte de la información de las características de los regímenes pensionales, en ese entendido la parte actora en este caso al momento de realizar el traslado no contaba con esta situación en específico, no contaba con una expectativa frente a su situación pensional y por ende no se le generó un perjuicio o no renunció al derecho pensional cuando realizó su traslado de régimen que permitiera concluir que se le generó una afectación a su situación pensional en ese momento contaba con 30 años de edad lo que conllevaba a determinar que faltaba toda una vida para consolidar su situación pensional y en el entendido que al momento de traslado de régimen y posterior traslado con Horizonte se efectuó dentro de la primera etapa el deber de información, el formulario de afiliación no puede verse si bien se tuvo en cuenta como medio probatorio pero no puede limitarse a considerarse como falta de acreditar información teniendo en cuenta que no había medio probatorio documentado adicional que la ley o la jurisprudencia en ese momento le exigiera a las administradoras de pensiones, que propiamente no puede conllevarse a determinar en el interrogatorio a la parte actora bajo lo mencionado quien dentro de sus afiliaciones dentro del RAIS se vio casi que motivada por la decisión de su empleador y respecto a ello no puede atribuírsele responsabilidad a las administradoras de pensiones o a atribuírsele carga absoluta a las administradoras cuando la parte actora no realiza ningún esfuerzo probatorio al respecto.

Propio es también que al fallador de primera instancia al tener presente los traslados horizontales que en 4 oportunidades realizó la parte actora dentro del régimen de ahorro individual no tuvo en cuenta como actos de relacionamiento este aspecto la misma sala de descongestión laboral en la sentencia SL3752 consideró los traslados horizontales tales como acto de relacionamiento que permiten a los afiliados tener información adicional respecto a ventajas, desventajas dentro de las administradoras del régimen de ahorro individual que les permiten tener información adicional frente a la ya obtenida en el traslado de régimen en esa situación un afiliado que no solamente realiza un traslado de régimen sino posteriores traslados horizontales prueba los formularios de afiliación o prueba lo mencionado, su incoación en el historial de colfondos por cada traslado de régimen realizó o recepcionó una asesoría por parte del promotor de pensiones, en ese sentido propio es que Porvenir al momento del traslado de régimen bajo el momento exacto que se efectuó cumplió con el deber de información al respecto.

En lo que respecta frente a gastos de administración propio es desproporcional y que afecta el patrimonio económico de mi representada en un primer aspecto por que se deja de lado la naturaleza en la misma ley 100 al otorgarle a las administradoras de pensión la posibilidad de generar estos cobros por gastos de administración frente a la gestión realizada, frente al pago de primas y seguros y durante el lapso de aseguramiento los afiliados se vieron cubiertos y que propiamente desconocen la naturaleza del contrato de aseguramiento pues evidentemente la no generación del siniestro no conlleva a que el asegurado tenga la posibilidad de la devolución de las primas pagadas, propiamente no es de la naturaleza del mismo contrato, ahora las condenas adicionales respecto a sumas adicionales propias es que aquí en este momento o frente al efecto del traslado efectuado a otras administradoras no opera porque las sumas adicionales solamente existe reconocimiento frente al pago o reconocimiento de pensión ya sea de invalidez, vejez o sobrevivencia cuando dentro del ahorro efectuado del afiliado no alcanza para cubrir la mesada adicional o el pago adicional por tal motivo es la aseguradora por ende mi representada no puede ser condenada por esta situación toda vez que para el año 2015 realizó el traslado de los aportes y rendimientos a la AFP Old Mutual.

La demandada **Skandía Pensiones y Cesantías** recurrió señalando:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En primer lugar realmente se cumplió con el deber de información y fue cierta, clara, suficiente y oportuna por lo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, si bien la asesoría no consta en documentos o por escrito ya que fue verbal pues esto no era una obligación y no ha sido una obligación sino hasta hace muy poco dejar por escrito estas asesorías, adicionalmente pues la decisión de afiliarse al RAIS fue libre y voluntaria más específicamente cuando se afilió a mi representada y no medió ninguna presión por parte de las AFP o específicamente de Skandia adicionalmente la demandante tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar los formularios de afiliación, las características del RAIS efectivamente están todavía establecidas en la ley por lo que si se habla de un error, realmente es un error de derecho y esto no tiene la potencialidad de viciar el consentimiento, efectivamente se realizaron traslados entre administradoras lo que denota que conocía las condiciones del Rais y acredito su ánimo de permanencia y esto implica que además se le brindo una asesoría debida por parte de las AFP, es importante tener en cuenta que la demandante tuvo la oportunidad de haber regresado al RPM pero realmente decidió interesarse solo hasta el final de su vida laboral en su futuro pensional por lo que de esto se extrae una actitud negligente por parte de la demandante cuyo resultado no puede cargársele a las AFP, finalmente es importante tratar este tema y es que mi representada actuó con buena fe, en este caso es un tercero que recibió la afiliación de la demandante cuando ya tenía 51 años de edad y además hizo el cobro de unos gastos de administración que están expresamente establecidos y autorizados por la ley, es decir de los aportes que hace la persona que está afiliada se extrae un porcentaje para pagar esa gestión profesional que hace la administradora de fondo de pensiones, lo que se ha visto es que se está condenando al pago de los gastos de administración no como una consecuencia de nulidad o la ineficacia del traslado que además se le estaría dando la consecuencia de una nulidad cuando se declara la ineficacia sino que se le está dando el tratamiento de sanción sin tener un fundamento jurídico válido pues esto es un dinero que efectivamente entró de manera válida al patrimonio de la AFP entonces condenar a la devolución de esos gastos de administración realmente no tiene sustento y es quitarle a las administradoras un dinero que entró válidamente por el trabajo que hizo de varios años ministrando estos recursos que entraron por medio de la demandante.

Por su parte, **Colpensiones** indicó:

En el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo pues la demandante no tenía una expectativa legítima como quiera que a la fecha del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de la vejez, lo anterior teniendo en cuenta la sentencia C 789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima, también debe tenerse en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013 para que la demandante deberá someterse a los mandatos del sistema general en la cual se encuentra afiliada con la AFP, también es importante tener en cuenta la sentencia con radicado 2016, 008701 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indicó que la simple manifestación que el valor a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado el demandante lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que la actora en su interrogatorio de parte manifiesta que su principal motivación de dicho proceso es que se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el Rais siendo así que lo que se presentó en este caso es que no se logra probar una información equivocada por parte de los fondos máximo si se tiene en cuenta que para el año de traslado de la demandante los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo tanto no hay lugar a la ineficacia decretada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria y se ratificó el negocio jurídico pues existió 3 traslados entre AFP.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora CLAUDIA MOSQUERA, 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 5 de marzo de 1994, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 106 del plenario, allegado por la demandada en mención, así como los demás traslados que efectuara en dicho régimen a Colfondos y Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de la afiliación, lo cierto es que tal cuestión se alega debido a la falta en el deber de información en el acto de traslado del RPM al RAIS, razón por la cual, lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia, figura 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 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. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, **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 las recurrentes ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Claudia Mosquera, 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 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó en primer momento la demandante proveniente del RPM, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones también en sus alegaciones entidad que alude a pronunciamiento judicial que no tiene tal carácter; y contrario a lo señalado por las recurrentes, la línea jurisprudencial en mención, 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 Porvenir S.A., entidad que promovió el traslado de la demandante proveniente del RPM probar el suministro de dicha información a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

señora CLAUDIA MOSQUERA, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones y su traslado tampoco se convalida con los que realizara de manera horizontal dentro del RAIS como lo afirma Colpensiones, como quiera que la ineficacia del primero de ellos, determina la de los demás, máxime cuando como en el presente ninguna de las demás administradoras a que se trasladó la demandante, acreditó el cumplimiento del deber de información, como erradamente lo señala la recurrente Porvenir S.A..

Ahora bien, el hecho de que la única motivación de la demandante para promover esta acción judicial sea el valor de su mesada pensional como señala Colpensiones, ello no es óbice para el adelantamiento de la misma, al demostrarse como en el presente que Porvenir S.A. faltó a su deber de información; de otra parte, como lo indica la recurrente Colpensiones también en sus alegaciones si bien la actora tenía la posibilidad de retornar al RPM, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 797 de 2003, lo cierto es que nada le impide a través de la vía judicial petitionar su retorno al régimen administrado por Colpensiones, como quiera que la acción de ineficacia de traslado pensional, por tener relación intrínseca con derechos pensionales, se torna imprescriptible como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3202 del 14 de julio de 2021.

De otra parte, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indican las recurrentes Colpensiones y Skandia 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 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 otra parte, contrario a lo manifestado por las recurrentes, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, 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.

De igual forma, tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su recurso y alegaciones, 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, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de las APF Porvenir y Skandia, respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración** debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

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 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

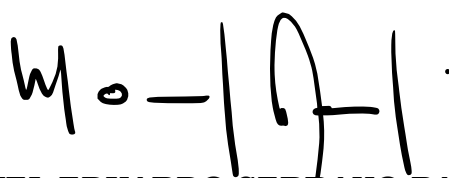
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá
Proceso Ordinario Laboral No. 21201900287-01 Dte: CLAUDIA MOSQUERA BURGOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No.22 2018 00134 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSE VICENTE PATIÑO PARRA

DEMANDADO: COLPENSIONES – HMV INGENIEROS
LIMITADA

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

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

ALEGATOS

Una vez corrido el término correspondiente, la apoderada de la demandada, procedió a presentar sus alegatos de conclusión.

SENTENCIA

Conoce esta Corporación la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte demandada HMV INGENIEROS LIMITADA.

ANTECEDENTES

El señor JOSE VICENTE PATIÑO PARRA, solicita que se declare que entre él y LA empresa HMV INGENIEROS LTDA. existió un contrato de trabajo, el cual genera para el empleador la obligación de pagar los aportes a pensión. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la empresa demandada que pague a COLPENSIONES, los aportes correspondientes a 372 días en su favor, finalmente solicita se condene a la empresa demandada al pago de las costas del presente proceso. (fl.- 2-3)

Fundamenta sus pretensiones señalando:

- Que laboró para la empresa demandada antes de ser fusionada, la cual se llamaba HIDROESTUDIOS S.A. INEGNIEROS en el cargo de Ingeniero Civil, encargado de las comisiones topográficas.
- Que una vez se fusionó la empresa demandada abren una oficina en la ciudad de Medellín y no dejaron consignada la de Bogotá.
- Que laboró para la demandada desde el 14 de abril de 1.982 hasta el 5 de enero de 1.984.
- Que la demandada no cotizó la totalidad de los aportes a pensión que por ley debía realizar, ya que omitió el pago de 372 días.
- Que solicitó a la demandada el pago de dichas cotizaciones, pero dicha solicitud fue despachada desfavorablemente. (fl.- 23-28)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada al momento de contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda, en canto a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 2 y 7, en relación con los demás señaló que no o son o que no le constan. Finalmente señaló como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, obligación a cargo del ISS e incumplimiento de las obligaciones por parte del ISS. (fl.- 48-59)

Por su parte, la COLPENSIONES, manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos adujo que no le constan y propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa,

presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, prescripción e improcedencia del pago de costas. (fl. 86-98).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020, resolvió:

1. *ORDENAR, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, fondo en el cual se encuentra afiliado la (sic) demandante JOSE VICENTE PATIÑO PARRA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.288.107, a realizar el respectivo cálculo actuarial conforme al decreto 1887 de 1.994, por concepto de aportes a pensión, para el periodo comprendido entre el 1 de abril al 31 de diciembre de 1.982.*
2. *CONDENAR a HIDROESTUDIOS S.A. INGENIEROS hoy HMV INGENIEROS LIMITADA, a pagar el valor del cálculo actuarial por concepto de los aportes pensionales en el porcentaje que como empleador le corresponde, debidamente indexado, junto con los intereses si a ello hubiere lugar ante COLPENSIONES.*
3. *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, proceda a registrar en la historia laboral del señor JOSE VICENTE PATIÑO PARRA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.288.107, las semanas correspondientes a los periodos de cotización entre el 1 de abril al 31 de diciembre de 1.982, una vez la parte demandada HMV Ingenieros Ltda, efectúe el pago del cálculo actuarial aquí ordenado.*
4. *Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.*
5. *Condenar en costas a la parte demandada HIDROESTUDIOS S.A. INGENIEROS hoy HMV INGENIEROS LIMITAD, fjese como agencias en derecho la suma de 1 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Fundamentó su decisión la Juez de conocimiento señalando en síntesis que en el presente caso, la demandada en su escrito de contestación, aceptó la existencia de la relación laboral, en los términos señalados en la parte actora en su libelo introductorio, relación que además se corrobora con la documental allegada a os autos.

De conformidad con lo anterior, señaló que el problema jurídico se centra en establecer si la demandada debe cancelar los aportes omitidos durante la relación laboral, ya que de conformidad con el reporte de semanas cotizadas, se evidencia que los aportes iniciaron el 1 de enero de 1983, sin que se

evidencie afiliación y cotizaciones, por el periodo comprendido entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 1982, los cuales como ya se indicó fueron laborados por el actor.

Así las cosas, indicó que se colige una falta de afiliación por parte de la sociedad demandada a partir del 1 de abril y hasta el 31 de diciembre de 1982, por lo que se evidencia la omisión en el pago de los respectivos aportes en el fondo pensional, al igual que el Fondo pensional no tenía conocimiento de la relación laboral que existió entre las partes.

Señala que la afiliación se reportó tan solo a partir del 1 de enero de 1983 y deviene la falta de afiliación que no es responsabilidad del fondo pensional adelantar acciones de cobro de que trata la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior, y ante la falta de afiliación, condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial, en los términos antes señalados.

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

“Gracias señora juez, en el momento procesal oportuno entonces me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir teniendo como pilar fundamental del recurso el folio 60 del expediente, que no fue tenido en cuenta al momento de decidir dado que se trata de la afiliación del demandante al instituto de seguros sociales de esa entidad, en donde se le claramente que la fecha de ingreso a la empresa anunciada para esa afiliación fue el primero de Abril de 1982, entonces para que el honorable superior tenga en cuenta que no es cierto, no se está de acuerdo con la decisión en la medida que esta se basa en el hecho de que hoy Colpensiones y en su momento el seguro social no tenía forma de ejercer su acción coactiva la brilla por su ausencia en este proceso y la que no permite establecer si en efecto si se hicieron las cotizaciones que hacen falta y deja en una incertidumbre que no debería ser asumida por los empleadores dado que ellos son quienes deben registrar luego de las afiliaciones todos los aportes y de encontrarlos en ausencia o en mora deben así reclamarlos, en esto se basa entonces la defensa para que se revoque la sentencia acabada de proferir indicando que si hay lugar a aplicar el principio o la línea que indica que debería estar presente un allanamiento a la mora por parte de Colpensiones, igualmente me parece importante dejar claro que no se establece en el presente proceso por parte de mi representada una mala fe que dé cuenta o que permita al despacho concluir que es ella la que tiene periodos omisos o incumplidos, pues todas las certificaciones emitidas al demandante que esta por demás decir, tampoco debe ser quien asuma las consecuencias de esta falta de registro,

fueron dadas admitiendo y nunca estuvo en discusión la fecha de ingreso y de retiro del mismo en la relación laboral, ahora bien, se nos ha vuelto paisaje y esto debería ser estudiado por todos los jueces y magistrados de nuestro país, que se nos ha vuelto paisaje casi que se ha vuelto un trámite adicional al que todos los ciudadanos deben realizar cuando se configura uno de los riesgos subrogados en estas entidades que ya hay que hacer un trámite que es una corrección de la historia laboral, esas correcciones no hablan de otra cosa que del desorden que había y reinaba en las épocas del seguro social con aportes anteriores a 1995 que donde se hacían los registros manuales, entonces si mi representada ha mostrado buena fe existe el sello reloj donde se hace la filiación y dónde se le menciona esa entidad en ese entonces el seguro social que es el que obra folio 60 que la fecha de ingreso de este trabajador a la empresa fue en abril del 82, no se entiende por qué es mi representada la que debe asumir toda la pasividad en ese entonces la entidad ministradora estos aportes. Así pues dejó presentado mi recurso apelación para que el honorable Tribunal Superior revoque la sentencia acabada de proferir y absuelva en su lugar de todas y cada una de las pretensiones a mi representada”

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandada, y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., aborda la Sala el estudio del mismo.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que en el presente caso no fueron hechos discutidos dentro del presente proceso, la existencia de la relación laboral entre el actor, señor JOSE VICENTE PATIÑO PARRA y la sociedad HIDROESTUDIOS S.A., hoy HMV INGENIEROS LTDA. la cual lo fue desde el 1 de abril de 1.982 y hasta el 5 de enero de 1.984, desempeñando como último cargo el de INGENIERO CIVIL, tal y como lo demandada lo certificó en la constancia expedida por ella, de fecha 10 de abril de 2002, visible a folio 16 del plenario.

Igualmente se encuentra, que en el reporte de historia laboral (cd. Folio 85), aparece que el actor inició en la sociedad HIDROESTUDIOS S.A., el 1 de enero del año 1.983 y hasta el 1 de febrero de 1.984.

Ahora bien, en el escrito de contestación, la sociedad demandada señala que afilió al actor desde el inicio de la relación laboral, ocurrida el 1 de abril de 1.982 y efectuó la totalidad de los aportes a los que estaba obligado; así mismo indicó que realizó una búsqueda exhaustiva en sus archivos sin poder encontrar, dada la antigüedad de los documentos, las planillas de

autoliquidación correspondientes a los aportes pensionales, sin que ello signifique que los mismos no se realizaron.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado en su totalidad el expediente, se encuentra que tal y como lo afirma la recurrente, al momento de tomar la decisión de fondo, la Juez de primer grado, omitió que dentro de las pruebas se encontraba la copia de la afiliación que la empresa demandada le hiciera al actor al extinto Instituto de Seguros Sociales, y la cual aparece con sello de recibido por parte de la oficina de correspondencia "DIVISIÓN SEGUROS ECONÓMICOS SECC – AFILIACIÓN Y REGISTRO" el día 20 de abril de 1.982. (fl.-60)

Así las cosas, contrario a lo señalado por la Juez de Primer grado, se está ante un caso de mora en el pago de los aportes (omisión de pago) y no ante la omisión de la afiliación por parte del empleador.

Sobre este tema la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 14388 – 2015, con ponencia del Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, indicó:

" 2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión Radicación n.º 43182 19 de cobro, y si no lo

han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.»

Por otra parte, en torno a las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la Corte venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues «...no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.» (Ver sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 42243; y CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 43188).

En consonancia con lo anterior, en sentencias como las CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 39811; CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. 39874; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587, la Corte sostenía que la consecuencia de la falta de afiliación al sistema de pensiones era que el empleador asumiera el pago de las prestaciones, en los mismos términos en los que las hubiera concedido el Instituto de Seguros Sociales. Predicaba la Corte que «...cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, le corresponde asumir la pensión, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral.

En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia.» ..

De conformidad con lo anterior, no se está en presencia de la omisión de la afiliación, como lo señaló la Juez de primer grado, sino en la mora en el pago de aportes, sin que ello signifique, como lo pretende la recurrente, señalar que no tiene la obligación de demostrar que si los realizó.

Por lo anterior, se habrá de revocar la decisión impartida por el *a quo*; y en consecuencia se condenará a la demandada al pago de las cotizaciones en mora desde el 1 de abril de 1.982 y hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, junto con los intereses moratorios, a que haya lugar, ya que no puede trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador,

máxime si se tiene en cuenta que la entidad Administradora de pensiones, no demostró que realizó el cobro de lo adeudado en forma debida, es decir, como lo ordena el art. 24 de la ley 100 de 1.993

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 LOS NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO, la decisión proferida, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá y en consecuencia CONDENAR a la demandada HIDROESTUDIOS S.A. INGENIEROS Hoy HMV INGENIEROS LIMITADA, al pago de las cotizaciones en mora, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 1.982, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR, en lo demás la decisión objeto de estudio.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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. 21-2019-739-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAVIER ENRIQUE CORTÉS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora CINDY JULIETH VILLA, 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 agosto 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 las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir, Colpensiones y la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor JAVIER CORTÉS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ineficacia del traslado de régimen pensional que realizara a través de Porvenir S.A., por incumplimiento del deber de información; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones como administradora del RPM, ordenando a Porvenir S.A., realizar devolución a esta última de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, junto con gastos de administración, ordenándole igualmente en caso de haberle otorgado derecho pensional, seguir pagando el mismo hasta que no se efectúe el traslado de aportes petitionado. (fls. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al sistema de seguridad social el 1 de septiembre de 1982 y como consecuencia de la publicidad y gestión realizadas por las AFP privadas, decidió afiliarse al RAIS a través de Porvenir S.A., el 1 de marzo de 2012, que al momento de dicha afiliación, el representante de la AFP mencionada únicamente se limitó a diligenciar un formato preestablecido y no le brindó información completa, veraz, adecuada y suficiente respecto a los beneficios que obtendría en el RAIS, así como las consecuencias negativas de pertenecer a dicho régimen, que no le entregó proyecciones ni comparaciones respecto a lo que sería el valor de su mesada pensional en ambos regímenes, como tampoco se le puso de presente la edad para pensionarse en dicho régimen y el capital requerido en su cuenta individual para el efecto, como tampoco cuáles eran los escenarios para poderse pensionar de manera anticipada.

Señala que tampoco se le entregó información en cuanto a la posibilidad que tenía de retractarse de su decisión de traslado y contrario a ello para promover la afiliación le entregaron información falsa como que se pensionaría a más temprana edad, que el ISS desaparecería, que la mesada pensional en el RAIS sería más alta que en el RPM, que solicitó ante Porvenir el suministro de los documentos con los cuales promovió su afiliación, los que no le fueron entregados y ante Colpensiones petitionó la anulación de su traslado al RAIS, solicitud que fue resuelta de manera negativa, lo propio ocurrió ante Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Afirma por último que de haber seguido cotizando al RPM, el monto de su mesada pensional sería de \$1.962.702, mientras que en el RAIS, esta sería de \$1.255.947, conforme estudio comparativo soportado en cálculo actuarial, lo que denota un perjuicio en el monto de su mesada pensional, que se encuentra actualmente afiliada a la AFP demandada. (fls. 1 a 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle los No. 1, 16, 17 y 23 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, compensación e inexistencia de la obligación. (fl. 247).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 16, 17 y 23; manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia de condena en costas a entidades de administradoras de seguridad social. (fl CD. 227).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS el 1 de marzo de 2012, por medio de Porvenir S.A, declarando como única afiliación válida la de la actora al RPM; como consecuencia, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros, sin realizar deducción por concepto de gastos de administración, de igual forma, ordenó a Protección S.A., a realizar el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la afiliación del actor a dicho fondo, traslado para el cual, les concedió un (1) mes, condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demandante y a actualizar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A. (fl. 343)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba acreditado la afiliación primigenia del actor al RPM y que al momento de su traslado al RAIS, contaba con más de 600 semanas de cotización, estando igualmente acreditado que dicho traslado se había realizado ante Porvenir S.A., el 1 de marzo de 2012; indicó que el despacho había acogido los planteamientos de la Sala de Casación Laboral en cuanto a la ineficacia de traslado; que el mismo era válido únicamente si estaba precedido del deber de información pertinente a este, esto es, la información suficiente propia de las características de ambos regímenes, las desventajas y desventajas que le puede acarrear al afiliado el traslado de régimen pensional, atendiendo a sus particulares condiciones pensionales, para así tener como configurado un consentimiento informado, deber que estaba en consonancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 100 de 1993, que dicho deber de información igualmente se encontraba en el artículo 13 de dicha normatividad y 97 de la Ley 663 de 1993, reiterado y desarrollado entre otras en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, deber de información que está a cargo de la AFP y el que no se cumplía con la elaboración de simples proyecciones pensionales o manifestar únicamente la ventajas del RAIS, ya que dicho deber estaba dirigido a actuar con transparencia y así informar al afiliado las consecuencias, accesos, condiciones de pertenecer a cada uno de los regímenes existentes.

Indicó que dicho deber de información, se debía suministrar atendiendo a la calidad de las AFP, quienes son las entidades expertas en la materia y recibían una contribución por el servicio que prestaban, de igual forma, las negaciones indefinidas debían ser probadas por la parte contraria conforme lo previsto en el artículo 167 del CGP, aspecto que había reiterado la Sala Laboral de la CSJ, indicando que para los asuntos bajo estudio, la carga de la prueba no podía radicar en cabeza del afiliado, sino en cabeza de los fondos de pensiones; conforme a lo cual, en el trámite procesal, no se había demostrado por Porvenir S.A., que al momento de su traslado le había proporcionado al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demandante la información pertinente y necesario para obtener de él un consentimiento informado al momento de suscripción del formulario de afiliación en el año 2012, data para la cual, ya estaban vigentes las previsiones del Decreto 2241 de 2010, que desarrolla esas obligaciones de las AFP y el deber del buen consejo, no demostrándose el cumplimiento de las mismas, conclusión a la que se llegaba conforme a las pruebas recaudadas en el plenario y si bien el formulario, contenía la anotación de que el traslado allí plasmado se había realizado de forma libre y voluntaria, lo cierto era que tal anotación no daba cuenta de que a la demandante se le hubiera suministrado la información en los términos señalados por la jurisprudencia, formularios respecto de los cuales la CSJ había indicado que la suscripción de este no constituía un verdadero consentimiento informado, el que únicamente se lograba con el suministro de toda la información pertinente.

De igual forma indicó que si bien el demandante era economista y podría prever algunos de los riesgos de su afiliación, lo cierto era que ello no demostraba más que un conocimiento de carácter financiero, pero no un conocimiento de carácter pensional, deber de información que no se suplía con los comunicados de prensa pues son dirigidos al público en general y no se determina si él tuvo conocimiento de estos, de igual forma, el no ser beneficiario del régimen de transición, no le impedía solicitar la ineficacia del traslado de régimen pensional como lo había reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; por lo que al no demostrarse que se cumplió en debida forma con este deber, el traslado realizado por el demandante, se tornaba ineficaz, lo que imponía su regreso inmediato al RPM, ordenando a Porvenir S.A., realizar el traslado a Colpensiones de los dineros junto con rendimientos y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, depositados en la CAI del demandante, siendo deber igualmente de Protección efectuar el traslado a favor de la administradora del RPM de lo descontado por concepto de gastos de administración durante la afiliación de la demandante a dicha APF, sin que fuera dable exigir la existencia de vicio del consentimiento alguno, ya que la acción se estudiaba bajo la óptica de la ineficacia y tampoco se evidenciaba la existencia de un perjuicio económico a cargo de Colpensiones y de configurarse el mismo,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

nada impedía a esta entidad acudir a la jurisdicción competente para reclamar los perjuicios que considera causó Porvenir al promover el acto de traslado del actor.

Por último indicó que no se declaraba probada la excepción de prescripción, por cuanto la acción de ineficacia, tenía una relación intrínseca con derechos pensionales, los que tenían el carácter de imprescriptibles.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir** recurrió señalando que dentro del proceso se lograba evidenciar que la voluntad del demandante era trasladarse al RAIS, lo que se evidencia con el formulario de afiliación que no fue tachado ni desconocido por este, ya que no se mencionó en la decisión norma jurídica alguna que faculte al juzgado para desconocer un documento de orden público y auténtico como lo es el formulario de afiliación, que fue suscrito por este, lo que denota que se está en contra el principio de seguridad jurídica ya que la Rama Judicial, desconoce un documento auténtico, aunado a ello, se tomó en cuenta la manifestación del demandante que no tenía respaldo probatorio según la cual su intención al suscribir el formulario había sido trasladarse únicamente al régimen de cesantías, pese a que la documental demuestra que estaba señalado el régimen de pensiones y tampoco se había tenido en cuenta lo manifestado por el actor según se enteró que luego de 6 meses a un año se enteró de su traslado de régimen, data para la cual, aún podía retornar al RPM.

Indicó que en cuanto a las consecuencias que se le daba a la declaratoria de ineficacia que ello iba en contra de lo que había establecido la CS, no siendo cierto que las cosas se deben retrotraer a su estado original, ya que las consecuencias de esta figura se encontraban previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que indicaba que la afiliación quedaba sin efecto y podría realizarse nuevamente por parte del trabajador, sin que señale que el afiliado debía devolverse al RPM; lo propio ocurría con las restituciones a cargo de la AFP, ya que si bien se señalaba que dicha afiliación no había



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

surtido efecto alguno, entonces no había lugar al traslado de rendimientos, al entenderse que si el demandante no había estado afiliado al RAIS, nunca hubiera causado los mismos, lo que contravía el ordenamiento jurídico respecto de las restituciones, las que debían realizarse de manera mutua.

Indicó en cuanto a la excepción de prescripción que esta sí estaba llamada a prosperar en cuanto a los gastos de administración, ya que estas eran erogaciones económicas y sufrían las mismas consecuencias de las mesadas pensionales.

La demandada **Colpensiones** indicó que la declaración de ineficacia conllevaba intereses adversos a la entidad ya que debía considerarse que el afiliado no estaba exonerado del deber de informarse en cuanto a su futuro pensional, siendo en el caso bajo estudio que el demandante había sido negligente frente a este aspecto, ya que había decidido no ejercer su derecho de retracto, de igualmente, el despacho omitía la prevalencia del principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la CP, lo que generaba un grave perjuicio a esa entidad, pues con el patrimonio público, debía sufragar la pensión que llegara a causar el demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor JAVIER ENRIQUE CORTÉS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 1 de marzo de 2012, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 283 del plenario, allegado por la demandada en mención.

En este orden, la figura de 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 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 y contrario a lo manifestado por Colpensiones 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 Porvenir en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

señor Javier Cortés, 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 2012; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP 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.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir también en sus alegaciones, el formulario de afiliación no fue desconocido en la decisión de primer grado, ya que con este se demostró el traslado que realizó el actor, aunado a que como bien lo indica esta AFP, no fue objeto de tacha ya que el demandante nunca manifestó que no lo hubiera suscrito; no obstante lo anterior tal documental no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado al señor Javier, toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional.

Aunado a lo anterior, la decisión de primer grado no tuvo como fundamento la afirmación del actor según la cual, pensó que el formulario suscrito era para trasladarse únicamente al régimen de cesantías, como quiera que esta decisión lo que concluyó acertadamente fue que en virtud de la inversión de la carga de la prueba que opera en estos casos, no se había probado por parte de Porvenir el suministro de toda la información pertinente que diera ilustración a la decisión del traslado del afiliado, omisión probatoria que en efecto determina la ineficacia del traslado del actor como bien lo concluyó la decisión de primer grado; aunado a ello y si bien el actor como lo señala Porvenir S.A., tenía la posibilidad de retornar al RPM, antes de encontrarse inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 797 de 2003, lo cierto es que nada le impide a través de la vía judicial petitionar su retorno al régimen administrado por Colpensiones, como quiera que la acción de ineficacia de traslado pensional, por tener relación intrínseca con derechos pensionales, se torna imprescriptible como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3202 del 14 de julio de 2021.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De igual manera, procede señalar a la entidad recurrente Porvenir S.A., que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no consagra los efectos de la ineficacia de traslado, sino se encarga de regular el régimen de sanciones a cargo de quien atente contra la afiliación del trabajador; no obstante ello, como se señaló la figura de la ineficacia de traslado de régimen, ha sido desarrollada por vía jurisprudencial por parte del organismo de cierre de la Jurisdicción laboral, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyos pronunciamientos son de obligatoria observancia y por ello resultan plenamente aplicables al caso bajo estudio.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por las demandadas Colpensiones y Porvenir en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó tal circunstancia, de igual forma, la parte actora alegó la nulidad del traslado bajo estudio, por omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; razón por la cual, este tipo de acción, se reitera, 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.

De igual forma, tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su recurso y alegaciones, 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, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

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 2012**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21201900739-01 Dte: JAVIER ENRIQUE CORTÉS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

M o - 1 0 - 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO - R

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 21-2017-0373-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN

DEMANDADOS: METALIZACIONES TÉCNICAS TIBBLE
SAGER LTDA; DAVID ALAN TIBBLE SAGER; PHILIP TIBBLE
DE CASTRO Y STEPHANIE TIBBLE DE CASTRO.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de diciembre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor Raúl Eduardo Triana Beltrán por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada entre el día 2 de julio de 1998 hasta el 10 de mayo de 2014; que fue despedido sin autorización del Ministerio del Trabajo al ser beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada conforme la Ley 361 de 1997; que fue despedido sin justa; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a los demandados principalmente al reintegro al mismo cargo o a uno superior, junto con el pago de salarios, primas, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, desde el momento del despido y hasta la fecha del reintegro e indexación de lo adeudado; subsidiariamente solicita el pago de la indemnización por despido sin justa causa, así como de la que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y del artículo 65 del CST y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a laborar para la sociedad demandada a partir del 2 de julio de 1998 en el cargo de tornero metalmecánico, que estuvo expuesto a humo contaminante y que hasta hace



8 años le entregaron tapabocas conforme la norma ISO 9000, que el lugar de trabajo era estrecho, que no había máquinas de carga para cargar rodillos de impresión, que también estuvo expuesto a sustancias como el tungsteno, bronce, cromo, zinc, cerámicos, entre otros; que para las funciones de metalizado no recibió los elementos de protección industrial adecuados, que en ocasiones le eran asignadas funciones de otros trabajadores ausentes, que debido a las múltiples funciones asignadas se lesionó la rodilla derecha que requiere terapias, lesión en el hombro derecho y columna, que el gerente le suministraba analgésicos para el dolor y lo enviaba de nuevo al trabajo; que para el año 2001 la jornada laboral fue incrementada desde las 6 de la mañana y hasta las 11 de la noche o madrugada; que para el año 2008 fue asignado en el cargo de jefe de planta; que tuvo conflictos con los compañeros de trabajo; que por parte de la EPS se ordenó terapias físicas; que el gerente ocultaba ante la ARL las funciones del actor; que cuando interpuso denuncia debido a la agresión física de un compañero la empresa decidió despedirlo; que el gerente lo maltrató verbalmente debido a las incapacidades que le fueron dadas por la EPS; que la ARL ordenó reubicación por un periodo de seis (06) meses; que el día 10 de mayo de 2014 fue presionado por el gerente y el abogado de la empresa para que renunciara; que la EPS informó el diagnóstico médico del trabajador a la empresa, referido a neumoconiosis, apnea del sueño y dolor crónico intratable con la recomendación de reubicación; que presentó escrito de renuncia al cargo suscrita por el hijo del actor con la promesa de recibir la suma de \$22.998.103 y que lo hizo bajo estado de nerviosismo; que para el momento del despido los demandados conocían del estado de salud del trabajador; que en el contrato de transacción se dijo que no era beneficiario de la protección de estabilidad laboral reforzada; que la conciliación ante el Ministerio del Trabajo fue fracasada y que el reintegro solicitado mediante



acción de tutela le fue negado; que en la actualidad se encuentra en tratamiento médico de neumología sin que se existe calificación de pérdida de capacidad laboral o concepto de rehabilitación.

Agrega mediante la reforma de la demanda, que la EPS FAMISANAR le proporcionó un dispositivo para dormir para lo cual allega fotografías; que se separó de la esposa mediante sentencia judicial del 6 de septiembre de 2016; que la EPS profiere “calificación o dictamen”, y que el documento le fue dejado por debajo de la puerta de la casa del actor, frente al cual interpuso recurso de reposición y apelación el 5 de octubre de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó únicamente el referido a la interposición de la acción de tutela por parte del actor. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago y compensación.

El demandado David Alan Tibble Sager contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó ninguno de los referidos en la demanda y la reforma. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, existencia de fallo anterior que dirimió el asunto y buena fe.



El demandado Philip Alan Tibble De Castro contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto los hechos, no aceptó ningunos de los relacionados en la demanda. Como excepciones formuló demérito las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción y buena fe.

Por su parte, la demandada Stephanie Tibble De Castro contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó ninguno de los relacionados en la demanda. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

SENTENCIA:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES incoadas por el señor RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN a través de apoderado contra METALIZACIONES TECNICAS TIBBLE SAGER METICSA LTDA y solidariamente contra DAVID ALAN TIBBLE SAGER, STEPHANIE TIBBLE DECASTRO y PHILIP ALAN TIBBLE DECASTRO.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la parte demandada. Líquidense por Secretaría con la suma \$700.000 como agencias en derecho distribuidas a prorrata.



CUARTO: CONSÚLTESE la presente sentencia con el Superior, por ser adversa al demandante.

QUINTO: Compulsar copias ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá – Sala Disciplinaria, a fin de que si lo consideran pertinente en el ámbito de sus competencias investiguen las conductas del apoderado JAIRO ANDRES BELTRAN CASTAÑEDA, en este trámite procesal en atención a lo expuesto en la parte motiva. Dese cumplimiento por Secretaría.

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que el problema jurídico a resolver consiste en determinar la existencia de la relación laboral entre el actor y la sociedad demandada, si se encontraba con fuero de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud y si procede el reintegro con las acreencias laborales correspondientes; y en subsidio, si hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, la que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, del artículo 65 del CST e indexación.

Que sobre la existencia del contrato de trabajo, se logra acreditar con la copia del contrato folio 22, copia de la carta de renuncia del 9 de mayo de 2014 suscrita por el actor folio 25, contrato de transacción del 10 de mayo de 2014 folios 26 a 28; frente a la estabilidad laboral reforzada para el momento del despido mencionó que los dictámenes de calificación que emiten las juntas no son una prueba solemne y el juez tiene la libertad probatoria para establecer la condición de especial indefensión de los trabajadores SL2587 de 2020; que las pruebas allegadas al proceso por la parte actora a fin de acreditar la estabilidad laboral reforzada consisten en la historia clínica del actor, junto con las recomendaciones del a EPS Famisanar y conceptos médicos; oficios dirigidos por la EPS al actor para calificación de origen, y a la sociedad demandada para que aporte los documentos necesarios para ello; que por medio de correo del 9 de dic de 2020 fue aportado copia del dictamen de origen y calificación de pérdida de capacidad laboral del 21 de abril de 2020 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez donde califican las patologías de origen laboral.

Que el dte al momento de la terminación del contrato tuvo condiciones de salud le impidieron o dificultaron de manera sustancial el desempeño de sus funciones conforme lo señala la sentencia SU-049 de 2017, lo cual se concluye de las historias clínicas previas a la finalización del contrato y específicamente de las recomendaciones de la EPS Famisanar por el diagnostico de neumoconiosis, apnea del sueño y dolor crónico irritable a partir de las cuales se requirió la reasignación de funciones laborales por seis meses desde el 23 de abril de 2014 en los cuales se requería que el trabajador no estuviera expuesto a sustancias irritantes del sistema respiratorio, disminuir la manipulación de pesos, temperaturas extremas y movimientos repetitivos de hombros, muñecas y codos, cuestiones que a juicio del despacho evidencian la existencia de las patologías que ocasionaban frente al trabajo contratado como tornero metalizador.



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0373 – 01 DTE: RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN
DDO: METALIZACIONES TÉCNICAS TIBBLE SAGER LTDA**

Que conforme la historia clínica de septiembre de 2013 da cuenta que el actor estaba impedido para desempeñar su labor, que incluso se recomendó la reubicación laboral encontrándose pendiente la calificación de la EPS; que del dictamen de la Junta Nacional y del estudio del puesto de trabajo del dte, se estableció haber una carga física para hombro derecho dado por posturas forzadas con aplicación de fuerza al manipular piezas lo que permitió calificar la enfermedad como laboral, circunstancias que permiten dilucidar el fuero de estabilidad laboral reforzada de la cual gozaba el dte al momento de la finalización del contrato.

Que no obstante, no obra en el proceso prueba alguna que indique que la decisión de dar por terminada la relación de trabajo estuvo en cabeza del empleador y que por el contrario reposa a folio 25 copia de la carta de renuncia y en ese sentido no sería aplicable lo establecido en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, con e consecuente reintegro que se reclama, ya que se prueba que la decisión no provino del empleador en razón a la condición de salud del trabajador, que la decisión la tomó el trabajador. Que si bien no se estableció como pretensión la nulidad de la carta de renuncia y del contrato de transacción suscritos por las partes, dicho aspecto fue discutido en el debate probatorio, y se estudiara conforme las facultades ultra petita, conforme los hechos también de la demanda; que conforme el artículo 1502 del Código Civil para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto y su consentimiento no adolezca de vicio; que el artículo 1508 consigna como vicios del consentimiento la fuerza, error o dolo, que el consentimiento es uno de los elementos esenciales para la validez del acto jurídico y ello depende de la manifestación de la voluntad de las partes, y no se produzca bajo coacción física o moral; que la parte actora es la que tiene la carga de prueba de acreditar los hechos constitutivos de los vicios en el consentimiento y los efectos a fin de dar viabilidad a las pretensiones de la demanda; que el dte manifestó que firmó la renuncia en la oficina del señor David, que cuando ingresó en la mañana a trabajar se le acercó un señor con unas hojas en la mano, le dijo que era el representante legal de la empresa y necesitaba hablar con él y el hijo que trabajaba en la empresa, que le informaron que había una incapacidad donde le cambiaban de sitio de trabajo en donde decía que no podía trabajar ni hacer recorridos largos y que con el sueldo que se ganaba no se justificaba y además no producía nada para la empresa, que en la reunión le dijeron que no se encontraba en disponibilidad para trabajar y que necesitaban que se retirara de la empresa y renuncie, frente a los cual les manifestó que no podía hacer eso y que necesitaba comunicarse con alguien a lo cual no se le permitió, que le indicaron que no podía usar celulares ni comunicarse con nadie porque ese mismo día debía tomarse la determinación si renunciaba y que si no lo hacía le bajarían el sueldo, que a la reunión asistió la secretaria, el abogado, el señor David, él y su hijo, que se asustó y preguntó por qué le hacían eso, y que le dijeron que podía seguir asistiendo al médico y que iba a estar más tranquilo, que le garantizarían que el hijo continuara en la empresa, que le dijeron que hiciera una renuncia, que su hijo la redactó; que al indagarse la manera en que se firmó la transacción dijo que luego de firmar la renuncia el 10 de mayo de 2014, le dijeron que le iban a hacer un regalo y que el abogado sacó un cheque indicándole que correspondía a una bonificación del señor David por los años de servicios y que él pensaba que se iba a ir sin nada; que le dijeron que el cheque lo podía cambiar por 25 millones, que lo firmó y señaló que por lo menos quedaba su hijo trabajando; que al preguntársele si el hijo estaba en la transacción, que fue gastando el dinero en unas cuotas de la casa y mientras estuvo sin trabajo; que tuvo inconvenientes con compañeros de trabajo y que pasó quejas al respecto pero que ese no fue el motivo de su renuncia.



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0373 – 01 DTE: RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN
DDO: METALIZACIONES TÉCNICAS TIBBLE SAGER LTDA**

Que la representante legal manifestó que el dte se desvinculó por renuncia voluntaria y que el 10 de mayo de 2014, la empresa le ofreció al dte un contrato de transacción, que no le consta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la reunión de 2014, por no encontrarse en la misma; que sabe que el abogado Jorge Beltrán estaba apoyando el proceso de renuncia del dte; que en el mes de abril se recibieron unos documentos de reubicación del trabajador, que la empresa lo hizo y se reubicó en un escritorio en la parte de la planta y hasta el momento en que presenta la renuncia.

Que el testigo Jorge Beltrán – abogado – manifestó conocer al dte, que hizo con este en la realización del reglamento interno de trabajo de la empresa por el año 2007, que el dte lo ascendieron en el año 2011 cuando empezó a tener dificultades; sobre el retiro del dte indicó que le consta un contrato de transacción, que en el momento que lo elaboraron se encontraba el dte, el hijo de este, David y una señora Olga medina, que se hizo cuando el dte había presentado la renuncia al no estar a gusto en la empresa por los compañeros de trabajo; que la empresa le consultó sobre la desvinculación del dte por la intención de entregar un dinero adicional a la liquidación de acreencias laborales, porque el dte manifestó querer poner una venta de cerveza en Bosa donde vivía; que no podían dejar simplemente una carta de renuncia y entregar un dinero siendo el motivo de la consulta, por lo que la empresa hizo un contrato de transacción y aclaró que cuando llegó ya estaba la carta de renuncia, que el testigo fue quien realizó la liquidación y el encargado de decirle al dte que se iba a reconocer una suma de 15 millones de pesos, que se efectuó el proceso de desvinculación igual que cualquier trabajador; que era un sábado y que la renuncia ya estaba hecha, que revisó la liquidación y que se encontraba todo dentro del contrato de transacción en la que estuvo involucrado el hijo, el señor David y que todo fue transparente sin error, fuerza o dolo, que el dte le decía al hijo para estar seguro, frente a lo cual el hijo no manifestó desacuerdo y validó con su padre que no estuvieran renunciando a nada; indicó que para el momento de la desvinculación del dte, este no tenía enfermedad, que se había sugerido un cambio de funciones y que la empresa no es grande, y que la parte de producción esta delimitada de la parte administrativa, y que al dte se le había asignado un espacio sin que estuviera incapacitado y hacía una vida normal.

Que el testigo Jorge Triana hijo del dte manifestó haber trabajado como tornero para la sociedad por año y medio y luego en el 2011 por cinco años; que respecto de la desvinculación del actor manifestó que era un sábado, que su papá lo llamó a la oficina del señor David, que en dicho lugar se encontraba David, la secretaria de la empresa, el abogado Jairo Beltrán; que les dijeron que a la empresa había llegado una carta donde se imponía restricciones laborales al dte, que no se podía acercar a soldadura ni efectuar nada en la operación y que tenían que sentarlo, sin que el actor tuviera conocimientos de oficina, que el abogado era quien hablaba y que este les dijo que sacaban a su papá, que la información fue sorpresiva, que no podían llamar a nadie, que no podían grabar, que se debía quedar entre ellos, que les manifestaron que les iban a bajar el sueldo, que el abogado le dijo que tenían que firmar; que constriñeron al dte a firmar o si no se iba su hijo, o se le aseguraría su trabajo, que al menos quedaría uno de los dos, que su padre estaba muy nervioso, y que el abogado dictó todo, que procedieron a la liquidación, que después se enteró que le entregarían un dinero a su padre como regalo por el tiempo que había laborado en la empresa, que terminada la reunión llamaron a su padre y el señor David le entregó el regalo, que los documentos firmados fueron la carta de renuncia, y un documento de liquidación, que les dijeron que se iban a pagar todas las prestaciones y que en la reunión no se habló de ninguna suma, reiterando que se enteró después porque el dte le comentó que la habían entregado un cheque, que se enteró que la reunión fue



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0373 – 01 DTE: RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN
DDO: METALIZACIONES TÉCNICAS TIBBLE SAGER LTDA**

porque le habían dicho a su padre que le bajarían el sueldo y lo despedirían injustificadamente, además que el testigo también sería despedido, que su padre nunca le manifestó la decisión de renunciar, que iban a buscar la manera de sacarlo. Que las manifestaciones son disímiles y contrapuestas en cuanto a la renuncia y la reunión, concluye que las circunstancias que motivaron la renuncia del dte no se encuentran planamente acreditadas, teniendo en cuenta las contradicciones en el testimonio de Jorge Triana, ya que este dice que solo tuvo conocimiento de la renuncia del dte pero que no conoció de la transacción sino que hasta que su padre le comentó que le habían entregado un cheque como reconocimiento, pero el contrato de transacción folios 26 y 27 se registra la firma del testigo tal como lo señaló en la declaración lo que deja ver que la reunión donde se presentó la renuncia se puso de presente el valor del pago efectuado al actor máxime cuando el mismo dte confesó que su hijo si había estado en el momento de la transacción, lo que resta credibilidad a su dicho respecto de las circunstancias en las que se presentó la renuncia; que si bien la renuncia no contiene la cedula del dte ello no significa el constreñimiento sobre el trabajador para que la suscribiera, y fue otra persona la que redactó el documento que en ultimas fue firmado por el dte; que los testimonios solicitados por la parte actora son contradictorios que no permiten concluir de manera certera que la renuncia del dte estuvo viciado el consentimiento, si que obre en el plenario otro elemento indicativo de las circunstancias o que incline la balanza a favor del dte, por el contrario con el acuerdo de transacción se reafirma el contenido de la renuncia, que sobre la transacción el dte no manifiesta presión alguna, que en el interrogatorio aceptó que la suscripción del mismo fue de manera libre y voluntaria, acuerdo en el que se ratificaba que las partes aceptaban la renuncia por el reconocimiento de una bonificación por retiro, que el dte refirió que la suma entregada fue de 25 millones de pesos y que se le entregó mediante cheque y así lo aceptó; que la liquidación aportada por el dte a folio 29 contiene el valor de las acreencias laborales y una bonificación por el total de 25 millones con la firma del dte, es decir que para el momento de la renuncia conocía el valor de la suma que se iba a pagar por bonificación contrario a lo que manifestó en el testimonio al decir que el ofrecimiento del dinero se efectuó posteriormente, más aun si el contrato de transacción también contiene su firma; que la sentencia SL410 de 2020 rad 79228 respecto de un caso de estabilidad laboral reforzada para indicar que la Corte admite la conciliación por terminación por mutuo acuerdo por cuestiones de reintegro, más se admite en una transacción donde tan solo las partes admiten la renuncia del trabajador y se acepta una bonificación por cuestiones de retiro, por lo que no se vulneran derechos ciertos indiscutibles del actor; que sobre el acuerdo de transacción no se buscó un vicio en el consentimiento con la demanda y a que se declare la nulidad de la misma, que la sentencia 43751 de 2014 para indicar que el trabajador es un sujeto activo al interior del contrato de trabajo, y que tiene derecho a discutir las circunstancias de un eventual retiro; que el trabajador al no cumplir con la carga probatoria genera incertidumbre o duda al juzgado, correspondiendo negar la pretensión en tanto que el requisito exigido de procedencia no se cumplió, que el juez deberá absolver en la medida que los medios de prueba que obran en el expediente valorados bajo las reglas de la sana critica demuestran que no se reúnen los requisitos para la pretensión, que el vínculo feneció por renuncia del trabajador, lo que conlleva a que el reintegro no sea procedente y demás pretensiones derivados del mismo. Que tampoco procede el pago de la indemnización de 180 días, por despido sin justa causa, moratoria; declara probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. Costas a cargo del dte fijando como agencias en derecho la suma de \$700.000.



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0373 – 01 DTE: RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN
DDO: METALIZACIONES TÉCNICAS TIBBLE SAGER LTDA**

Que en auto de 18 de nov de 2020 se requirió al apoderado Jairo Andrés Beltrán a fin que aportara en el término de 3 días el memorial por medio del cual solicitó copia del expediente como sustento para no asistir a audiencia programada para ese día, sin que se allegara el soporte correspondiente; que en diligencia de 9 de diciembre de 2020 aportó registro civil de defunción del ddo David Tibble en el que se informa que había fallecido desde el 8 de agosto de 2019, que pasado más de un año puso en conocimiento del despacho, de lo que afirmó que había enviado copia al juzgado, sin embargo conforme el informe secretarial no se evidenció memorial al respecto y tampoco allegó el soporte correspondiente, lo que deja ver una posible falta de lealtad y probidad en el actuar del apoderado conforme el CGP, considerando el despacho que las conductas deben ser investigadas por el competente, por lo que dispone compulsar copias a fin que se investigue la conducta del apoderado.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito presentar recurso de apelación, que el despacho hizo exposición de motivos del por qué hay cierto grado de incertidumbre y duda en el despacho en cuanto al reintegro solicitado que en el interrogatorio de parte del dte y el testimonio del señor Jorge Luis coinciden en que si hubo fuerza y dolo en la decisión que se tomó, fue inducida por el apoderado cuando el dte venia en un proceso con la EPS Famisanar para calificación de origen entonces muy anterior al día de la presunta renuncia ya la EPS había informado a la sociedad que había que hacer reubicación, no tiene en cuenta la juez el principio de favorabilidad que debe operar para el dte cuando la representante legal manifestó que si había un documento de la EPS y mintió al decir que al dte se le había reubicado, porque el dte dijo que inició su jornada y que se había puesto el overol para ir a trabajar lo que fue ratificado por el testigo Jorge Luis Triana al decir que mi papi se estaba vistiendo para ir a trabajar a su puesto de siempre, entonces no se entiende por qué la juez advierte incertidumbre y duda opera para la parte dte pero no dice nada de la declaración rendida por la representante legal cuando expresa eso y a renglón seguido manifiesta que es lo que ella sabe porque no estaba para la época, pero que tenía conocimiento de un documento de la EPS donde se decía sobre la reubicación del dte, lo leyó el despacho, le dio lectura, que entonces no entiende por qué eso no opera a favor de la parte que representa, ya que quedó demostrada la coacción ejercida por el abogado Jairo Beltrán que no fue capaz de desvirtuar lo que dijo el dte y ratificado por el testigo Jorge Luis, que al testigo lo llamaron a la reunión, que no estuvo desde el principio, que además le dijeron que con un salario tan alto no lo podemos reubicar y tocaría bajarle el salario, nada de eso se tuvo en cuenta por el despacho, recoge parcialmente las declaraciones pero no se tuvo en cuenta que el abogado faltó a la verdad, que coaccionó al dte e hizo subir a Jorge Luis el hijo para que ayude en la coacción que si su papá renuncia entonces se queda trabajando, que el testigo manifestó que lo habían despedido porque el papá los había demandado, coacción que no se tiene en cuenta para el principio de favorabilidad de la parte débil, que el dte estaba nervioso en la audiencia al recordar ese momento que lo coaccionaron a renunciar con la excusa que el hijo se quedara y que le iban a dar una plata; que debido a esa coacción renunció a sus derechos y que sabido es que los derechos laborales son



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2017 – 0373 – 01 DTE: RAUL EDUARDO TRIANA BELTRAN
DDO: METALIZACIONES TÉCNICAS TIBBLE SAGER LTDA**

irrenunciabiles, que el dte renunció a su derecho a obtener una calificación de origen como sucedió en la junta regional, que si bien el dictamen no es una prueba solemne el mismo se aportó y se tuvo en cuenta por el despacho, que dos enfermedades laborales provienen del trabajo, que el despacho dijo que el dte quiso firmar la transacción y la carta de renuncia, que el testigo Jorge dijo que se la había dictado el abogado; que se dice que la renuncia fue voluntaria pero que ello no es así, porque fue coaccionado con falsas promesas lo que quedó bien explicado por el testigo y el dte; que no se puede tomar como voluntaria una renuncia en la que el abogado le dijo como la debía hacer y las razones, porque no tenían donde reubicarlo, además lo dicho por representante legal que aunque no estaba para la época, vio en documentos que fue reubicado, lo que nunca se probó, que el juzgado guardó silencio siendo una mentira la reubicación, que lo que hubo fue una amenaza para que el dte renunciara a los derechos laborales, que hubo el pago de la liquidación, dinero que el señor David le ofreció aparte de su liquidación y que el mismo abogado reconoció que el dte era buen trabajador; que las mentiras de los abogados arrastran la dignidad humana al dte y no lo tuvo en cuenta el despacho; que el abogado Beltrán mintió cuando dijo que el documento ya estaba hecho y después dijo que él fue quien hizo el contrato de transacción, por lo que mal hizo el juzgado al tener la renuncia como voluntaria al acudir a la incertidumbre y duda, que el abogado amenazó al dte y a su hijo con consecuencias ilegales falsas y temor a la estabilidad laboral de Jorge, que la suscripción del acuerdo de transacción y renuncia no fue voluntario y bajo presión, que no entiende por qué estas circunstancias son desconocidas por la juez, que la duda del juzgado debió centrarse en lo manifestado por el testigo en el sentido que fue forzado a redactar la carta de renuncia, y contrario a ello la incertidumbre esta en contra del dte, al considerar que la renuncia fue voluntaria y el contrato de transacción, que el mismo trabajador reconoció que estaba nervioso, que el testigo Jorge subió para ver lo que estaba pasando con su papá no porque estudiara contabilidad, que la hija del dte estudia derecho, que la presión incluyó la imposibilidad de llamar a alguien, que no les permitieron grabar, que les hicieron mostrar los celulares; que no puede ser que un juez laboral diga que la incertidumbre y duda sea en desmedro del trabajador, que no hay nada a favor del trabajador según el fallo de la señora juez, que solicita se revoque el fallo y se conceda el reintegro en la manera solicitada en la demanda; que no entiende por qué a pesar de la declaración de la representante legal, debería compulsar copias a la fiscalía porque ella dijo que vio los documentos que no figuran en el expediente y que sin embargo habla de una carpeta de la empresa, que hay falsa declaración de ella, y habla de una reubicación según documento que allegó la EPS, que es decir que la empresa si tenía conocimiento que el dte se encontraba afectado en el momento, que no acogieron la reubicación porque no había como reubicarlo y que eso se lo dijeron al dte como él mismo lo dijo y su hijo, que no entiende si la representante legal habla de una reubicación laboral pero que en el expediente no se demuestra reubicación alguna, que nada juega a favor del trabajador, que ni siquiera el principio de favorabilidad merece ser tenido en cuenta que renunció a sus derechos laborales, engañado y presionado por un profesional del derecho, que también amenazó a su hijo, entonces supuestamente la reubicación tampoco existió; solicita se revoque el fallo y se acceda al reintegro con las consecuencias legales, y se condene a las demandadas por temeridad y arbitrariedad de las declaraciones de la representante legal y el testigo abogado, que amenazó al dte y a su hijo. Dejo sustentado el recurso con la previsión de ampliar el mismo en segunda instancia.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que en síntesis obedecen a oponerse a la conclusión a la que arribó el juzgado sobre la “incertidumbre y duda” que le genera a la juez lo concerniente al reintegro solicitado en la demanda, al especificar y nombrar la fuerza y el dolo a los que, a su parecer, el abogado de la empresa Jairo Beltrán indujo al demandante y a su hijo al momento de la suscripción de la renuncia y del acuerdo de transacción para poner fin al contrato laboral, pero que pese a la conclusión del juzgado, el apelante considera que si están probados (la fuerza y el dolo) con las manifestaciones realizadas por el propio actor y su hijo; agrega que la EPS Famisanar con anterioridad a la renuncia del trabajador había informado a la empresa sobre la necesidad de la reubicación laboral del afiliado; así mismo, centra su inconformidad en la omisión en la aplicación de la “favorabilidad” en apoyo a la situación del demandante; que la representante legal de la accionada miente al haber dicho que el trabajador fue reubicado. Por último, reitera que la suscripción del acuerdo de transacción y renuncia no fue voluntario pero si, bajo presión, que no entiende por qué estas circunstancias son desconocidas por la juez, que la duda del juzgado debió centrarse en lo manifestado por el testigo Jorge Luis Triana hijo del actor en el sentido que su padre fue forzado a redactar la carta de renuncia, y contrario a ello la incertidumbre no puede estar en contra del demandante, que el mismo trabajador reconoció que estaba nervioso, que la presión incluyó la imposibilidad de llamar a alguien, que no les permitieron grabar, que les hicieron mostrar los celulares; “que no puede ser que un juez laboral diga que la incertidumbre y duda sea en



desmedro del trabajador”, que no hay nada a favor del trabajador según el fallo de la señora juez, y por tanto, solicita se revoque el fallo y se conceda el reintegro en la manera solicitada en la demanda.

Para resolver las inconformidades manifestadas por el apoderado del demandante al interior del recurso de apelación, y que refuerza con la exposición de alegatos que allegó ante esta Corporación, en primer lugar, no debe perderse de vista que la pretensión principal, y de la que dependen las consecuenciales anotadas en el acápite correspondiente, está relacionada con el reintegro del demandante por causas atinentes al fuero de salud traducido en la presunta estabilidad laboral reforzada, de la que insiste el recurrente, era beneficiario el trabajador al momento en que feneció el vínculo laboral.

Así las cosas, entiende el Tribunal que con la demanda se intenta dar aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 sin que se tenga como válidos el acuerdo de transacción y la renuncia suscrita por el demandante, no obstante, cabe advertir que si bien dentro de las peticiones iniciales no se solicita la nulidad de dichos actos, de todas maneras en el presente caso no se encuentran demostradas situaciones que claramente hayan viciado el consentimiento del actor por error, fuerza o dolo, carga probatoria que le correspondía a la parte demandante.

Lo anterior significa que la voluntad del demandante, plasmada en la renuncia y en el acto de transacción se muestran pacíficas y por tanto son válidas, sin que se observe la vulneración de derechos mínimos, ciertos e indiscutibles.



En este punto conviene aclarar que en el numeral 2° del acápite denominado consideraciones del acuerdo transaccional (fls.26 a 28), se tuvo en cuenta que el trabajador con fecha 5 de mayo de 2014 había hecho entrega al empleador de “recomendaciones de salud ocupacional”, documento expedido por la EPS Famisanar (fls.65 a 66) y que el día 9 de igual mes y año el demandante presentó renuncia al cargo que desempeñaba.

Aunado a lo anterior, al no quedar desvirtuada la validez tanto del contrato de transacción como de la renuncia, ello quiere decir que contrario a lo manifestado por el apoderado del actor, que éste último suscribió los mismos alejado de presión alguna, sin embargo, no puede pasarse por alto que si únicamente subsistiera la transacción como manera de terminar el contrato, seguramente el rumbo del proceso sería diferente, toda vez que, la imposibilidad referida por la EPS para la ejecución de las labores por parte del actor reflejadas en el escrito de recomendaciones laborales, sería un claro indicio de la intención del empleador por desvincular al trabajador sin tener en cuenta su limitación física, no obstante, subsiste la renuncia del trabajador, de la que su suscripción no pudo ser probada por la parte actora que haya sido en contra de la voluntad del promotor.

Por otro lado, el hecho que el empleador haya tenido elaborado el documento de transacción para el momento en que fue llamado el trabajador para compartirlo con éste, ello no necesariamente resta valor ni efectos jurídicos al acto (SL3215-2021, 27 de julio de 2021), como tampoco que el hijo del demandante haya sido quien redactó la comunicación de renuncia para que su padre la firmara, no obstante, la insistencia del apoderado del actor en que el abogado de la empresa fue quien propuso el



contenido de esta última, por un lado, no se logró probar que así fuera, y por otro parte, de todas maneras tanto el trabajador como su hijo conocieron de su contenido y aun así consintieron no se opusieron a su literalidad, sin que ahora se pueda apelar al estado anímico del actor, como por ejemplo, el estado de nerviosismo que advierte su abogado para ese momento.

Ahora bien, no le asiste razón al apelante al considerar que con lo manifestado por el demandante en el interrogatorio y por su hijo como testigo, esto es, que sí medió fuerza y dolo en el consentimiento del primero, comoquiera que, no son los medios probatorios conducentes y pertinentes para acreditar esos vicios de la voluntad, aclarando para el caso de la confesión, que conforme al artículo 191 del CGP, entre los requisitos para la misma se encuentra que ésta *“verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba”* aspectos que no se vislumbran de la declaración de la representante legal de la sociedad demandada.

En este punto, conforme sobre la manifestación del recurrente en el sentido que la representante legal de la demandada afirmó que se había procedido con la reubicación del actor, sin que a su parecer corresponda a la realidad, considera la Sala que tal discusión sería relevante en caso que se haya acreditado el despido, y contrario a ello conforme el acervo probatorio lo que se observa claro es la renuncia del trabajador, que es precisamente la razón fundamental que impide en este caso dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.



La norma última mencionada, señala lo siguiente:

“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Valga aclarar que, para la aplicación de la dicha disposición el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ha sentado las reglas a tener en cuenta por los operadores judiciales en casos como el que hoy ocupa la atención de este Tribunal, entre otras, en la sentencia SL572-2021 de fecha 24 de febrero de 2021, con radicado 86728, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz, al expresar en síntesis que, la estabilidad laboral reforzada procede para los trabajadores que padecen limitaciones en grado severo o profundo independiente del origen que tengan, y de un reconocimiento e identificación previas; que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo *ibídem*, no es aplicable a cualquier deterioro y/o afectación en la salud, o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, puesto que es necesario que se acredite la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%.



En el presente caso, nótese que, no solo días antes de la renuncia del trabajador (9 de mayo de 2014), sino con posterioridad a esa data, la EPS Famisanar hasta ahora estaba requiriendo a la demandante y a la sociedad demandada, la documentación necesaria para proceder a la calificación de origen y/o invalidez del trabajador, por lo que, es claro que para ese momento no se encontraba acreditada la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral con el carácter de moderada, esto es, igual o superior a 15%, respecto del actor, por ende, no se demuestra su discapacidad en alguno de los grados avalados por el criterio jurisprudencial antes referido.

Sin embargo, y conforme a las reglas de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral al respecto, no resulta extraño que el empleador sabía del estado de salud del trabajador, tanto así, que conoció de las recomendaciones por parte del área de salud ocupacional de la EPS Famisanar en cuanto al cambio de funciones debido al padecimiento de patologías tales como: *neumoconiosis debida a otros polvos inorgánicos especificados, apnea del sueño y dolor crónico intratable*, estado que a claras luces le impedía el desempeño de las labores cotidianas en el cargo de tornero – metalizador.

No obstante, lo anterior, situaciones que le generaban al actor estabilidad laboral reforzada por fuero de salud al trabajador, éste decidió renunciar exponiendo motivos centrados en la realización de “*proyectos personales*” que le impedían continuar al servicio de la demandada, lo cual quiere decir, que no acaeció un despido ni que fue desvinculado por causas relacionadas con su capacidad para el desempeño de sus actividades, sino por voluntad de aquel, sin que se logre probar lo contrario.



Por último, interpreta mal el apoderado del demandante, el principio laboral de favorabilidad y su aplicación, ya que considera que la “duda o incertidumbre” de la juez debió inclinarse a favor del actor, frente a lo cual recuerda la Sala que aquel, previsto en el artículo 53 de la CP, su mandato parte ante la existencia de duda en la aplicación o interpretación de dos más normas vigentes en un caso concreto (SL2936-2021), lo cual no ocurre en el presente caso.

En consecuencia, sin que hayan hecho parte del recurso otros aspectos, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, 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



Mo-10-11

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

NORENZO - R

NORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2019-027-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de mayo de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones, Cristalería Peldar y la parte demandante, este último, solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS EDUARDO HERNÁNDEZ, actuando por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994 y artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que a norma aplicable a su situación pensional es el Decreto 758 de 1990; como consecuencia de tal declaración, solicita se condene a la demandada a reconocerle a su favor

pensión especial de vejez a partir del cumplimiento de los 43 años de edad, junto con retroactivo causado desde el 27 de abril de 2000 e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de abril de 1957, por lo que cuenta con 61 años de edad, que cotizó a la administradora pensional demandada un total de 2180 semanas de las cuales 1980, fueron laboradas en ejercicio de actividades de alto riesgo – exposición a sustancias cancerígenas con el empleador Cristalería Peldar, el que cotizó para los riesgos de IVM a su favor entre el 6 de marzo de 1979 al 20 de enero de 2014, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicios y solicitó a Colpensiones reconocimiento pensional de alto riesgo en noviembre de 2016, entidad que mediante resolución SUB 1840 de 2017, le negó el mismo, decisión que recurrió, siendo confirmada por la demandada, para lo cual indicó que su empleador Cristalería Peldar, no había cotizado los puntos adicionales de que tratan los decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003.

Indica que Peldar certifica que mientras se desempeñó a su favor en el cargo de labores varias – operador de tractomula, estuvo expuesto a sílice cristalino y sustancias comprobadamente cancerígenas durante 8 horas diarias, indica que en efecto estuvo expuesto a las mismas ya que las partículas de estas sustancias se expanden en el aire, que es beneficiario del régimen de transición y posee varias patologías relacionadas a su exposición al polvo de vidrio y que el ISS como tampoco Colpensiones, efectuaron las acciones de cobro, cuando el empleador estaba en mora, incurriendo en negligencia a no verificar el pago de la cotización especial que debía realizar Peldar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 3, 5 a 9 y 13, negó los No. 2, 4, 12, 14 a 16 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia

del derecho y la obligación, inexistencia de la obligación de reconocimiento y pago de intereses moratorios, buena fe y prescripción.

Por su parte, la litisconsorte necesario Cristalería Peldar, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 3, negó los No. 11, 14, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, conciliación y cosa juzgada, cobro de lo no debido, compensación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ CAMARGO se despenó durante su vida laboral en la empresa Cristalería Peldar S.A., en actividad de alto riesgo, durante el periodo comprendido entre el 06 de marzo de 1979 hasta el 20 de enero de 2014, por estar expuesto a sustancias cancerígenas, conforme las consideraciones de la parte motivan.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Cristalería Peldar S.A., a pagar los puntos adicionales para pensión, a la administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, por concepto de la actividad de alto riesgo realizada por el señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ CAMARGO en vigencia del vínculo laboral entre el 06 de marzo de 1979 hasta el 20 de enero de 2014, conforme lo disponen los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer el derecho a la pensión especial de vejez por exposición a sustancias cancerígenas (Sílice -Asbesto), al señor LUIS EDUARDO HERNANDEZ CAMARGO, a partir de la fecha que demuestre el retiro del Sistema general de pensiones, conforme lo disponen los artículos 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, junto con los incrementos y mesadas adicionales legales salvo la mesada catorce, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar la pensión especial de vejez en la cuantía que se determine de aplicar una tasa de reemplazo del 90% del IBL de los últimos 10 años o el de toda la vida laboral si le resulta más favorable.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas por el demandante. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Con los elementos de prueba para arrimados al proceso y con la normatividad vigente el despacho llega a la siguiente conclusión: primero debemos determinar que efectivamente el aquí demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, norma que prevé que quienes a la entrada en vigencia del sistema integral de Seguridad Social, 1 de abril de 1994 tengan 40 años si son hombres o 15 o más años de servicios cotizados, tendrán derecho a que el reconocimiento de la pensión se realice con sujeción a las disposiciones vigentes con anterioridad, en este caso es decir con sujeción al acuerdo 049 de 1990; ahora teniendo en cuenta que si bien con la instrumental que sería fueron 52 del expediente contentiva de copia de cédula de

ciudadanía, se observa que el demandante a 1 de abril de 1994, contaba con 37 años de edad; lo cierto es que según el reporte de semanas cotizadas acredita un número de cotizaciones superior a las 732.2 semanas que equivalen a 15 años de servicios, razón suficiente para determinar que el mismo es beneficiario del régimen de transición bajo estudio, por tanto la norma aplicable a su caso para reconocimiento pensional, es el Acuerdo 049 de 1990 el cual señala que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos a 60 años de edad si son hombres y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años o 1000 semanas en cualquier tiempo. Asimismo también tenemos que el artículo 15 del acuerdo 049 que los trabajadores que se desempeñen en actividades con sustancias comprobadamente cancerígenas se les disminuirá en un año por cada 50 semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras 750 semanas en forma continua o discontinua en la misma actividad; a su turno el decreto 2090 de 003 limitó las mismas y al efecto estableció en su artículo segundo que se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas norma que enlista aquellos trabajadores que en virtud del ejercicio de ciertas actividades calificadas puedan obtener una pensión de vejez especial encontrándose entre éstas la exposición o manipulación de sustancias cancerígenas que es la que afirma el actor haber ejercido en la Cristalería Peldar, entonces al tenor de la disposición legal es inminente que el trabajador debe estar expuesto a las sustancias referidas, es esa y no otra la exégesis que deriva de la norma expuesta, si bien la comprobación de la verdadera exposición a sustancias cancerígenas no es una exigencia de la norma, la labor que desempeñó el actor en las instalaciones de la demandada debe encontrarse dentro de aquellas que refiere el artículo 15 del acuerdo 049 de 1990.

Siguiendo ese hilo conductor, el despachó entra al análisis puntual de las pruebas traídas a juicio para determinar si el actor estuvo expuesto o no de forma permanente a sustancias comprobadamente cancerígenas en desarrollo de sus actividades si bien aduce la parte demandada que se encuentra calificada en nivel de actividad de alto riesgo per se no puede predicarse que la actividad desempeñada por el actor se enmarca en las denominadas como de alto riesgo y mucho menos que se encontraba permanentemente expuesto a sustancias cancerígenas posición que pretende soportar con la documental denominada historia ocupacional del actor, la cual no establece conexión alguna con sustancias cancerígenas, al igual que con los dichos de los testigos que trajo: tenemos que a juicio se trajo por parte del demandante a declarar al señor Jorge Alberto Ramírez Roa quien describió detalladamente las circunstancias en la que se realizó la labor desarrollada por el señor Luis Eduardo Hernández Camargo en el cargo de labores varias y como operador de tractomula; al efecto manifestó el señor Jorge Alberto Ramírez que fue compañero de trabajo del demandante desde el año 1978 y no recuerda hasta cuándo, que lleva 35 años laborando con producción de botella entre otros, que el señor Luis Eduardo trabajó inicialmente en labores varias, hacer el descargo y cargue de los camiones con el pedido, trabajar en espejos y hacer los relevos en los hornos cuando había que pasarlo en la tolva y Zona Caliente que el señor Luis estuvo como 3 años en el horno, que después terminó en botella revisando producción empaque botellas que el señor Luis prestó sus servicios en la línea del tren y que es una línea donde se trabaja con elementos químicos como asbesto, hierro, cobre, pintura y el proceso era la aspersión porque se le aplica las soluciones químicas al vidrio para hacerlo, que hay contaminación porque hay amoníaco y solvente y varios materiales, que se trabaja con asbesto para sellar las máquinas que están ubicadas en una bodega, que el demandante laboraba en todas las áreas de la bodega, que ya para el 2009 el señor Luis estaba en el área de selección de botellas habiendo igualmente una exposición al asbesto, la que existe en toda la bodega en la que laboró el demandante.

En lo que respecta a las testimoniales traídas por Peldar, Jaime Gómez Ramírez describió lo que consideró fueron las funciones día o circunstancias en las que laboró el señor Luis Fernando en el cargo de labores varias inicialmente y luego como operario de tractocamión en tanto que el señor Horacio Montañez Africano y María Teresa Uribe indicaron que no les costaba nada sobre el ejercicio de las funciones del demandante pues el primero manifiesta que no lo conocen y la segunda que supo de él por documentos que tuvo en la mano por cuanto entró a trabajar en Peldar en noviembre del 2014, se tiene el testimonio a Carlos Jaime Gómez Ramírez quien indicó que trabaja con Peldar, dice que compartió espacio con el demandante y entró aproximadamente en el año 2013 y que el mismo se desempeñó en labores varias en la empresa en distintas áreas, pero no recuerda los periodos en los que se desempeñó en cada área y que el último cargo fue de operador de montacargas donde no transportó materia prima y que el demandante no manipulaba las materias primas, también hizo lo que consideró una descripción de la planta de la fábrica y sus respectivas áreas.

Entonces conforme a las anteriores pruebas y de acuerdo al libre convencimiento dispuesto en el artículo 61 del CPTSS puede decirse que dentro de las funciones desarrolladas por el accionante, verificadas con la declaración del señor Jorge Alberto Romero Roa se advierte que en el desarrollo de sus actividades el señor Luis Hernández Camargo tenía como principales factores de riesgo las del asbesto, sustancia que es considerada como altamente cancerígena pues si bien su actividad no fue directamente con la materia prima lo cierto es que como lo ilustra en la declaración principalmente la de Jorge Alberto Romero Roa y muy parcialmente la de Carlos Jaime Ramírez prestó sus servicios en varias áreas de la empresa, plantas de arena, materias primas, horno, formación de hidropianos, las cuales quedan contiguas al área de materia prima, luego se infiere que en el ambiente laboral donde desarrolla sus actividades el trabajador se encontraba expuesto a este riesgo, recuérdese que la manera más probable de exponerse al silicio incluso al asbesto es a través de la inhalación de fibras suspendidas en el aire por lo que es lógico que estando en dichas áreas tan cerca al departamento donde el actor desarrolló sus actividades se encuentra expuesto y no solo eso se advirtió en la primera testimonial que la labor del actor era en todas las áreas entre ellas vidrio plano, horno, espejos, en otras en turnos de 8 horas diarias a voces de los testigos a un con elementos de seguridad el señor Luis Hernando Hernández tuvo contacto con la materia prima, no obstante como manifiesta el testimonio por el actor al principio de la relación laboral no se contaba con los elementos de seguridad necesarios y actuales.

En todo caso y frente al contacto directo también fue advertido en el testimonio que el actor al hacer mantenimiento de la máquina especialmente en el área hornos necesariamente tenía contacto con ella, es así como no puede arribar a otra conclusión sino que si bien la labor del actor no era propiamente de alto riesgo, el solo hecho de mantenerse en el área de la planta lo hace una persona expuesta en forma directa a sustancias cancerígenas, cumple advertir que el ingeniero Carlos Jaime Gómez, insiste en su declaración que compartió espacios desde 1991 hasta el 2003 con el demandante y que este no manipuló materias primas e infiere que no estuvo expuesto a alto riesgo lo cierto es que su dicho es contradictorio si se tiene en cuenta los tiempos laborados por este testigo en cada área, es decir desde octubre de 1991 cuando entró hasta el año 2008 como supervisor de materias primas y Mina de arena no se desempeñaba donde trabajó el demandante para esa época como gerente de zona fría o producto terminado desde el año 2008 hasta el año 2012, podría decirse que si compartieron espacio en el área de minas desde octubre del 2012 Hasta la fecha tampoco pues es un área completamente diferente, mientras que la defensa se encamina a determinar que el actor laboró desde el 6 de marzo de 1979 hasta el 28 de abril del 2004 en oficios varios y luego como operador de tractomula hasta enero 2014, pero reitera o hace énfasis que siempre es en empaque y almacenamiento o formación y empaque, áreas se observa que son diferentes a las de supervisor de materias primas y minas dónde estuvo el testigo laborando desde 19991 hasta el 2008 y el de gerente de minas que estuvo desde el 2008 hasta la fecha, sin contar que nada le consta las labores del demandante desde el 6 de marzo de 1979 hasta el mes de octubre de 1991 cuando aún el testigo no ha ingresado a la empresa.

Es así como concluye el despacho que el demandante se desempeñó y no fue desvirtuado con los documentos y el único testimonio que conoce de su actividad en su día laboral de la empresa en la actividad de alto riesgo desde el inicio de la vigencia del vínculo laboral que como extremo inicial se tomará el que se desprende el reporte de semanas vista a folio 223 y subsiguiente, es decir desde el 6 de marzo 1979 hasta el 20 de enero del 2014 osea 34 años,10 meses, 2 semanas que equivale a 2.058.15 semanas de actividad de alto riesgo por estar expuesto a sustancias completamente cancerígenas y que por lo tanto su empleador deberá realizar los efectivos aportes para tal riesgo. Cumple informar que es casi un hecho notorio porque lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia en diferentes condenas a la empresa Peldar S.A que su actividad es considerada de alto riesgo por los elementos o materiales que componen sus productos.

Establecido lo anterior procede el despacho a determinar si efectivamente el señor Luis Eduardo Hernández Camargo cumple con los requisitos determinados para obtener el derecho a la pensión especial de vejez aquí reclamada, reposa a folio 52 del informativo fotocopia en la cédula de Luis Eduardo Hernández Camargo, se constata que nació el 27 abril de 1957 a folio 23 y subsiguientes del proceso obra informe de aporte a Colpensiones con el cual se acredita que el demandante cotizó 2210.86 semanas para los riesgos de IVM de los cuales 2058.15 semanas comprenden actividades de alto riesgo en sustancias cancerígenas, silicio y asbesto según quedó probado en precedencia, en ese hilo conductor de conformidad con las pruebas anteriormente valoradas y con la acreditación de la actividad de alto riesgo desarrollada por el demandante, es decir que el mismo estuvo

expuesto a sustancias cancerígenas asbesto y sílice por tanto las 2058.15 semanas son de actividad de alto riesgo por lo que concluye el despacho que habrá de reconocerle la pensión especial de vejez que el demandante toda vez que cumple los requisitos establecidos en las normas expuestas.

Ahora si bien el actor cotizó 2058.15 semanas en actividad de alto riesgo se tiene con posterioridad las primeras 750 semanas de cotización, tiene 1308.15 semanas adicionales asunto que da origen al disminuir un año por cada 50 semanas de cotización que para el caso en estudio corresponde a 26 años luego conforme a la normatividad tantas veces referida y efectuar las operaciones aritméticas correspondientes se tiene que la pensión aquí solicitada se haría efectiva como ya lo dije reduciendo 26 años, no obstante por disposición legal nunca podrá ser inferior a la edad mínima de 50 años del demandante así que en principio del reconocimiento debería ser a partir del 27 de abril del año 2007 fecha en la que cumplió los 50 años de edad sin embargo dispone los Art 13, 35 del acuerdo 049 de 1990 aún vigente luego de entrar en vigor la ley 100 de 1993 que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma y para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo por lo tanto según se desprende el reporte de semanas se encuentra activo cotizando el demandante pues su última cotización fue del ciclo febrero del 2019, data de expedición del reporte del 26 de marzo del 2019, entonces la pensión deprecada se reconocerá una vez el demandante acredite el retiro del sistema general de pensiones; en este orden de ideas el juzgado condenara la demandada colpensiones a reconocer la pensión especial de vejez por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas sin pasar por alto a esta sede judicial referirse sobre la mora en el pago de los puntos adicionales y siendo un hecho aceptado por la inobservancia de los aportes especiales previstos de los decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003, hay lugar a considerar lo que al respecto a este tema ha dispuesto la sala plena y las distintas salas de revisión de la corte constitucional así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre el pago de este porcentaje y adicional o si se retrasa en su pago, indicando que el trabajador no tiene porque sufrir las consecuencias negativas de dicha omisión es imputable directamente a su empleador en los términos del artículo 22 de la ley 100 de 1993 y por la cual es deber responder, por consiguiente si el empleador no cancela a tiempo la cotización especial, la entidad administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el solicitante deberá asumir la obligación pensional no pudiendo excusarse en la omisión del empleador porque la legislación nacional le ha otorgado diferentes mecanismos para cobrar y sancionar la cancelación extemporánea.

Así las cosas habrá de condenarse también a la sociedad Cristalería Peldar a pagar los puntos adicionales de pensión a Colpensiones por concepto de actividad de alto riesgo realizada por Luis Eduardo Hernández en vigencia del vínculo laboral entre el 6 de marzo de 1979 hasta el 26 de enero del año 2014 y pago que se realizará bajo las exigencias que establece los decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003 para lo cual está facultada Colpensiones para ejecutar dicho cobro, sobre la forma de liquidar la pensión se tendrá en cuenta el acuerdo 049 de 1990 en cuanto al porcentaje o tasa de reemplazo pues ha señalado en diferentes oportunidades la corte suprema que las normas anteriores a la ley 100 solo se refieren al tiempo de servicio, edad y monto de la pensión infiriendo por este último el porcentaje y no el ingreso base de liquidación que debe ser establecido en el artículo 21 de la ley 100 y como quiera que el demandante ha cotizado un total de 2210.86 semanas en toda su vida laboral, la pensión que deberá liquidarse lo será con una tasa de reemplazo del 90% del ingreso base de liquidación de los últimos 10 años o de toda la vida laboral si fuese favorable, en cuanto a los intereses moratorios del 141 de ley 100 de 1993, al no haberse causado el disfrute de la primera mesada pensional no existe mora en el pago de los mismos pues en este caso no hay ninguna mesada pensional pendiente por reconocer teniendo en cuenta que de acuerdo a las pruebas documentadas dadas al proceso dentro de la demanda el demandante se encontraba cotizando.

Respecto de la prescripción institución jurídica que está contenida en los Art 488 y 489 del CST en armonía con el 151 del CPTSS, el disfrute debe hacerse conforme a lo precepto en los Art 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990, es decir a partir del retiro del sistema general de pensión y en tanto la demandante se encuentra cotizando o al menos se encontraba al momento de la demanda quiere decir que no ha acaecido al fenómeno de la prescripción circunstancia por el cual se declara no probado este fenómeno.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones recurrió señalando:

En el presente proceso tenemos que resulta de vital relevancia el material probatorio que reposa en el expediente, tenemos que el a quo en el uso de las facultades del artículo 60 y 61 del CPTSS, se le otorga un mayor probatorio al testigo traído a oficio por la parte demandante sin embargo ruego al honorable tribunal se tenga en cuenta que las pruebas documentales que arrimó a juicio Cristalería Peldar como los estudios de riesgo y los testimonios pueden corroborar y dar fe que las actividades que prestó el señor Luis Hernández a Cristalerías Peldar no se dieron bajo las circunstancias de alto riesgo, en consecuencia ruego a los honorables magistrados que conforme lo indica la Honorable Corte Suprema de Justicia ya en dos fallos entre ellos la SL 2136 del 2019, con una radicación 68537 del 12 de junio del 2019 ha manifestado que se tiene que probar y demostrar que la actividad se realiza de forma permanente y directa teniendo los cargos que se certifican por Cristalería Peldar estos oficios varios y otro operador de tracto mula no se evidencia una actividad de alto riesgo, máximo que en los dichos de los demandantes se incluyeron actividades que no se estipularon en la demanda como son los de altas temperaturas sin embargo esto no es certificado por la entidad por lo cual ruego a los honorables magistrados tengan en cuenta estas pruebas en aras de que no se acreditó dicha calidad de que se encontrara en forma permanente en las actividades de alto riesgo y no solo por el hecho de que la empresa esté calificada en que realiza actividades de alto riesgo se puede determinar que todos los trabajadores que en ella trabajan especialmente en este caso en la planta cogua son empleados en alto riesgo, en caso de que el honorable tribunal considere que sí se encontró probada las actividades de alto riesgo, ruego se revoque lo atinente a que mi representada reconozca directamente la pensión de vejez en actividades de alto riesgo de conformidad con el decreto 049 de 1990 teniendo en cuenta que el artículo 57 del decreto 1748 del 95 modificado por el decreto 17 del decreto 3798 de 2003 dispuso que solo será procedente el reconocimiento una vez se entregue por parte del empleador el título pensional calculado conforme a lo que señale el decreto 1887 del 94, en este caso ruego que solo se ordene o se estipule la condición de que solo una vez se proceda a el traslado de la reserva actuarial o título pensional, mi representada entre hacer el estudio máximo cuando el pasado abril del 2019 cuando el demandante cumplió la edad de 62 años conforme al decreto 797 del 2003 mi representada procedió hacer el estudio pensional conforme a esta norma, por ultimo ruego se revoque la condena a las costas judiciales teniendo en cuenta que la nugatoria de mi representada no se dio bajo parámetros de mala fe sin embargo entiende este apoderado que el CGP estipula que el que pierde paga, sin embargo se debe morigerar este criterio en cuanto a las costas ya que se probó que no está pago un periodo adicional de alto riesgo y que el trabajador nunca estuvo vinculado bajo esta premisa por lo cual la nugatoria de mi representada no se hace traducible, máximo si tenemos en cuenta que el mismo CGP estipula que en caso de prosperar parcialmente las condenas de instancia procedería que el juez pueda abstenerse a voluntad de él pago de las mismas, teniendo en cuenta que no prospera los intereses moratorios ni la pretensión principal que pretende el pago de la pensión desde que cumplió 46 años ruego morigere frente al pago de costas en caso de ser confirmada la sentencia se autorice el pago a salud de la acción procesal que se llegaría a causar.

Por su parte, **Cristalería Peldar** indicó en su recurso:

En este caso lo que observa mi representada es que el despacho llega a una conclusión de que el demandante estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas y para ello el juez del material probatorio que había en el proceso destacó la prueba testimonial que se decretó y recaudó a instancia de la parte demandante como fue el testimonio del señor Jorge Alberto Ramírez Roa sobre este testimonio es importante tener en cuenta varios aspectos por cuanto mi mandante pues en primer lugar considera que la prueba testimonial según lo ha dicho inclusive la Corte Suprema de Justicia en casos análogos como el presente que no es una prueba útil para llegar a determinar si un trabajador efectivamente estuvo o no expuesto a sustancias cancerígenas, sin embargo como el despacho atiende a la declaración del testigo Jorge Alberto Ramírez es que me veo precisada hacer observaciones frente al análisis probatorio de esta declaración, en este caso lo que observamos es que el testigo no es un testigo técnico, que cuente con la

formación técnica para poder determinar efectivamente si el demandante desarrolló o no una actividad de alto riesgo, sin embargo si revisamos la declaración considera mi mandante que no es útil para este proceso en la medida en que no brinda ninguna información clara y precisa en relación con las actividades que desarrolló el demandante en vigencia de la relación laboral, lo primero es destacar que el testigo Jorge Alberto Ramírez no desempeñó ni siquiera los mismos cargos que desempeñó el aquí demandante y si bien él refiere algunos cargos o actividades del demandante ninguno de ellos coinciden con los que están certificados en la historia ocupacional la cual inclusive no fue tachada ni desconocida por la parte demandante cuando mi representada la aportó en la contestación de la demanda luego lo que le compete al proceso es determinar si exactamente las labores que están detalladas en la historia ocupacional que fue labores varias en el área de empaque, vidrio plano y operador de tracto mula que la realizó en el área de formación general son o no de alto riesgo, en este caso el testigo se refiere a otras actividades que no están certificadas ni probadas que efectivamente las hubiere desarrollado, pero si en gracia a discusión admitiéramos que no puede ser así porque nada respalda el dicho del testigo que hubo otras actividades distintas a las que están certificadas en la historia ocupacional el testigo no brinda claridad de exactamente qué tiempo desarrollo esas otras actividades que el refería, no se puede determinar que efectivamente esas actividades fueran de alto riesgo por que representarán una disposición directa y permanente a una sustancia comprobadamente cancerígena en esa medida pues no puede darse esa credibilidad que el despacho le da esa declaración para el análisis de este caso, igualmente si nosotros nos extendemos a analizar las otras declaraciones como fueron los testimonios que se escucharon en cristalería Peldar como fueron el caso de Carlos Jaime Gómez en este caso como usted mismo lo refería en la sentencia describió las circunstancias de la actividad del demandante pero este testigo detalló que el demandante no tuvo contacto directo con las materias primas y que él tenía contacto era con el producto terminado situación que coincide con lo que estaba escrito en la historia ocupacional en las cuales se determina que el transportaba de acuerdo con el cargo operador de tracto mula, transportaba producto terminado y material de empaque es decir nada se refiere a que el tuviera un contacto directo y permanente con las materia primas, en ese caso considera mi representante presentada que la conclusión a la que arriba el despacho pues no puede ser soportada con la prueba testimonial que se escuchó en este proceso pero además que no se refirió a la prueba documental que reposa en el expediente sin embargo si nosotros lo remitiremos al estudio de los documentos que obran en el expediente es importante que sobre los mismos porque son pruebas comunes en varios procesos con características muy similares al presente tanto el tribunal superior de Bogotá en varias salas de decisión como la corte suprema de justicia y su sala de casación laboral ha referido de manera reiterada que esos estudios que coinciden con los que están aquí aportados en este expediente no pueden llevar al juzgador a la conclusión que se desarrolló una actividad de alto riesgo, la Corte ha dicho de manera pacífica que en estos casos cuando se pretende una pensión especial de vejez se debe demostrar por parte del trabajador demandante que realmente estuvo expuesto al riesgo que está alegando pero la Corte en una sana interpretación de lo que establece el decreto 2090 de 2003 que es la norma actual que rige estas pensiones de alto riesgo establece que esa exposición debe ser directa y permanente pero además dice que la exposición directa y permanente debe ser demostrada en este caso ninguno de los tres presupuestos se cumplen porque no hay ningún elemento probatorio que determine que la exposición del demandante fue directa y menos que fue permanente inclusive de las consideraciones de la sentencia que usted acaba de proferir hay algo que quiero resaltar para que lo analice la sala laboral del tribunal superior de Bogotá y es que el despacho admite que efectivamente la actividad no estuvo expuesto de manera directa al riesgo, dice la sentencia en la parte considerativa que en este caso por el hecho de estar laborando en la planta de Cristalería Peldar ese simple hecho le da el paso a una pensión especial de vejez, el juez admite que el trabajador no manipuló materias primas y que no existe exposición directa pero el asume que por el hecho de estar en la planta hubo una exposición indirecta y esto efectivamente es lo que es contrario a lo que establece la corte suprema de justicia, la corte ha dicho que no se vale una mera exposición o indirecta al riesgo que debe ser una permanente y en este caso en ese aspecto dar la razón a lo que yo estoy sosteniendo en la apelación que el trabajador efectivamente no estuvo expuesto de forma directa a ese riesgo, por lo tanto como no se cumplen estos presupuestos pues no podríamos llegar a la conclusión que llega el juez de que hubo esa actividad de alto riesgo como referencia para que la sala laboral del tribunal superior de Bogotá analice para este caso voy a citar 3 sentencias de la corte suprema de justicia en casos muy similares a estos donde las pruebas son prácticamente las mismas la SL 060 de 2020 es una sentencia del 22 de enero del 2020, la SL 2136 del 2019 del 12 de junio de 2019 y una muy reciente SL 723 del 2020 radicación 75056 del 3 de marzo del 2020 en estos tres fallos considera la Corte si no hay pruebas a una exposición directa y permanente no hay lugar a establecer que un

trabajador estuvo en alto riesgo y como consecuencia no puede imponérsele al empleador la obligación de hacer unas cotizaciones adicionales cuando el trabajador no desarrolló tal actividad que es lo que pasa en este caso, lo contrario a esta conclusión no está desvirtuada en este proceso porque no hay prueba con base científica que el trabajador si lo estuvo entonces Peldar no incurrió en la omisión que se le atribuye en el fallo no hubo tal mora patronal, Peldar no estaba obligada hacer las cotizaciones adicionales y por eso es que se insiste en el recurso de apelación de que se debe absolver a cristalería Peldar de hacer esas cotizaciones adicionales conforme a lo estableció el despacho en el numeral segundo de la sentencia.

Además si en gracia discusión se aceptara que debe hacer esos aportes que no puede llegarse a esa conclusión porque no hay prueba a la exposición directa y permanente debe tenerse en cuenta que esa obligación surge con el decreto 1281 de 1994 específicamente a partir de junio de 1994 luego si el trabajador empezó su actividad laboral desde el 6 de marzo del 79 no podría condenarse a Peldar por hacer aportes antes de la expedición del decreto 1281 de 1994 situación que también debe analizarse aun cuando mi representada considera que en este caso no hay lugar de hacer aportes inclusive a partir de esa fecha por tanto es que se solicita a la sala laboral del tribunal superior que revise las consideraciones expuestas en esta sentencia específicamente cuanto a que el fallo se sostiene con base a la declaración de un testigo que se recaudó a la instancia de la parte demandante, un testigo que no da una información clara y precisa sobre las actividades desarrolladas, los tiempos de exposición del trabajador y la prueba documental tampoco logra evidenciar la exposición permanente por tanto Peldar no debe asumir unas cotizaciones adicionales menos aun antes de la fecha de entrada en vigencia del decreto 1281 de 1994 bajo estas premisas se deja sustentado el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral del actor con la llamada como litisconsorte Cristalería Peldar, relación que tuvo lugar entre el 6 de marzo de 1979 al 20 de enero de 2014, como se evidencia de certificación laboral visible a folio 79 del plenario, de igual forma, tal hecho fue aceptado por la listisconsorte en su escrito de contestación de demanda.

Determinado lo anterior, se tiene que el Decreto 1281 de 1994 reglamenta las actividades de alto riesgo así como las condiciones y requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, y a su vez estableció el régimen de transición para ese tipo de prestación indicando que “la edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. (...)”

Así mismo define las actividades de alto riesgo dentro de las cuales se encuentran en el numeral 4º los trabajos con “exposición a sustancias

comprobadamente cancerígenas”, que es el fundamento para las pretensiones del demandante.

Por su parte, el artículo 2º ibídem señala que los afiliados al sistema general de pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante 500 semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan 55 años de edad y 1000 semanas y que la edad se disminuirá 1 año por cada 60 semanas adicionales a las primeras 1.000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Pues bien, le correspondía a la parte actora, demostrar que el demandante desarrolló estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Al respecto, como se dijo, se tiene que no fue objeto de reparo el hecho de que el demandante prestó sus servicios para la Cristalería Peldar entre el 6 de marzo de 1979 al 20 de enero de 2014, en virtud de la cual, desempeñó los siguientes cargos conforme se verifica de documental contentiva de historia ocupacional visible a folios 78 y 299 del expediente digital allegada la parte demandante y litisconsorte, siéndole asignadas las actividades allí descritas, como se transcribe a continuación:

1. Labores varias – Del 6 de marzo de 1979 al 28 de abril de 2004

Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica, ejecuta labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta; es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados.

Con qué las realizó: Con las manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas etc.

Sitio donde realizaba la labor: En el área de empaque vidrio plano

Materiales y máquinas en ese lugar: galerías para la ubicación de máquinas de vidrio plano, tractor, vogues para recoger retal de vidrio, cajas, papel.

2. Operador Tractomula – Del 29 de abril de 2004 al 20 de enero de 2014

Responsable por la operación del equipo del equipo de montacargas para cargue y descargue del producto terminado y material de empaque, responsable por el suministro del material de empaque a la zona de ensamble del cartón, debe trasladar el producto terminado de los estibaderos a la zona de almacenamiento y a la zona de cargue, además el casco reciclado a la zona indicada.

Con qué las realizó: Con equipo de montacargas

Sitio donde realizaba la labor: En el área de formación general

Materiales y máquinas en ese lugar: equipo de montacargas

De lo señalado en precedencia y conforme las pruebas arrimadas la proceso, se observa que si bien la testimonial vertida por el señor Jorge Ramírez, señaló que el actor estuvo expuesto en su actividad de manera permanente a sustancias comprobadamente cancerígenas ya que estuvo 3 años en el manejo de horno y si bien el informe de evaluación ambiental expedido por Suratep en el año 2001 y que obra a folio 137 del plenario, concluyó que los operadores de hornos de envase, tenían una alta exposición a sustancias de esta índole, lo cierto es que de historia ocupacional que allegaran ambas partes transcrita anteriormente, se logra evidenciar que contrario al dicho del testigo, el actor prestó sus labores en las áreas de *empaque de vidrio plano* y en *área de formación general*, sin que de dicha documental se logre determinar que tuvo a su cargo en algún momento el manejo de hornos, pues dicha labor no está relacionada como alguna de las encargadas a este y tampoco se determina que la haya ejecutado con ningún otro medio de prueba, siendo el dicho del testigo en este aspecto insuficiente, cuando se itera, el detalle de labores encargadas al demandante durante la vigencia de la relación laboral con la litisconsorte, no permiten llegar a tal conclusión.

Ahora bien, señaló la decisión de primer grado que la litisconsorte Peldar, no había desvirtuado el dicho del testigo, afirmación que no resulta de recibo cuando como en estos casos, **es a la parte demandante** a quien le corresponde probar su exposición a sustancias cancerígenas, como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre muchas otras en sentencias SL 3750 de 2020 y SL 716 de 2021.

Aunado a lo anterior, el resto del caudal probatorio arrimado al proceso, no permite arribar a la conclusión de la exposición alegada por la parte demandante, como quiera que el estudio ambiental elaborado por Suratep en el año de 1997 y allegado por la parte demandante a folio 117 del plenario, corresponde a la sede de la litisconsorte Peldar en el municipio de Zipaquirá, siéndole entonces inaplicable el mismo al caso del actor como quiera que no fue objeto de reparo que laboró en la planta Cogua, como se verifica de la documental contentiva de contrato de trabajo visible a folio 292.

De igual manera, el estudio expedido por esta misma ARP, para el año 2001 en la planta Cogua, detalla como sujetos y sitios de medición de riesgo los operadores de hornos envase, preparados menores, recepción de materias primas, operador de equipo de mezcla de materia prima y ayudante de mezclas, cargos que conforme historia ocupacional analizada, no ejecutó el actor, pues ninguna de ellas se detalla en la documental en mención que no fue objeto de tacha.

En igual sentido, la parte demandante allega a folios 163 y 173 formularios expedidos por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, contentivos de evaluaciones de patologías realizadas a terceros y que por ello, nada permiten aportar al efecto pretendido, ya que son documentales referentes a sujetos ajenos a este debate procesal.

Conforme al recuento efectuado y atendiendo a las labores propias que ejerció el actor y los lugares en que ejecutó las mismas, se tiene que nada lleva a concluir que haya tenido durante la vigencia de la relación laboral con Cristalería Peldar, exposición directa a sustancias cancerígenas; pues de las labores a él encargadas, no se determina que tuviera relación directa con el proceso de producción o transformación del vidrio, en el que sí interviene la exposición continua a sustancias de este tipo, aunado a ello, en el ejercicio del cargo de operador de montacarga, se establece con claridad que su contacto no era con materias primas, sino con el *producto ya terminado*, como indica la historia ocupacional tantas veces mencionada, a igual conclusión arribó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3750 del 2 de septiembre de 2020, M.P. Gerardo Botero, en un caso como el que ocupa la atención de esta Sala, en el que el actor de igual

forma se desempeñó para Cristalería Peldar, en los cargos de oficios varios y operador de tractomula; en dicha oportunidad señaló:

*Del análisis objetivo de este documento no puede inferirse por sí solo, que en los referidos cargos el actor estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, como es lo afirmado por el censor, **pues ciertamente no se evidencia que sus labores hayan estado relacionadas directamente con el proceso de producción o transformación del vidrio, como también lo dijo el Tribunal, tal y como se desprende las funciones ejecutadas en uno y otro cargo, debiendo resaltarse incluso, que en el de Operador de Tracto Mula, expresamente se alude a que su labor consistía en transportar «producto terminado», no pudiendo inferirse que estaba expuesto a material particulado, generado por la mezcla de los diferentes agentes químicos utilizados en esa actividad industrial.***

Y frente al cargo de Labores Varias, aun cuando desempeñó las funciones en diferentes áreas de la empresa, particularmente en la de decoración y Cartonería, ciertamente no se advierte que las tareas por él desarrolladas tuvieran que ver con el proceso de producción del vidrio, lo cual impide deducir en forma certera y concluyente la exposición a sustancias nocivas para su salud. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme a lo señalado en precedencia, se tiene que como lo señala la recurrente Peldar, también en sus alegaciones, el juez de primer grado fundó en gran medida su decisión, en el dicho del testigo Jorge Ramírez, el que si bien no fue objeto de tacha, sus afirmaciones no son suficientes para probar la exposición a sustancias cancerígenas del actor en el cumplimiento de las labores asignadas por Peldar, como quiera que no obra ningún otro medio probatorio que permita llegar a igual conclusión, ya que del caudal de esta índole, se llega a conclusión contraria, es por ello que como bien lo indican las recurrentes, en el presente se evidencia que no obra prueba de la exposición alegada y si bien la suscrita venía sosteniendo criterio según el cual quienes se desempeñaran en la sociedad vinculada como litisconsorte en el cargo de labores varias, se encontraban expuestos a sustancias cancerígenas; lo cierto es que en un nuevo estudio del tema y atendiendo a los pronunciamientos emanados al respecto por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considera procedente **recoger el criterio antes sostenido** a este respecto.

Así las cosas y ante la ausencia de prueba de la exposición alegada, se dispondrá **REVOCAR** la decisión de primer grado, para en su lugar

ABSOLVER a la demandada y litisconsorte de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de mayo de 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada y litisconsorte de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera 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
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.20-2019-0299-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO

DEMANDADOS: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera
y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE
REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE
COMUNICACIONES – CAPRECOM EICE LIQUIDADO

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de agosto de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.

ANTECEDENTES

La señora Lady Beltrán Carrillo por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con CAPRECOM EICE LIQUIDADO; que sus servicios los prestó como trabajadora oficial; que fue beneficiaria por extensión a terceros, de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 suscrita entre Caprecom EICE y Sintracaprecom, dada la prórroga automática prevista por el artículo 478 del CST; que la relación de trabajo se terminó sin justa causa por parte del empleador; que al momento de la terminación del contrato no le pagaron las prestaciones sociales de orden legal y convencional tales como: cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima legal de junio para todos los años, prima semestral de diciembre para toda la vigencia del contrato, las primas de junio, navidad y servicios convencionales, primas extralegales para toda la vigencia del contrato, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional; que no fue afiliada al régimen de seguridad social en salud, pensiones y que por tanto debe reembolsar el valor pagado por ella por aportes en salud, pensiones y riesgos laborales. A lo anterior, solicita se condene a la demandada a su pago junto con la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que incorporó



con la reforma de la demanda, y la prevista en el Decreto 797 de 1949; indemnización por terminación unilateral aplicando los efectos del plazo presuntivo e indexación de los adeudado y costas del proceso.

Subsidiariamente, solicita el pago de iguales conceptos declarando dos contratos de trabajo, uno del 26 de octubre de 2012 al 31 de marzo de 2013, y por el otro, del 22 de mayo de 2013 al 31 de agosto de 2015.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, la demandada y extinta Caprecom EICE la vínculo laboralmente por medio de varios contratos de prestación de servicios; que para efectos salariales se fijaba por un valor global equivalente a la duración del contrato que al dividirlo por el número de meses resultas ser el valor mensual devengado, que entre uno y otro de los contratos no hubo solución de continuidad; que desempeñó el cargo de técnico de apoyo a la gestión en el manejo del sistema SIAU en la subdirección EPS, técnico de apoyo en la gestión operativa de la división de contratos y licitaciones y archivo de contratos; que como último salario mensual devengó la suma de \$1.792.549, que prestó sus servicios personales en las oficinas de CAPRECOM, que cumplía horario de trabajo, que le entregaron herramientas de trabajo para el desempeño de sus actividades.

Agrega que a partir del 1 de septiembre de 2015 fue vinculada por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente hasta el 5 de septiembre de 2016, para desempeñar el cargo de técnico del nivel central.



Que el sindicato Sintracaprecom era una organización sindical de carácter mayoritario en Caprecom EICE; que a los trabajadores oficiales de la demandada les reconocían la totalidad de las prestaciones extralegales estipuladas en la Convención Colectiva de Trabajo; que no le pagaron los derechos laborales causados en vigencia de los contratos de prestación de servicios, que no fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, que no le consignaron el valor correspondiente a cesantías, que no le reconocieron ni pagaron los derechos convencionales; que agotó la reclamación administrativa con solicitud del 24 de agosto de 2018, la cual fue respondida de manera negativa el 21 de septiembre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Fiduciaria la Previsora S.A. contestó la demanda principal y reforma con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó los relacionados con la ejecución del contrato a término indefinido por la actora, la naturaleza mayoritaria de la organización sindical y lo devengado por los trabajadores oficiales en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo, ni tampoco las gestiones que dice realizó el apoderado en procura de las copias de los contratos de prestación de servicios. Como excepción previa formuló falta de legitimación en la causa por pasiva, y de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe y prescripción.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora LADY JOHANA BELTRAN CARRILLO y CAPRECOM EICE hoy la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de administradora del PAR DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADA, se ejecutaron los siguientes contratos de trabajo:

1. Desde el 26/10/2012 hasta el 31 de marzo de 2013 Asignación de \$1.792.549
2. Desde el 22/05/2013 hasta el 9 de mayo de 2016 Asignación de \$1.792.549

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y en consecuencia **CONDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de administradora del PAR DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADA, a reconocer y pagar a favor de la demandante LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:

- a. Cesantías \$4.078.049
- b. Intereses cesantías \$489.366
- c. Vacaciones \$913.702
- d. Prima de Navidad \$69.750
- e. Prima de servicios \$34.875

TERCERO: CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de administradora del PAR DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADA a reconocer y pagar a favor de la demandante LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO, la sanción o



indemnización dispuesta en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, correspondiente a un día de salario que equivale a \$59.751,63 a partir del 9 de agosto de 2016, es decir, 90 días después de finalizado el contrato de trabajo y hasta el 27 de enero de 2017, data en la cual fue liquidada y se extinguió el empleador o dejó de existir la persona jurídica Caprecom EICE, conforme las consideraciones de la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de administradora del PAR DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADA a reconocer y pagar a favor de la demandante LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO, y por lo tanto, a cotizar, al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el excedente entre el valor cotizado y consignado al Fondo de Pensiones y el monto que se desprenda de aplicar como ingreso base de cotización el salario realmente devengado por los periodos 26/10/2012 a 31/03/2013 y 22/05/2013 a 09/05/2016, es decir la suma de \$1.792.549. mensuales. Para ello, la Administradora de Pensiones a la que se encuentre afiliado el demandante, deberá realizar el cálculo correspondiente, con el fin que la demandada efectúe los pagos.

QUINTO: Absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: COSTAS. Correrán a cargo de la parte demandada. Tásense por Secretaría, fijando como agencias en derecho el equivalente a dos (09) smlmv.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLESE,

El presente queda legalmente notificado en estrados a las partes.

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Solicita la parte actora la declaración de un contrato de trabajo entre el 26 de octubre de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, al pago de prestaciones sociales legales y extralegales por tiempo laborado, indemnización por el no pago de las prestaciones conforme el Decreto 747 de 1949 y el reembolso de dineros que tuvo



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0299 – 01 DTE: LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO
DDO: FIDUPREVISORA S.A.**

que sufragar por aportes en salud y pensiones e indexación; el problema jurídico consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo a termino indefinido o dos contratos, y si tiene derecho a que se le cancelen las pretensiones de la demanda; que obra el escrito de la convención colectiva suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom 1997-1998, contratos de prestación de servicios con las prórrogas, certificaciones expedidas por la demandada, planillas de aportes al sistema de seguridad social, solicitudes de copias de los contratos, y hojas de vida de la dte, documentos a folios 21 a 61 y 93.

Que en la audiencia de pruebas se escuchó a la dte y a Adriana Lucia Carrillo y Julio Cesar Diaz, que la primera la testigo refirió que es madre de la dte, que el segundo manifestó que laboró con la demandada entre el 2013 y 2015, que le consta que la dte laboró en la oficina de contratos, que la veía trabajando todos los días de 8 a 5 de lunes a viernes, que la dte tuvo un jefe inmediato, que supo de los planes de retiro que él se acogió y no sabe sobre la dte.

Por su parte la dte refirió que empezó a trabajar por medio temporales y cta desde el 2007 hasta abril 2012 y después por prestación de servicios hasta el año 2015, que fueron como seis contratos.

Sobre la relación laboral y los extremos la dte afirma que lo fue desde el 26 de octubre de 2012 y hasta el 31 de agosto de 2015, subsidiariamente considera que mediaron dos contratos de trabajo, uno del 26 de octubre de 2012 al 31 de marzo de 2013 y segundo del 22 de mayo de 2013 al 31 de agosto de 2015, la demandada afirma que existieron varios contratos de prestación de servicios, independientes, autónomos e interrumpidos entre si.

Sobre la naturaleza del vínculo contractual, conforme las pruebas, los folios 41 a 43, 51, 54, los testimonios recaudados, los contratos de prestación de servicios a folio 34 a 41, 118, 125 a 143, certificaciones de aportes al sistema de seguridad social 52 a 58, y el expediente administrativo a folio 93, se desprende que la dte debía prestar servicios personales en la ejecución de actividades de técnico de apoyo de nivel central para la extinta Caprecom por lo que se da aplicación al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 que establece que quien alegue la condición de trabajador oficial y acredite un servicio a una persona natural o jurídica el contrato laboral se presume sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral; que la parte dte en este caso probó la prestación del servicio, concluyo que existió un contrato de trabajo, ya que también se acreditó la remuneración, que la dte no actuó con independencia técnica ni autonomía administrativa, que no es lógico que en e desarrollo de un contrato de esa naturaleza se impongan esta clase de obligaciones y menos la labor que desempeñaba como era la de revisar contratos y actividades normales de Caprecom.

Que en caso de presentarse interregnos cortos entre un contrato y otro se considera la existencia de una sola relación laboral conforme el criterio de la Sala de Casación Laboral sentencias 40273, 37803 y 42546, que al verificarse la prestación personal del servicio y la subordinación, que si bien hubo un vínculo laboral entre las partes, también hubo solución de continuidad lo que hizo que el vínculo no fuera continuo o al menos así no se probó, por lo que no se puede hablar de una sola relación laboral sucesiva, una de ellas de dos meses en la cual hubo solución de continuidad; que respecto del contrato de prestación de servicios entre el 13 de febrero de 2015 al 31 de enero de 2016 al esta la trabajadora ejecutándolo Caprecom decidió nombrarla como trabajadora oficial a partir del 1 de septiembre de 2015 y hasta el 9 de mayo de 2016 para que continuara la ejecución de las labores, relación laboral que terminó por mutuo acuerdo por el plan de retiro consensuado conforme la certificación a folio 54 digital, como consecuencia de lo anterior, concluye la existencia de dos contratos



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0299 – 01 DTE: LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO
DDO: FIDUPREVISORA S.A.**

laborales independientes: del 26 de octubre de 2012 al 31 de marzo de 2013 y del 22 de mayo de 2013 hasta el 9 de mayo de 2016 con una remuneración promedio mensual de \$1.792.549.

Frente a las pretensiones de prestaciones legales y extralegales, previamente se estudiara la prescripción, que la reclamación de prestaciones sociales se presentó el 24 de agosto de 2018 folio 44 a 50 y la demanda se presentó el 12 de abril de 2019 folio 12, que comoquiera que se ejecutaron dos contratos conforme la certificación de la demandada del 29 de agosto del 2018 que obra a folios 43 a 51 y la certificación de trabajador oficial folio 54, sin que los mismos hubiesen sido continuos o permanentes, hubo interrupciones mayores a dos meses en una oportunidad, que las prestaciones que se generen con anterioridad al 24 de agosto de 2015 se encuentran prescritas salvo las vacaciones que lo son desde el 24 de agosto de 2014 y las cesantías que se hacen exigibles solo a la terminación de cada contrato, es decir, las causadas con relación al contrato entre el 26 de octubre de 2012 al 31 de marzo de 2013 también estarían prescritas más no las del último vínculo laboral que terminó en el año 2016.

Aplicación de la convención colectiva de trabajo. Folio 26 a 32. Solicita la dte que conforme a la misma sean reconocidos los salarios y prestaciones extralegales debido a su calidad de trabajadora oficial, que al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia 24 de abril de 2013 rad. 43043 reiterada el 2 de julio de 2014 rad.43003 ha dicho que por tener la convención colectiva e carácter de un acto solemne su prueba esta sujeta a que se acredite que se cumplieron los requisitos exigidos en la ley para que se constituya un acto jurídico válido con poder vinculante, de manera que si el doc no se aporta al proceso de manera completa no podrá el juez concluir que se acreditó la existencia de la convención colectiva y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva; que la convención se encuentra visible a folios 26 a 32 vigencia 1996-1997 se establece que la aplicación de los beneficios es para todos los trabajadores oficiales de la extinta Caprecom, que sin embargo, algunas prestaciones extralegales como auxilio de transporte, bonificaciones convencionales, son prestaciones que no están directamente contenidas en la convención colectiva allegada y que si el acuerdo fue modificado, de todas maneras no se allegó a las diligencias, que por ejemplo la prima de junio, de navidad, prima extralegal de vacaciones, convencional de retiro, bonificación de recreación, que se pretenden, no se encuentran en el acuerdo convencional, pues hace relación a un incremento respecto a las primas que venía devengando el trabajador, de modo que al no allegarse la convención que las contenía primigeniamente y que dispuso el incremento ello impide terminar taxativamente su creación y monto, pues no se tiene noticia de cuanto fue el salario y el incremento del ipc, de lo que no da cuenta la convención arrimada, ni los montos que venia devengando como prima, por lo tanto debe absolverse de las pretensiones extralegales solicitadas al no cumplir con la carga de la prueba la parte dte del artículo 167 del CGP, puesto que necesariamente debían allegarse al proceso las convenciones colectivas anteriores y posteriores a los años 1996-1997 donde se crearon y modificaron las prestaciones sociales de orden extralegal y modificaron los factores para su liquidación.

Que, para la liquidación de las prestaciones legales, se advierte que desde el 1 de sept de 2015 hasta la terminación de la relación laboral por mutuo acuerdo que lo fue el 9 de mayo de 2016, se cancelaron todas las prestaciones legales y extralegales por dicho periodo al haber tenido vínculo formal como trabajadora oficial, que debe liquidarse prestaciones legales por los siguientes periodos, teniendo como salario la suma de \$1.792.549:



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0299 – 01 DTE: LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO
DDO: FIDUPREVISORA S.A.**

Cesantías: del 22 de mayo de 2013 al 30 de agosto de 2015; Primas: del 24 de agosto de 2015 al 30 de agosto de 2015; Vacaciones: del 24 de agosto de 2015 al 30 de agosto de 2015 valores que no se cancelaron y no están prescritos, que una vez realizadas las operaciones aritméticas por parte de esta sede judicial aplicando la prescripción y teniendo en cuenta los periodos de los vínculos formales, se condenará a la demandada al pago de los siguientes valores:

Cesantía: \$4.078.049

Intereses a las cesantías: \$489.366

Vacaciones \$913.702

Prima de navidad \$69.750

Prima de servicios \$34.875

Los fundamentos legales para el pago de los anteriores pagos son: las cesantías el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968, el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947; el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y la Ley 6 de 1945 art 17 literal 6.

Las vacaciones el Decreto reglamentario 1848 de 1969, el artículo 43, el decreto 1919 de 2012 y la ley 995 de 2005.

La prima de vacaciones decreto 1045 de 1978 art 17, 24, 25 y 26;

La prima de navidad art 35 del decreto 1045 de 1978

La prima de servicios el decreto 2351 de 2014 y el decreto 2278 de 2018

Sobre los pagos al sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que entre las partes se acreditó la existencia de la relación laboral, le correspondía al empleador realizar los pagos a favor de la dte, se advierte que con las dos planillas de autoliquidación de aportes folios 52 a 58 que durante la vigencia de la relación laboral, las cotizaciones se efectuaron en calidad de trabajador independiente por un menor valor \$717.000 y \$718.000 entre otros, y comoquiera que los salarios devengados por la dte son superiores a los cotizados, debe condenarse a cotizar el excedente entre el valor consignado y el monto que se desprenda de aplicar como ingreso base de cotización el salario realmente devengado por la dte durante el tiempo que prestó sus servicios para la demandada conforme las asignaciones que aparecen probadas en precedencia; para ello, la administradora de pensiones en donde se encuentre afiliada deberá realizar el cálculo con el fin que la dda efectúe los pagos correspondientes conforme el salario que devengaba la dte.

Sobre la devolución de descuentos por pagos a la seguridad social en salud y riesgos profesionales, al proceso no se allegó los soportes que acrediten estos pagos, que sobre los pagos de aportes su pago es improcedente por cuanto significaría de un aseguramiento que en la realidad no se presentó, que configuraría un enriquecimiento sin causa de las entidades promotoras de salud.

Indemnización por despido injusto, debe el trabajador probar el hecho del despido y al trabajador acreditar la justa causa, tal como lo ha dicho la Corte en sentencia del 1 de nov de 2011, 6 de marzo de 2012 y 24 de julio de 2013 rad. 36572, 42167, 34260; no se demostraron el despido y las causas de este, pues la dte se limitó a indicar que la vinculación fue por tercerización sin aportar pruebas de su dicho, y el testigo Julio Cesar Combata afirmó que habían sido invitados a acogerse a un plan de retiro y el si se acogió pero que no sabe si la dte lo hizo, que Caprecom como EICE decidió nombrarla como trabajadora oficial formalmente a partir del 1 de sept de 2015 hasta el 9 de mayo de 2016 para que continuara la ejecución de sus labores, la relación en definitiva terminó por mutuo acuerdo por plan de retiro consensuado, conforme la certificación a folio 54 digital, y que fue traída por la misma dte, lo cual complementa el dicho del testigo Diaz Combata razón por la cual se absolverá.

Indemnización moratoria del art.99 o sanción por la no consignación de cesantías a un fondo administrador de las mismas. Conforme la sentencia del 21 de abril de



2009 de la Corte, manifestó que esta sanción no procede por la calidad de la entidad liquidada y la clase de contrato con la que se vinculó a la dte dando lugar en los mismos términos a la absolución, además que no existe norma legal que disponga la afiliación obligatoria a un fondo de cesantías para los trabajadores oficiales en tanto que el decreto 3118 de 1968 en la forma como fue modificado por la ley 41 de 1975 consagra esa afiliación pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, que también el Ley 344 de 1996 art 13, ley 91 de 1989, decreto 1582 de 1998 con efectos retroactivos para los servidores públicos del nivel territorial, se absuelve a la dda de esta pretensión.

Indemnización moratoria el decreto 797 de 1949, que la condena por esta no es automática y está sujeta al análisis de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, que si se encuentra que fue de mala fe ante el no pago de las prestaciones que le correspondían hay lugar a su imposición. Que la entidad cuenta con 90 días posteriores a la finalización del vínculo para pagar acreencias laborales, tal como lo dispone el artículo 1 de la mencionada ley; en el presente caso, es procedente la condena ante la inexistencia de razones atendibles para que la entidad haya desconocido la naturaleza de la relación laboral cuando las funciones atribuidas a la demandante hacían parte del giro ordinario de la entidad y además que no se acreditó que se hayan ejecutado de manera autónoma e independiente que es lo que caracteriza al contrato de prestación de servicios se tiene que la renuencia a reconocer la naturaleza contractual subordinada es indicativa de mala fe en su actuar, que justifica la imposición de esta condena, ya que al término del contrato de trabajo debió reconocer no solo la calidad contractual, sino las consecuencias derivadas del mismo, indemnización que se contabilizará en un día diario equivalente a \$59.751,63 a partir del 9 de agosto de 2016, es decir, 90 días después de finalizado el contrato de trabajo y hasta el 27 de enero de 2017 data en la cual fue liquidada y se extinguió el empleador, es decir, dejó de existir la persona jurídica Caprecom EICE, que es de reitera que Caprecom entró en el proceso de liquidación el 28 de dic de 2015 mediante el decreto 2519 de 2015, lo que lleva a la suspensión de pagos, exonerando de sanciones o indemnizaciones como lo dispone el artículo 32 del decreto 254 del 2000, pero como el vínculo laboral continuó y feneció con el liquidador quien le terminó la relación laboral por mutuo acuerdo por plan de retiro consensuado en la misma data se debió reconocer las prestaciones sociales lo cual no ocurrió dando lugar a la mora que se extiende hasta la extinción de la persona jurídica el 27 de enero de 2017.

Que no hay lugar a indexar los valores reconocidos comoquiera que se decreta la indemnización moratoria.

Excepciones declara parcialmente probada la de prescripción y no probadas las demás. Costas a cargo de la parte vencida, fijando como agencias en derecho la suma de 2 smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial contra la decisión; primero, que se revise lo relativo a la prescripción, para que se tenga en cuenta el precedente vertical fijado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0299 – 01 DTE: LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO
DDO: FIDUPREVISORA S.A.**

sentencia SL 16528 del 26 de octubre de 2016 radicado 46704, oportunidad en la cual se consideró que la interpretación de los art 488 del CST y 151 del CPT SS deben llevarnos a la interpretación a la hermenéutica de que si la reclamación que hace el trabajador de sus derechos laborales lo hace dentro del primer trienio se entenderá que no han prescrito los derechos laborales que se hubieren causado a partir de la fecha de la terminación del vínculo y tres años hacia atrás ello en aplicación del principio de la favorabilidad y nos llevaría a considerar que no se encontrarían prescritos los derechos causados antes de ese tiempo, es decir, antes del..., el señor juez declaró que el contrato terminó el 9 de mayo de 2016 entonces tres años hacia atrás sería el 9 de mayo del 2013, ponencias que ya han sido promovidas en la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en los despachos de la Dra. Martha Inés Ruiz Giraldo, Manuel Eduardo Serrano Baquero, Carlos Andrés Vargas Castro entre otros.

El segundo punto, de la apelación tiene que ver con la absolución de la sanción por no consignar las cesantías en un fondo de pensiones, el argumento jurídico para absolver a esta súplica es que para los trabajadores oficiales no existe una norma que obligue a su consignación anual sino únicamente para los trabajadores afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, digo que si existe marco jurídico que el Decreto 1252 del año 2000 artículo 1 norma que estableció que a partir de ese momento todos los trabajadores del sector oficial y los trabajadores públicos tenían que ser afiliados a un fondo de cesantías y sus cesantías consignadas anualmente el día 14 de febrero y por ende nos lleva a la interpretación hermenéutica de la sanción moratoria rogada en esta causa que también ha sido fijada por el Tribunal Superior de Bogotá en casos análogos a los procesos de Caprecom de otros trabajadores.

Que el tercer punto es sobre la aplicación de la convención colectiva, de conformidad con lo dicho por el juzgado no es materia de litigio que en el caso si se allegó el escrito con constancia de depósito folios 26 a 32, que la absolución se da por dos puntos: que no se allegaron convenciones colectivas anteriores o posteriores que permitieran establecer la vigencia de esos derechos y este sentido el despacho está invirtiendo la carga de la prueba porque la convención colectiva es única, no se suscribieron después y segundo porque de ser así, pues era la parte demandada la que debía llevar futuras convenciones colectivas bajo la hipótesis de que cada dos años se hubiera suscrito una distinta y que hubieran variado los derechos que establecía la que se trajo en el año 1996-1998 pero no existe esa demostración probatoria y por tal motivo no podría entonces absolverse porque no llevamos una que resulte posible de llevar, y que por eso tiene vigencia la que se allegó, y el segundo punto por la que se niegan los derechos convencionales es que la misma no establece los propios derechos convencionales que se allegaron y que se solicitaron con libelo de la demanda y que entonces allí se puede ver con la convención colectiva que cada uno de los derechos que se pidieron con exactitud en la demanda en mención de cada artículo en donde estaba cada derecho convencional, que en este momento no tengo el expediente acá pero lo sustentaré ante el Tribunal para demostrar que cada pretensión como por ejemplo el auxilio de transporte si mal no estoy está en el artículo 47 de la convención y así cada derecho.

El siguiente punto tiene que ver con la negativa de aplicar la indexación bajo el argumento que se procedió con la indemnización moratoria, que en este punto es sabido que no todos los derechos laborales generan indemnización moratoria por su no pago y por esta razón no hay un resarcimiento con el reconocimiento de indemnización moratoria, tal es el caso de las vacaciones que no es una prestación social, lo mismo pasa con los intereses a las cesantías que tampoco causan moratoria, dos puntos que hay lugar a indexar, y en este punto también hay lugar a



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0299 – 01 DTE: LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO
DDO: FIDUPREVISORA S.A.**

indexación moratoria sin que se pueda llegar a interpretar que se está imponiendo una doble sanción por el mismo hecho, que así lo ha dicho el precedente vertical y horizontal, que si bien el despacho acierta con limitar la indemnización moratoria al 27 de enero de 2017 que fue la fecha en que se suscribió el acuerdo de liquidación como en sentencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas del año 2019 también se ha dicho que esos dineros que se tienen que pagar a la fecha de liquidación no pueden perder el poder adquisitivo de la moneda que este caso es totalmente importante porque esa indemnización que tenía que pagarse el 27 de enero de 2017 pues ya hoy estamos a agosto de 2020 tres años, nos espera otro tiempo y ese mismo concepto habrá perdido el poder adquisitivo, entonces no se trata de imponer una sanción sino simplemente de actualizar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y por ello pido que si se permita la indexación, de las vacaciones, intereses a las cesantías, y la indemnización moratoria del trabajador oficial. Así se deja sustentado el recurso de apelación.

PARTE DEMANDADA

“Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia, en el sentido que se revoque el artículo 1, teniendo en cuenta que si bien se hizo un análisis extensivo en la sentencia sobre la vinculación de la dte, es claro que se debe tener en cuenta que, si bien se produjo esta vinculación como trabajadora oficial posteriores a las prestaciones de servicios que se probaron en el proceso y que Caprecom aceptó, lo cierto es que las mismas que se hicieron por estas órdenes de servicios fue por necesidad del servicio teniendo en cuenta que no existía personal de planta que pudiese cumplir la obligación y lo cual está dentro del marco de la Ley 80 de 1993 estas contrataciones, por lo que solicito se revoque este artículo y se declare que no ha existido el contrato realidad deprecado.

Con respecto a los extremos teniendo en cuenta que si existió un interregno de mas de mes y medio y dos meses y que la reclamación administrativa se presentó el 24 de agosto de 2015, debe confirmarse la sentencia en el sentido que están prescritas todas las prestaciones sociales anteriores al 24 de agosto de 2015, y no como dice el abogado de la parte dte, esto es al final de la relación laboral que el 31 de abril de 2016 como menciona la parte demandante, sin embargo, sobre este punto cabe mencionar que si se realizó una terminación de mutuo acuerdo por acogerse al plan de retiro consensuado como trabajadora oficial la dte en dicha conciliación menciona o tuvo que haber acordado que existía un paz y salvo por todas las prestaciones sociales, laborales y convencionales de las que pudiese tener derecho, por lo tanto considero que se encuentra en una cosa juzgada, por lo anterior solicito que el artículo tercero que corresponde a la indemnización moratoria del decreto 747 artículo 1 del 49 debe ser revocado.

Solicito sobre la liquidación de las prestaciones sociales, se mantenga en la sentencia que no se tenga en cuenta los argumentos de la parte dte con respecto a la convención colectiva o los derechos convencionales ya que no era de parte de Caprecom quien tenía que probar estas normas convencionales puesto que el mismo artículo 471 del CST menciona que son uno de esos documentos que requiere prueba para su aplicación y por lo tanto al no estar probado y no estar completa la documentación, no era posible para el despacho generar una condena, en esos términos dejo sentado el recurso de apelación.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad que obedecen, en síntesis, a los siguientes, por la parte actora: i) sobre la prescripción de acreencias laborales, ii) la absolución por la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías al correspondiente fondo, iii) sobre la absolución de los derechos convencionales ante la ausencia o medio probatorio de la Convención Colectiva de Trabajo que los contiene, y iv) solicita se condene a la indexación de las condenas, resaltando que, la indemnización moratoria debe actualizarse, al igual que las vacaciones e intereses a las cesantías.

Por la parte demandada, se solicita: i) se revoque el numeral 1° de la sentencia, al afirmar que la vinculación por medio de contratos de prestación de servicios respondió a la necesidad del servicio al no existir personal de planta para cumplir con las obligaciones a cargo de la demandante, y ii) se revoque el numeral tercero referido a la condena por indemnización moratoria del Decreto 747 de 1949 artículo 1.

En lo que tiene que ver con la primera parte del recurso de apelación de la parte actora, esto es, sobre la prescripción, el apoderado sustenta la apelación indicando que debe tenerse en cuenta el precedente jurisprudencial tanto de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido que, si “*la reclamación que hace el trabajador*”, expresión que entiende la Sala como



interrupción del término extintivo, ocurre dentro del primer trienio entonces los derechos laborales que se hubieren causado a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo no se encuentran prescritos, y que a partir de allí, tres años hacia atrás, lo anterior, en atención al principio de favorabilidad y conforme la sentencia SL16528 del 26 de octubre de 2016, concluyendo para el caso, que si el vínculo laboral feneció el 9 de mayo de 2016, la prescripción debe contarse a partir del 9 de mayo de 2013 hacia atrás.

Sobre el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referido por el apelante y del cual pretende los efectos con su aplicación, del mismo se aparta la magistrada ponente, comoquiera que, el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. señala que *“las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*, es decir, que, por mandato expreso de la ley, no es posible contabilizar el término prescriptivo de las acreencias laborales desde la terminación del contrato de trabajo, aun en el evento que la demanda haya sido presentada antes del vencimiento de los tres años desde que feneció la relación de trabajo.

Contrario a lo anterior, en pronunciamiento más reciente de esa misma Corporación de fecha 04 de noviembre de 2020, sentencia SL4260-2020 con ponencia del Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, se indicó sobre el particular que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos, criterio que permite concluir la imposibilidad jurídica para que el término prescriptivo de las acreencias laborales, por regla general, lo sea desde la terminación del contrato de trabajo como lo solicita el apoderado de la demandante, y



menos, que los derechos laborales que se generaron durante la vigencia de la relación laboral no resulten prescritos, pues se reitera, la ley no lo permite, salvo cuando se trate de prestaciones sociales como en el caso del auxilio de cesantía, por ende, la decisión de instancia se confirmará en este aspecto.

En gracia de discusión, sobre la aplicación del término prescriptivo en la manera pretendida en el recurso, y en consideración al principio de favorabilidad, el recurrente no debe perder de vista las características del mismo, y que nada se relacionan con los supuestos de hecho de la demanda, tales condiciones para su exigencia son: i) dudas sobre la aplicación de dos o más normas, ii) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor, iii) deben regular la misma situación fáctica y iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, tal como lo ha referido la Corte Suprema en la sentencia SL2862-2021 del 23 de junio de 2021.

Como segundo punto de apelación de la parte demandante, se tiene la absolución por la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación de cesantías al correspondiente fondo; al respecto, la misma se pretende desde la calidad de la demandante de trabajadora oficial al servicio de la extinta Caprecom EICE, frente a lo cual debe decirse que, impera el criterio al interior de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en que tal sanción no cobija a los trabajadores oficiales y solo está prevista para los trabajadores del sector privado, Corporación que ha expresado el anterior criterio, entre otras, en la sentencia SL2614-2021 del 26 de mayo de 2021, al referirse en los siguientes términos:



(...)

Indemnización por la no consignación de la cesantía

En este punto ya la Sala ha tenido la oportunidad de precisar que no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión (CSJ SL2051-2017).

Así también se precisó en sentencia CSJ SL981-2019 que expresamente señaló que: «la sanción prevista el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cubre a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales».

Siguiendo el derrotero jurisprudencial citado, se absolverá a la demandada por la pretensión en estudio.

(...)

Conforme lo anterior, se confirmará el sentido absolutorio por dicha pretensión, advirtiendo al apelante que, si bien el Decreto 1252 de 2000, por medio del cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, en el artículo 1° previó que los servidores en las categorías antes referidas tuvieran derecho al pago de cesantías en los términos establecidos, entre otras normas, en la Ley 50 de 1990, no por ello, debe entenderse que con tal disposición también se está dando alcance a la sanción contemplada ante su no consignación al respectivo fondo, pues lo cierto es que, por lo menos el decreto referido no la contempló.

En tercer lugar, estando en el recurso de la parte actora, esto es, sobre la absolución de los derechos laborales convencionales ante la ausencia o



medio probatorio de la Convención Colectiva de Trabajo que los contiene, se tiene que la parte actora allegó el escrito contentivo de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1996-1998 suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom, frente a lo cual entiende el Tribunal que conforme a la sustentación del recurso, el apoderado no es ajeno a que el instrumento sindical allegado no contiene primigeniamente los derechos laborales y extralegales reclamados, sino que la oposición a la decisión de instancia compromete la carga de la prueba en la consecución de las convenciones colectivas que si contengan las peticiones de la demanda, para lo cual, insiste en que esa actividad le correspondía a la demandada, no solo allegarlas, sino que con ellas demostrar que la demandante no tenía derecho a tales prerrogativas.

Frente al particular, desde ya debe decirse que no le asiste razón al apoderado de la demandante en esta parte del recurso, comoquiera que, el texto sindical es la fuente principal del derecho al tratarse de beneficios convencionales, y en tal orden de ideas, también es acertado el recurso de la parte demandada al incluir en la apelación que era la actora quien tenía el deber de aportar la convención colectiva y no lo hizo, al igual que lo consideró el juez de primera instancia, lo anterior, guarda sustento en lo establecido en el artículo 167 del CGP, y con el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia del 17 de junio de 2004 con radicación 22912, oportunidad en la que dijo:

(...)

“No puede acreditarse en juicio la existencia de una convención colectiva como fuente de derechos para quien la invoca a su favor sino aduciendo su texto auténtico y el del acta de su depósito oportuno ante la autoridad



laboral o, cuando menos para esto último, mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro del plazo hábil la convención”

(...)

Así las cosas, el juez en la labor de verificación de derechos extralegales o beneficios convencionales no puede suponer o hacer inferencias del contenido de las convenciones que no le fueron presentadas al interior del acervo probatorio.

Para terminar con el análisis del recurso de apelación formulado por la parte demandante, el apoderado solicita se acceda a la indexación de las condenas, resaltando que, la indemnización moratoria debe actualizarse, al igual que las vacaciones e intereses a las cesantías, a lo cual se accederá en segunda instancia.

Sobre la indexación de la sanción moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, ante la imposibilidad de indexar la sanción moratoria, el recurso únicamente prosperará en lo que tiene que ver con la indexación de los conceptos de vacaciones e intereses a las cesantías, hasta cuando se efectúe el pago de los mismos, en este sentido se modificará el numeral **SEGUNDO** de la sentencia.

Por otro lado, respecto del recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada, solicita que la decisión que declaró los dos contratos de trabajo debe revocarse, teniendo en cuenta que para dichos periodos los contratos de prestación de servicios y órdenes de prestación de servicios suscritos con la demandante obedecieron a la necesidad del servicio al no existir personal de planta que pudiera cumplir con la



obligación a cargo de la actora en el marco de la Ley 80 de 1993.

Contrario al argumento anterior, se observa que la contratación de la demandante lejos estaba de ajustarse a las disposiciones del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que señala:

(...)

Contrato de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

(...)

Así las cosas, no fue objeto de controversia que la demandante desempeñó los cargos de técnico de apoyo a la gestión en el manejo del sistema SIAU en la subdirección EPS, y técnico de apoyo en la gestión operativa de la división de contratos y licitaciones y archivo de contratos de la división de contratos, actividades que si bien están relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, lo cierto es que, la demandada no logró acreditar la condición que la norma establece, en el sentido que esas labores no las podía realizar el personal de planta sino solo la demandante, y mucho menos que para las mismas, debía contar con conocimientos especializados, contrario a lo anterior, nótese que la acora fue contratada para que ejecutará las mismas funciones en calidad de trabajadora oficial, meses antes de la finalización del vínculo laboral, esto



es, entre el 1 de septiembre de 2015 hasta el 9 de mayo de 2016, por consiguiente, no hay lugar a acceder a las suplicas del recurso debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

Por último, manifiesta el recurrente de la demandada que el numeral tercero de la sentencia debe ser revocado, esto es, mediante el cual se condenó al pago de la indemnización moratoria del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, al mencionar que la demandante se acogió al plan de retiro consensuado como trabajadora oficial, aspecto que se despachará desfavorablemente y se confirmará la imposición de dicha sanción, en tanto que, primero, quedando demostrada la prestación personal del servicio por la trabajadora, la demandada no logró desvirtuar la subordinación al no entregar razones que dieran cuenta que la actora en la ejecución de los contratos actuó con autonomía e independencia, y segundo, como consecuencia de lo anterior, la convocada tampoco logra demostrar que haya sufragado las acreencias laborales objeto de condena en este proceso a la demandante, puesto que, recuérdese que una circunstancia que da paso a la imposición de la sanción moratoria, también deviene de la conducta injustificada ante la renuencia en el pago de lo debido al término de la relación de trabajo, la cual posiciona al empleador en el terreno de la mala fe.

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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. en calidad de ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE LIQUIDADADA a reconocer y pagar a favor de la demandante LADY JOHANNA BELTRAN CARRILLO, los conceptos laborales de **VACACIONES** e **INTERESES A LAS CESANTIAS**, de manera **INDEXADA** al momento de su pago, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada




MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Bogotá

SALA LABORAL

PROCESO 16-2018-226-01

ASUNTO : APELACION AUTO

DEMANDANTE: AURA LIGIA MORALES SANCHEZ

**DEMANDADO: ACERTAR POLIGRAFO VSA SAS,
PRESENCIA LABORAL SAS, ASESORES EN
SELECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL
ASAP SAS Y HUMANOS INTERNACIONAL EU**

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGATOS

Una vez corrido el traslado de ley, el apoderado de la parte actora presentó alegaciones de instancia

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido por EL Juez 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día primero (1) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud resolvió: PRIMERO: DIFERIR la excepción de prescripción alegada por

HUMANOS INTERNACIONAL SAS como excepción de fondo en la sentencia. SEGUNDO: DECLARAR no probada a excepción previa de Falta de Integración del Litisconsorcio Necesario, alegada por PRESENCIA LABORAL SAS.....”

HECHOS

La señora AURA LIGIA MORALES SANCHEZ, actuando a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de ACERTAR POLIGRAFO VSA SAS Y OTRAS, para que se declare la existencia de una relación laboral con esta empresa desde el día 26 de enero de 2011, declarando solidariamente responsables a las empresas de servicios temporales PRESENCIA LABORAL SAS, ASESORES EN SELECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL ASAP SAS Y HUMANOS INTERNACIONAL EU, de todas las pretensiones de la demanda. En consecuencia solicita el pago salarios, prestaciones, vacaciones, aportes y saciones moratorias. (Ver Expediente Digital).

Las demandadas HUMANOS INTERNACIONAL SAS y PRESENCIA LABORAL SAS propusieron las excepciones de prescripción y falta de integración del litisconsorcio necesario. Para resolverlas el Juez señaló: “.. *en el régimen del procedimiento del trabajo, código procesal del trabajo y de la seguridad social, se debe alegar la excepción de prescripción como excepción previa pero con una condición, la norma nos dice que puede alegarse como previa esa excepción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión. Bien, en ese caso hay que decir claramente que no se dan esos requisitos para que esa excepción sea decidida como previa, la excepción deberá ser decidida como excepción de fondo, esto por cuanto es el argumento de defensa de esta demandada que efectivamente es su punto de vista en derecho que si efectivamente llegara a predicarse una responsabilidad suya, esto únicamente sería por el tiempo en que laboró la demandante para esta empresa, que fue de noviembre de 2012 a noviembre de 2013, y que por lo tanto estaría prescrita la acción en un todo respecto a esta entidad. Pero repito, esos son los argumentos de defensa de esta demandada, pero si observamos las pretensiones de demanda sobre todo esa no es la pretensión, la pretensión es mucho mas amplia, es decir, lo que se pide es la condena en solidaridad a todas las demandadas aparte de acertar polígrafo s.a., es decir, aquí lo que se está solicitando es que existe aun, que existe un contrato de trabajo de la demandante con acertar polígrafo s.a. desde el año 2010, desde enero de 2010 y que todas son solidariamente responsables de todas esas obligaciones que se han desarrollado desde 2010, desde enero de 2010 hasta la actualidad, referentes a salarios y prestaciones sociales. Entonces la pretensión es es amplia, es global y está fundamentada también en razones de derecho que expone referidas a que presuntamente relata, hay una utilización indebida de la*

figura de la contratación a través de empresas de servicios temporales y por eso refiere que existe condena solidaria, debe darse una condena solidaria respecto de las empresas de servicios temporales que están siendo demandadas. Por todo, es decir, por todas las prestaciones que incluso manifiesta siguen vigentes porque no acepta que el contrato haya terminado, sino que el contrato está vigente. **Desde ese punto de vista es claro que si existe en este caso discusión en el proceso sobre la fecha de exigibilidad de las pretensiones o de su suspensión respecto de humanos internacional s.a.s. precisamente esa es la discusión que pone de presente humanos internacional cuando dice que si llegara a existir alguna responsabilidad esta solo se concreta por el tiempo de un año en el que prestó sus servicios a esta empresa.** Contrario a lo que pretende la señora demandante, entonces hay clara discusión sobre los presuntos extremos de exigibilidad de la obligación en este caso, de la pretensión o de su interrupción o suspensión. **Por eso, el juzgado decidirá diferir la decisión de la excepción previa de prescripción para decidirla como excepción de fondo.**

Ahora bien, en lo que hace referencia a la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario que es alegada por PRESENCIA LABORAL SAS., hay que recordar conforme al artículo 61 del código procesal del trabajo y de la seguridad social que este instituto del litisconsorcio necesario se predica cuando el proceso versa sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, en ese caso, pues la demanda debe formularse por todas o dirigirse contra todas, sino se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten por integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado, esa citación el juez la puede disponer de oficio o a petición de parte mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia y pues constituye también precisamente una excepción previa para que se sanee la litis en caso dado y se integre el litisconsorcio con quienes han debido de ser demandados en el proceso o han debido ser demandantes. Bien, revisada la argumentación de presencia laboral s.a.s. y también la demanda en lo que tiene que ver con las pretensiones y los hechos de la misma y las partes que fueron demandadas en este asunto, **debe decir el juzgado claramente que no encuentra que esté demostrada esa excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario, en este caso téngase en cuenta lo siguiente: las pretensiones de la demanda son muy claras y precisas respecto de cuales el vínculo laboral que aquí se está debatiendo y no es otro que el que inicio presuntamente el 26 de enero de 2010 con acertar polígrafo dfa y que en criterio de la parte actora continua vigente ese vínculo, y respecto al cual dice, las demás demandadas son solidariamente responsables de las obligaciones que reclama por salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones por ese contrato de trabajo. De manera que, pese a que en algunos hechos de la demanda, los hechos iniciales de la demanda hace referencia a otra relación laboral que existió desde el 2003 hasta el 2009 donde menciona que prestó sus servicios personales al señor bernardo ferro como persona natural, lo cierto es que no hay intención alguna de la parte actora por lo que concierne a esa relación de trabajo de la que habla que existió y eso pues es lo mismo que ha ratificado en el traslado que se le hizo de la excepción.**

Es decir, en la demanda no hay una prohibición o una exigencia de que la parte relate unos u otros hechos, desde luego que en la hora y momento que corresponde a la fijación del litigio y que va a marcar el derrotero hacia la sentencia, hay que establecer con claridad ese litigio en que se centra, en que concierne el mismo, pese a que, como se ha dicho, la parte demandante pueda manifestar hechos que resulten irrelevantes frente a esa fijación del litigio, no es potestad del juzgador decirle cuales hechos incluya y cuales no, de todas formas no solo los hechos sino las pretensiones son las que demarcan el litigio en el asunto, en el proceso y en ese sentido pues para el juzgado es claro que la relación trabajo que se está ventilando es la que en decirlo, en sentir de la parte actora que es lo que pretende demostrar, empezó el 26 de enero de 2010 con una persona jurídica que es acertar polígrafo bsa s.a.s., está vigente y respecto de tal contrato se adeudan las prestaciones e indemnizaciones que está reclamando y de las cuales en virtud de lo que alega de la indebida contratación a través de empresas de servicios temporales, manifiesta que todas estas empresas, 3 que son demandadas de esta calidad, empresas de servicios temporales son solidariamente responsables. **Entonces, no se acomoda la figura del litisconsorcio necesario este llamado que hace presencia laboral a que se incluya como demandado al señor bernardo ferro, podría en esto hay razones decir que podría constituir un litisconsorte facultativo pero no un litisconsorte necesario, es decir, no se requiere la comparecencia del señor mencionado en la litis para poder resolver de fondo el asunto y el litigio planteado, es posible, contrario a ello, es posible decidir de mérito porque están en la contienda y están compareciendo efectivamente quienes son sujetos o fueron sujetos de la relación de trabajo que se está reclamando en este asunto.** Entonces, la argumentación de presencia laboral en sentido que pudiera alguna relación, que pudiera existir responsabilidad, pues es un caso que no se contrae y no se ajusta a las exigencias de la figura del litisconsorcio necesario propiamente. Por esas razones, pues no está llamada a prosperar esa excepción previa y hay que destacar que entonces así se declarará y teniendo en cuenta que, como lo manda el código general del proceso, se causaron costas de la excepción porque fue contestada, fue argumentada la oposición a la excepción y por eso se condenará en costas de la excepción previa a presencia laboral s.a.s., con agencias de \$250.000 moneda corriente. Por lo expuesto, el juzgado resuelve:

- 1. Diferir la decisión de la excepción de prescripción alegada por humanos internacional s.a.s., como excepción de fondo en la sentencia;**
- 2. Declarar no probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario alegada por presencia laboral s.a.s., se le condena en costas de la excepción previa y en favor de la parte actora, en su momento practíquese la liquidación, incluyendo el monto de \$250.000 moneda corriente, como valor de las agencias en derecho.**

Inconforme con esta decisión se propuso recurso de apelación así:"..

Efectivamente, como bien lo analiza el despacho, se encuentra que los hechos iniciales en los cuales se fundamentaría una vinculación directa del señor bernardo ferro mediante un contrato de trabajo con la demandante, en hechos posteriores la misma demandante acepta que su jornada de trabajo estaba repartida en asignaciones entre la empresa usuaria y otro tipo de asignaciones, como bien lo señala por ejemplo el hecho 26, donde señala

claramente donde dice la relación laboral con el señor bernardo ferro nunca terminó legalmente, efectivamente aquí el hilo conductor del proceso, si bien la demandante y su apoderada presenta frente a unas excepciones dirigidas a las partes demandantes, los hechos de la demanda y como se probara a lo largo del proceso, también indicarán que quien debe estar en el proceso es el señor bernardo ferro como persona natural, no hacerlo ahora será llegar a la sentencia, señor juez, con un grave yerro procesal, cuando se determine como habrá de determinarse, esa responsabilidad a título personal, específicamente los fundamentos, los hechos que sustenta la parte demandante en la situaciones que están plenamente demostradas con las documentales que ya obran en el expediente y efectivamente no es mas que un llamado a generar una vinculación de una persona que podrá llegarse a ver afectada en su sentencia y que si no se integra ahora pues no será el momento oportuno en la sentencia. Los fundamentos claramente son los presentados por el despacho, los mismos pliegos de procedimiento, la integración necesaria respecto a todas las personas que por su naturaleza deben estar vinculadas para poder resolver de mérito en la sentencia, le agradeceríamos sea revisada mediante el recurso presentado la decisión del juzgado con base en estos lineamientos, señor juez....”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS la Sala resolverá el recurso que específicamente cuestiona lo decidido en cuanto a la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario.

Lo primero que advierte la Sala es que en el presente proceso se solicita efectivamente la declaración de un contrato de trabajo que la parte actora asegura existe desde el 26 de enero de 2011, **únicamente** con ACERTAR POLIGRAFO V.S.A. SAS, de las demás demandadas solo reclama responsabilidad solidaria.

Al respecto entonces lo primero que debe analizar el Juez cuando decide la excepción propuesta es justamente la norma procesal que la consagra lo que efectvamente y en forma acertada, desde ya lo advierte la Sala, hizo el Juez de primera instancia.

En efecto, el artículo 61 del CGP nos enseña acerca del litisconsorcio necesario y básicamente indica que este procede cuando “... **El proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no fuere posible**

resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos acto.”

Se ha dicho que el *litisconsorcio necesario* es un fenómeno procesal que se presenta cuando, por la naturaleza de la relación jurídica debatida, no es posible adelantar o concluir en el fondo el debate si no se encuentran presentes todas las personas que conforman esa relación sustancial.

Esa comparecencia y presencia de los litisconsortes necesarios dentro del debate procesal, se explica **por razón de la unidad inescindible de todas ellas con la relación de derecho sustancial que se debate, de suerte que no es posible llegar a una sentencia de mérito, sin la intervención de todas y cada una de ellas, y es por ello que la citación e intervención del litisconsorte necesario es obligatoria y así la debe disponer el juez en el auto admisorio de la demanda, de oficio, o bien por petición de una de las partes.**

En el presente caso salta a la vista que no se trata de un litisconsorcio necesario pues el debate se centra en determinar la existencia de un contrato de trabajo con la demandada, de la cual se solicitan las condenas, sin que sea imposible resolver sin la presencia de la persona natural, que señalan los recurrentes, esto es el señor BERNANDO FERRO, con quien aseguran se debe integrar el contradictorio, sencillamente porque la parte actora afirma que su vínculo es con la demanda, ACERTAR POLIGRAFO y eso será lo que se discutirá en juicio, sin que se tenga que llamar a todas las personas naturales o jurídicas que en su defensa las demandadas, aseguren eran los verdaderos empleadores, pues esto no se adecua en lo más mínimo a la figura que la ley describe como litisconsorcio necesario. Admitirlo sería tanto como intervenir en la decisión de la parte actora en cuanto a las personas en contra de las cuales dirige su acción; sin que sobre agregar que la mención que se haga en la demanda de personas, implica que de ellas se solicite algo, luego carece de fundamento pretender vincularlas y menos mediante esta figura.

Se itera, La referencia de la demanda, no hace que sea obligatoria la presencia de esos terceros y así es, sencillamente porque no es ese el deseo de la parte actora y nada impide al Juez resolver sin ellas.

Se concluye facilmente, entonces, que no se dan los requisitos de la norma para que proceda el litisconsorcio, pues podrá el Juez resolver sin la presencia de esa persona natural, del cual no se solicita nada en la demanda.

No sobra agregar que, la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a **la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones**, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio requiere únicamente de la demostración de la relación sustancial **más no la definición de algún tipo de derecho, obligaciones o responsabilidades como se pretende en el recurso, relativas a quien es o no el verdadero empleador, pues tal declaración la parte actora solo la solicita de la demandada.**

Se resalta y reitera que la demanda estuvo dirigida de manera exclusiva contra de ACERTAR POLIGRAFO VSA SAS , y **que dependiendo de lo probado en el proceso responderá o no por las pretensiones y las demás de forma solidaria si es que se encuentra esta responsabilidad y es por ello que no existe la necesidad de llamar a integrar litisconsorcio necesario.**

Poe estas razones se CONFIRMA la decisión de primera instancia.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado por lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS A CARGO DE LA PARTE QUE RECORRE

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

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal vigente, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE



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

PROCESO ORDINARIO No. 15-2019-0036-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA MERY ROA RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

En Grado Jurisdiccional de Consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 25 de agosto de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte Colpensiones presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta.

ANTECEDENTES

La señora María Mery Roa Ramírez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada por medio de la AFP Protección S.A., y en consecuencia, solicita se condene Al Fondo a aceptar la nulidad y retornar a la demandante al Régimen de Prima Media, junto con el envío del valor de los saldos o aportes pensionales que hayan en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los gastos administrativos descontado de los aportes; y a Colpensiones para que acepte el traslado; que se condene a la AFP Protección S.A. al pago de cincuenta salarios mínimos conforme el artículo 13 literal b, y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, prestó sus servicios como empleada de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, que inicialmente se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que luego se afilió con la AFP Protección S.A., que los asesores de ese fondo no tenían conocimientos es temas de seguridad social, que la indujeron de



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2019 – 0036 – 01 DTE: MARÍA MERY ROA RAMIREZ DDO:
COLPENSIONES Y OTRO**

manera equivocada a realizar el traslado, y que desde ese momento ha intentado el regreso al Régimen de Prima Media, que no existe manifestación escrita de parte de la demandante en la que plasme su voluntad de traslado, que no le informaron sobre riesgos de trasladarse al RAIS, ni de manera completa, veraz y objetivamente verificable, que no se hizo simulación o comparación del valor de la mesada entre los dos regímenes, que no fue una decisión informada, que el ISS no le advirtió sobre la decisión del traslado al RAIS, que el traslado no fue de manera libre, espontanea y sin presiones; que con lo anterior, se ha lesionado el derecho de la actora a la libre escogencia, su consentimiento y libre determinación, el derecho a la dignidad humana y su mínimo vital; que ante el fondo privado se presentó solicitud de traslado con fecha 27 de abril de 2018, sobre la cual la entidad guardó silencio; y que elevó reclamación ante Colpensiones el 19 de abril de 2018, siendo negada la petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2, 16, 26, 34 y 35 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

Por su parte, Protección S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 26, 27 y 33, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó validez de la afiliación a Santander hoy Protección



S.A.; buena fe; inexistencia del vicio en el consentimiento por error de derecho y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARÍA MERY ROA RAMIREZ del régimen prima media al régimen de ahorro individual, el día 06 de abril del año 2001 a través de la Administradora de Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. Y como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a Protección S.A. a trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual al régimen de Prima Media a través de la administradora Colpensiones. A esta que reactive la afiliación de la demandante y acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de Prima Media dichos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la declaratoria de ineficacia y conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor o en contra de ninguna de las partes, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, remítase al Superior para que la revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta con respecto a Colpensiones.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

Sin recursos

(...)



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en el presente asunto se agotó la reclamación administrativa frente a la demandada Colpensiones, que la demandante se afilió al ISS desde el 2 de junio de 1980 cuando laboraba para el Almacén Tía, y que permaneció allí hasta el mes de agosto de 2009 al cotizar un total de 330,14 semanas; que conforme el folio 110 el día 6 de abril del año 2001 y con vigencia a partir de junio de 2001 se trasladó a pensiones y cesantías Santander, que ante la supresión de este ahora es Protección S.A. al cual se encuentra actualmente afiliada. Que conforme el artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, que por disposición expresa de la ley la Corte Suprema de Justicia se debe hablar es de una ineficacia, y ha desarrollado una línea jurisprudencial como en sentencias 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2014, SL12136 del 2014, SL 4964 del 2018 y SL361 del 2019, oportunidades que se refirió al consentimiento informado y la carga de la prueba.

Que conforme con la sentencia SL1421 de 2019, en el presente caso Protección S.A., sobre el deber de información al momento del traslado de la demandante no se acreditó que se le haya brindado la misma, y que lo único que obra en el proceso es el formulario de afiliación, el cual no es suficiente para demostrar que se cumplió ese deber; que de acuerdo con la libre valoración probatoria, la actora en su interrogatorio lo único que refiere es que se le informó la presunta situación de insolvencia del ISS, y por ello, se declarará la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual.

Que conforme lo manifestado por el apoderado de la parte actora sobre el reconocimiento de una indemnización de 50 smlmv, no accederá al mismo, ya



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2019 – 0036 – 01 DTE: MARÍA MERY ROA RAMIREZ DDO:
COLPENSIONES Y OTRO**

que esa parte no está legitimada por activa para tal pedimento, puesto que tales multas son propias del Ministerio del Trabajo con destino al Fondo de Solidaridad, y que tampoco se encuentran probados perjuicios por parte de la demandante. Consideró que no hay lugar a imponer costas a cargo de las demandadas.

Que frente a la prescripción desde frente a las pretensiones declarativas no opera la prescripción solo frente a las de condena, y en el caso de la ineficacia del traslado no opera, además que están relacionadas las pretensiones con el derecho pensional de la demandante de acuerdo con el artículo 48 del CP; frente al vicio en el consentimiento la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cambio el criterio sobre las nulidades derivadas de un error de hecho al decir que la persona desconocía las consecuencias de su acto, las cuales no era informadas por los fondos de pensiones en su momento y que se ordenará trasladar tanto los aportes como los rendimientos financieros.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora María Mery Roa Ramírez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Santander hoy Protección S.A., el día 06 de abril de 2001, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 110 del plenario.

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 tal como lo consideró el juez de instancia, 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 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 **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 de 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 observa que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Roa Ramírez, 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 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP Protección S.A. en su momento Santander, faltó al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:



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

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

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

Es así como, 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 AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte de la demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó



la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió en el momento del traslado de régimen pensional, 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, dicho sea de paso, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta 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



**Proceso Ordinario Laboral 15 – 2019 – 0036 – 01 DTE: MARÍA MERY ROA RAMIREZ DDO:
COLPENSIONES Y OTRO**

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 que 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 caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, 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.

Conforme lo anterior, y en alcance al Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se dispondrá, adicionar el numeral PRIMERO de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a



Colpensiones, decisión que encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

Por otro lado, 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 2001**, 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.

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

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



Mo - 10 - 11

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Lorenzo - R

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No.13-2016-0013-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR

DEMANDADOS: INVERSIONES ALDEMAR S.A.

LLAMADOS EN GARANTÍA: SALUD TOTAL EPS; AFP
COLFONDOS S.A. y COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de noviembre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada Inversiones Aldemar S.A. y la llamada en garantía AFP Colfondos S.A., presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.

ANTECEDENTES

El señor Oliverio Alvira Tovar por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada entre el día 3 de julio de 1996 al 13 de abril de 2015, que el despido lo fue sin justa causa; como consecuencia, solicita se condena a la demandada al pago de los conceptos de cesantías por todo el tiempo de la relación laboral, intereses a las cesantías entre el año 2011 al 2015, incluyendo la sanción de la Ley 52 de 1975, vacaciones primas de servicios entre el 2011 al 2015, sanción por la no consignación a un fondo de las cesantías a partir del 15 de febrero de 2012, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, así mismo, por despido sin justa causa, daños y perjuicios causados por accidente de trabajo y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a laborar al servicio de la sociedad demandada a partir del 3 de julio de 1996 en el cargo de operario



laminador de fibra de vidrio, con un salario correspondiente al mínimo legal mensual vigente más subsidio de transporte; que para el año 1998 sufrió accidente de trabajo que lo incapacitó; que el horario de trabajo era de lunes a viernes de 8 de la mañana a 5 y 30 de la tarde, y sábados de 7 a 1 de la tarde; que el contrato inicial fue suscrito a término fijo de un año; que se encontraba afiliado a la EPS SALUD TOTAL, a la ARL SEGUROS BOLIVAR, a Colpensiones y por cesantías al Fondo Nacional del Ahorro; que para el año 2010 la empresa le hizo un préstamo para pagar cuotas atrasadas de su vivienda; que ha estado incapacitado desde el 13 de agosto de 2005; que fue declarada incapacidad permanente desde el 12 de junio de 2006 por la EPS Humana vivir hoy SALUD TOTAL EPS; que la empresa le pagó el salario hasta el año 2011 y que así mismo le informaron que esperaría el resultado del proceso que para ese momento se tramitaba en el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá; que con posterioridad al mes de noviembre ni la EPS ni el Fondo de Pensiones otorgaron más incapacidades, pero que continuó yendo a la EPS para tratamiento; que fue incapacitado entre el 14 de julio al 12 de agosto de 2014, las que presentó a la empresa pero que no se las reconocieron; que la empresa requirió por correo al demandante con fechas 25 y 30 de marzo de 2015 para que rindiera descargos por la ausencias laborales desde el 14 de marzo de 2010, que al presentarse en las instalaciones de la empresa le dijeron que le habían terminado el contrato de trabajo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 4, 6, 8, 9, 13, 16, 18, y 23 y no aceptó los demás. Como



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

excepción previa propuso la de cosa juzgada y prescripción (salario, vacaciones, primas de servicios, cesantías, mesadas pensionales), y de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas y falta de título o causa para reclamarlas y cobro de lo no debido.

Por su parte, la llamada en garantía SALUD TOTAL EPS contestó el requerimiento con oposición a las pretensiones y aceptó los hechos relacionados con la afiliación del actor el 28 de julio de 2013, y no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó hecho superado respecto de las incapacidades solicitadas, buena fe de la demandada y cobro de lo no debido.

La llamada en garantía AFP COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto los hechos de la demanda principal y del llamamiento no aceptó ninguno de aquellos. Como excepción previa formuló cosa juzgada y de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y pago y prescripción.

Por último, la Compañía de SEGUROS BOLIVAR S.A. contestó la demanda y el llamamiento con manifestando que ni se opone y se allana; en cuanto los hechos, no aceptó ninguno de ellos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva de Seguros Bolívar S.A. como administradora de riesgos laborales, en relación con todas las pretensiones de tipo laboral y pago total respecto de la única obligación a cargo de la ARL SEGUROS BOLIVAR.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **OLIVERIO ALVIRA TOVAR** y la sociedad **INVERSIONES ALDEMAR S.A.** existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2011, el cual se prorrogó automáticamente y finalizó el 13 de abril de 2015.

SEGUNDO: DECLARAR salario devengado por el trabajador el mínimo legal mensual vigente más el auxilio de transporte, durante la relación laboral.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones se dispone a **CONDENAR** a la sociedad **INVERSIONES ALDEMAR S.A.**, a pagar al demandante:

- \$2.337.827,92 por concepto de cesantías desde el 1° de octubre de 2011 hasta el 13 de abril de 2015.
- \$171.565,96 por concepto de intereses a las cesantías desde el 18 de diciembre de 2012 hasta 13 de abril de 2015.
- \$1.576.440,42 por concepto de primas de servicios desde el 18 de diciembre de 2012 hasta el 13 de abril de 2015.
- \$1.212.602,85 por concepto de vacaciones desde el 1° de octubre de 2011 hasta el 13 de abril de 2015.
- \$16.311.380 por concepto de sanción por no consignar cesantías desde el 18 de diciembre de 2012 hasta el 13 de abril de 2015
- La indemnización de que trata el artículo 65 del CST en un día de salario por cada día de mora desde el 14 de abril de 2015 y hasta que se acredite su pago

CUARTO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, falta de título o causa y cobro de lo no debido, frente a la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización por accidente de trabajo y la indexación de las condenas.



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

QUINTO: ABSOLVER a la demandada del pago de indemnización por despido sin justa causa, de la indemnización por accidente de trabajo y de la indexación de las condenas, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR probadas las de mérito propuestas por las llamadas en garantía.

SEPTIMO: ABSOLVER a las llamadas en garantía SALUD TOTAL EPS, Colfondos S.A., y a la Compañía de Seguros Bolívar de las pretensiones invocadas en su contra.

OCTAVO: CONDENAR en costas a INVERSIONES ALDEMAR S.A. a favor de la parte actora. Inclúyase como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV.

Notificación en estrados

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que conforme al problema jurídico planteado conforme las pretensiones de la demanda; frente al contrato de trabajo aclara que no está en discusión la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, ya que incluso la sociedad demandada aportó copias de contrato a término fijo que prueban la existencia de la relación laboral; que el último contrato data del 1 de octubre de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2011 folios 143 a 144; que el actor reclama prestaciones sociales hasta el 13 de abril de 2015 fecha en el que se dio por terminado el contrato de trabajo por la empresa conforme la carta de terminación del contrato folio 194, y la parte demandada aduce que las prestaciones no se causaron ya que el servicio no fue prestado por el trabajador, estas son las posiciones principales de las partes. En cuanto a la renovación del contrato a término fijo conforme el artículo 46 del CST y sentencia SL2084 de 2019; que en el caso el contrato de trabajo fue prorrogado automáticamente debido a que no existe prueba alguna del preaviso; que a folios 146 obra liquidación de contrato cuya fecha inició el 1 de octubre de 2011 y hasta la fecha final 30 de septiembre de 2012; que a folios 147 y siguientes obran certificaciones de la empresa hasta el año 2015 tal como fue aceptado en el interrogatorio de parte al representante legal de la demandada, como en la contestación de la demanda, que a folio 167 obra carta del dte en la que comunica a la empresa su estado de salud el 24 de mayo de 2012, folio 170 petición donde el apoderado de la demandada solicita el pago de incapacidades para junio de 2012, folio 182 la empresa requiere al trabajador por las incapacidades expedidas desde el 14 de marzo de 2010 y a folio 183 se presenta la respuesta emanada por parte del



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

trabajador; citación a descargos del 25 de marzo de 2015, las actas del 31 de marzo y del 7 de abril de igual año, que la carta de terminación del contrato data del 13 de abril de 2015, lo que quiere decir que es innegable al continuidad de la relación laboral por lo menos hasta el 13 de abril de 2015 cuando devino la terminación del vínculo pese a que se había indicado que sería hasta septiembre de 2010, no hay carta de terminación anterior a la del 13 de abril de 2015, por lo que se entiende que el contrato a término fijo se prorrogó automáticamente.

Que se continuaron haciendo aportes por el trabajador y las reclamaciones por las prestaciones a las que tenía derecho el trabajador, e incluso ejerció poder subordinante con el llamado de descargos y despedirlo; que la empresa funda el no pago de las prestaciones sociales en las incapacidades y su ausencia; que las incapacidades no suspenden el contrato de trabajo, artículo 51 del CST, SL 41867 de 2013; que la demandada afirma que el trabajador no prestó el servicio y no acreditó la existencia de incapacidades, que si consideró que no presentaba las incapacidades bien podían haber hecho el proceso que culminó en el año 2015 con la terminación del contrato; que el extremo final el 13 de abril de 2015 conforme a carta de terminación del contrato a folio 194, que conforme la sentencia SL1077 de 2017 no es posible invocar fechas o causas distintas a las estipuladas en la carta de terminación; invoca el artículo 62 del CST; que si bien el dte en el interrogatorio de parte manifestó que prestó los servicios hasta 15 de marzo de 2010, lo cierto es que el empleador no terminó el contrato en esa fecha sino que lo terminó como ya se ha dicho en abril de 2015; que a folio 194 obra carta de terminación del contrato del 13 de abril de 2015, motivando que desde el 15 de marzo de 2010 se ha ausentado del puesto de trabajo; pero que en el interrogatorio de parte el representante contradictoriamente insiste en otra fecha, siendo que el mismo suscribió la carta de terminación, sin que por todo ese tiempo exigiera que justificara las incapacidades; por lo que no hay lugar para que no se pagaran los emolumentos del contrato durante la vigencia del mismo, ya que este no estaba suspendido y el empleador permitió que este se ausentara sin haber terminado el contrato; que en el interrogatorio de parte el representante legal aceptó que no se habían pagado acreencias laborales posterior al 2011 al alegar que no prestó el servicio; que se encuentra probado el pago de prestaciones hasta el 30 de septiembre de 2012, que en el folio 146 contradice lo dicho que el ultimo pago se hizo hasta el 30 de septiembre de 2011, en el que se añade manuscrito que la misma no se había pagado por orden de gerencia; que le asiste razón al dte en la falta de pago de las prestaciones desde el 2011 hasta el 13 de abril de 2015 teniendo en cuenta la prescripción; que frente al reconocimiento de las indemnizaciones por la no consignación de las cesantías y moratoria concluye que el empleador obró de mala fe al omitir el pago de las prestaciones al considerar que el trabajador no prestó sus servicios, pero aún así el empleador no terminó el contrato antes.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, la carga de la prueba del empleador para demostrar la causa del despido y el trabajador el despido, que en el presente proceso nada se invoca de una estabilidad laboral reforzada, lo que únicamente se dice en los alegatos de conclusión, que se encuentra probado el despido con la carta de terminación a folio 194, que probado el despido por el trabajador corresponde al empleador probar la justeza del mismo, que el trabajador se encontraba obligado a prestar sus servicios conforme el contrato de trabajo y el artículo 58 del CST, siempre y cuando no contara con una incapacidad temporal que lo relevara de esa obligación o con un estado de invalidez, que el trabajador poseía una incapacidad permanente parcial no estaba invalido, por lo que tenía a su cargo acreditar la existencia de incapacidades temporales para excusarse de sus



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

obligaciones contractuales, pero el folio 183 el trabajador informa que no cuenta con incapacidades temporales, es decir, se ausentó injustificadamente del puesto de trabajo lo que constituye una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; que diferente es que el empleador permita que el trabajador no comparezca a la empresa sin que diera terminado el contrato, a que pudiéndolo terminar en cualquier tiempo no lo haga, ya que la incapacidad permanente parcial no es óbice para que el demandante no acudiera a su puesto de trabajo así existiera un proceso laboral al respecto, que no tenía una circunstancia de invalidez que tampoco se probó alguna restricción por parte de la ARL para que asistiera a laborar. Por lo que se encuentra probado que el despido lo fue sin justa causa. Sin que resulte aplicable el requisito de inmediatez SL3108 de 2019, que, si bien ausencia del trabajador data de marzo de 2010, la ausencia persistía y se prolongaba a través del tiempo reiterándose la falta. Que por lo anterior desde diciembre de 2014 se le requirieron las incapacidades al trabajador y se citó a descargos para marzo de 2015, sin que se acredite que era el empleador el que no le permitía el ingreso a laborar, el representante legal no confesó eso.

Frente a la indemnización por accidente de trabajo, el mismo no se probó, como tampoco se evidencia culpa del empleador que diera paso a la reparación plena de perjuicios. Que sobre la indemnización por incapacidad permanente parcial conforme la ley 776 de 2002, fue pagada como lo confesó el mismo demandante por Seguros Bolívar S.A., y folio 409 a 419, por lo que no es procedente tal reconocimiento por haberse pagado por la ARL.

Frente a los llamamientos en garantía manifestó que no hay responsabilidad alguna que recaiga sobre las llamadas en garantía por lo que será absueltas en el proceso.

Frente a la excepción de prescripción, la que fue interrumpida con la presentación de la demanda el 18 de diciembre de 2015, fecha que se tendrá en cuenta, que los intereses a las cesantías y la prima de servicios se deben pagar a partir del 18 de diciembre de 2012; que para el caso de las cesantías son exigibles desde la terminación del contrato SL187 de 2020, por lo que las mismas deben pagarse desde el 1 de octubre de 2011 hasta el 13 de abril de 2015; para las vacaciones no se afectan por la prescripción desde el 1 de octubre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2012 eran exigibles a partir del 30 de septiembre de 2013.

Que la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la misma va desde el 18 de diciembre de 2012 y hasta el 13 de abril de 2015 fecha de terminación del contrato y desde el 14 de abril de 2015 correrá hasta que se paguen las acreencias laborales la del artículo 65 del CST.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito interponer recurso de apelación en el sentido que decidió absolver a la demandada en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, porque si bien la empresa dio por terminado el contrato de trabajo, lo cierto es que hay continuidad desde la iniciación del contrato que fue 3 de julio de 1996 al 2015, considero que no hay justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, no era culpa del trabajador que la omisión del empleador de dar por terminado el contrato desde



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

antes, y pues ellos aceptaron esa omisión, sin embargo el trabajador como lo dijo él mismo en el interrogatorio él se presentaba a la empresa pero no le permitían, trabajar hasta que no resolviera su problema de salud.

Solicita al Tribunal establecer la responsabilidad que hay en la empresa al considerar que existe despido sin justa causa y tendría derecho a que se condene a la empresa de la misma por todo el tiempo laborado porque desde el 96 no hubo interrupción del contrato a pesar de que la empresa presenta 4 contratos, la verdad es que nunca se interrumpió y por lo tanto la indemnización sería por todo el tiempo de servicio, muchas gracias.

PARTE DEMANDADA

“Me permito interponer recurso de apelación en el sentido de manifestar que no comparto ninguno de los puntos del fallo en el entendido que no se tuvo en cuenta la buena fe de la empresa, que hubo un mal procedimiento por parte de talento humano como se pudo probar, que no se tuvo en cuenta la prescripción en su totalidad; que la parte demandante no aportó incapacidades por todo el tiempo laborado desde el 2010 y hasta el 2015; que no se configuró un contrato de trabajo, no se tuvieron en cuenta los tres elementos ordinarios de existencia del contrato de trabajo; que se está dando prioridad al derecho subjetivo sobre el derecho sustantivo, esto es, la realidad de los hechos, frente a los cuales el trabajador no continuó laborando en la compañía desde el 10 de marzo de 2010, hasta donde dice la juez que en el 2015 se desvinculó cuando realmente la parte demandante no logró demostrar la existencia del contrato, al incumplirse con los requisitos de prestación del servicio y subordinación, en ese orden de ideas presentó mi recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de apelación que obedecen, por la parte actora, la inconformidad por absolver sobre la pretensión por despido sin justa causa; y por parte de la demandada sobre la existencia del contrato de trabajo hasta el año 2015, que no hubo mala fe y sobre la prescripción de la que afirma la recurrente debe ser total.

En primer lugar, sobre la indemnización por despido sin justa causa, refiere la apoderada que a la misma debe accederse teniendo en cuenta



que la relación de trabajo inició desde el 03 de octubre de 1996, pese a que no dirigió el recurso de apelación respecto del numeral primero de la sentencia que hace relación a la declaración de la existencia del contrato de trabajo, y que el juzgado tuvo como tal desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2011 a término fijo considerando que se prorrogó hasta el 13 de abril de 2015.

Sobre la indemnización por despido sin justa solicitada en la demanda y ahora en el recurso, a folio 194 obra comunicación del 13 de abril de 2015 suscrita por el representante legal de la demandada Inversiones Aldemar S.A., y dirigida al demandante, por medio de la cual le informa la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, fundamentado en el numeral 4° del artículo 60 del CST sobre las prohibiciones a los trabajadores, en el sentido de *faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, excepto en los casos de huelga, en los cuales debe abandonar el lugar de trabajo*; así mismo, en el numeral 6 del artículo 62 del CST, esto es, *cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*”

Motivo la decisión el empleador en los siguientes términos:

(...)

*“... por intermedio del presente escrito le comunico a usted que tomé la decisión de dar por terminado el contrato laboral por justa causa y a partir del día **13 de abril del año en curso**, toda vez que desde el día **15 de marzo de 2010**, usted se ausentó en forma definitiva de la compañía abandonando el cargo de operador de fibra, desconociendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron esa determinación”.*

(...)



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

Conforme lo antes expuesto, aunque no fue objeto de discusión las circunstancias que llevaron al empleador a tolerar la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo por todo el tiempo que describe en la citada comunicación, lo cierto es que, la prohibición conforme el numeral 4° del artículo 60 del CST, de faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del empleador, en el presente caso quedó claramente configurada, independientemente del tiempo de ausencia, comoquiera que el demandante no logró desvirtuar esa causal, y contrario a ello, lo que se prueba es que evidentemente el actor no concurrió a laborar desde el día 15 de marzo de 2010.

Lo anterior, se logra corroborar con el contenido del folio 183 del plenario, documento que no fue desvirtuado ni tachado de falso por el demandante, por medio del cual el señor Alvira Tovar dio respuesta a la solicitud de fecha 16 de diciembre de 2014 que le hiciera la sociedad demandada (fl.182), para que informara si para ese momento se encontraba incapacitado, o las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le habían impedido regresar a su puesto de trabajo desde el día 15 de marzo de 2010, y, para que enviara a la empresa las copias de las incapacidades laborales permanentes expedidas desde el día 14 de marzo de 2010 y hasta la fecha de la solicitud expedidas por CITI COLFONDOS Pensiones y Cesantías.

En efecto, el trabajador manifestó para el momento de la respuesta, esto es, 22 de diciembre de 2014, que se encontraba con incapacidad permanente parcial, manifestando lo siguiente:

(...)

“1. Si me encuentro actualmente con incapacidad permanente parcial según concepto de la Junta de Quirúrgica de ortopedia de la EPS Humana Vivir hoy



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

Salud Total de fecha 12 de junio del año 2006 comunicación de la cual ustedes también tiene copia. Y respecto de no regresar al puesto de trabajo según ustedes desde el 15 de marzo del 2010, es por encontrarme incapacitado, tiempo durante el cual había recibido el pago de mis respectivas incapacidades hasta el mes de noviembre de 2011, así que no entiendo por qué la pregunta.

2. Al respecto le informo que no obstante mi condición de incapacitado permanente parcial, no me volvieron a expedir las incapacidades físicas, y la empresa no me las ha pagado desde el mes de diciembre de 2011, razón por las que instauré acción de tutela en fecha 30 de septiembre de 2014 la cual correspondió al juzgado 10 Penal Municipal Con Función de Control de Garantías, pero aun no se me ha resuelto, en razón que, desde octubre 9 del 2014, se encuentran en paro judicial.

(...)

De acuerdo a lo antes citado, la respuesta del trabajador no es satisfactoria al excusarse que se encontraba con incapacidad permanente parcial, de lo que entiende la Sala que el actor confundió la naturaleza y los fines de aquella con la de orden temporal, que evidentemente son distintas, y por tanto, una vez la EPS Humana Vivir no expidió más incapacidades temporales, lo propio era que el demandante regresara a su puesto de trabajo, sin excusarse en una interpretación errónea al confundir, se insiste, la incapacidad permanente parcial con una incapacidad temporal, pero aun así, el empleador permitió su ausencia hasta la terminación del vínculo laboral.

Es así que de manera general puede decirse que, en el caso de la incapacidad permanente parcial, estas pueden ser de origen laboral o común, siendo procedente en el caso de la primera, la indemnización a que haya lugar, previa calificación de la pérdida capacidad laboral y que presente una disminución definitiva, igual o superior al 5% pero inferior al 50%, para desempeñar la labor para la cual ha sido contratado o



capacitado, lo anterior, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 776 de 2002, sin que ello le impida necesariamente retornar a sus labores, sin perjuicio claro está, de las recomendaciones médicas que brinden las entidades del Sistema de Seguridad Social en cada caso, las que por cierto brillan por su ausencia en el proceso, y de todas maneras, no se acredita que el demandante haya informado al empleador de alguna restricción para el ejercicio de su cargo como operario de fibra de vidrio.

Con todo, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de la indemnización por despido sin justa causa, ante la configuración de esta, tal como quedó señalado.

Por otro lado, frente al recurso elevado por la parte demandada, afirma la apoderada que no se probaron los elementos del contrato de trabajo, en específico, la prestación personal del servicio y la subordinación, refiriendo que el trabajador no continuo laborando para la empresa desde el 10 de marzo de 2010, afirmación que se contradice abiertamente con los medios probatorios allegados con la contestación, como por ejemplo, con las liquidaciones del contrato de trabajo, de la que a folio 146 se observa como fecha de ingreso el 1° de octubre de 2010, y a folio 146 el 1 de octubre de 2011.

En tal orden de ideas resulta irrelevante la acreditación de existencia del contrato, siendo que el mismo fue aceptado por la demandada no solo mediante la contestación de la demanda, sino por lo afirmado por el representante legal en interrogatorio de parte oportunidad en la que ratificó el contenido de la decisión escrita de terminación de la relación laboral con el actor a partir del día 13 de abril de 2015, lo cual desdibuja



**Proceso Ordinario Laboral 13 – 2016 – 0013 – 01 DTE: OLIVERIO ALVIRA TOVAR DDO:
INVERSIONES ALDEMAR S.A.**

también el argumento de la recurrente al acudir a un mal procedimiento o error del área de Talento Humano de la empresa, y, por tanto, el recurso en tal sentido no tiene fundamento, en ese aspecto.

Ahora bien, tanto al demandante como a la apoderada de la parte convocada les asiste razón al afirmar que, por parte del primero, no le volvieron a expedir incapacidades médicas, y por parte de la segunda, que la empresa no las volvió a recibir, situación que, como ya se indicó, responde a que no se estaba frente a incapacidades de orden temporal, transitorias, que impiden al trabajador desempeñar sus labores por un tiempo determinado, sino ante una de orden permanente parcial, es decir, que no constituye invalidez pero que si disminuye la capacidad laboral del trabajador permanentemente, y que dicho sea de paso, para el caso del actor, al reconocimiento de la indemnización por incapacidad permanente parcial fue condenada la ARL Seguros Bolívar S.A. a favor del promotor en suma de \$8.547.000, en sentencia proferida el 30 de abril de 2014 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. (fls.409 a 417).

Con todo lo antes referido, contrario a lo manifestado en el recurso interpuesto por la parte demandada, no se observa que la conducta del ex empleador frente a la omisión del pago de acreencias laborales para el momento en que decidió extinguir el vínculo laboral, haya estado revestida de buena fe, y menos ante las protuberantes contradicciones entre el escrito de demanda con las afirmaciones tanto del representante legal de Inversiones Aldemar S.A., como lo manifestado por la apoderada de la convocada, que por cierto no entregó razones y/o argumentos jurídicos para desvirtuar la decisión de instancia.



Por último, en cuanto a la prescripción que indica la recurrente debe ser total, y aunque se insiste, esta inconformidad tampoco está rodeada de elementos que contradigan la decisión parcial de instancia en tal sentido, de todas maneras, debe indicarse que la misma fue interrumpida con la presentación de la demanda el 18 de diciembre de 2015 (fl.37), situación que basta para despachar desfavorablemente el recurso en tal sentido, por lo que el fenómeno prescriptivo operó de manera parcial frente a las condenas impuestas a cargo de la demandada conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, que para el caso de los intereses a las cesantías, la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y primas de servicios lo fue desde el 18 de diciembre de 2012.

Por todo lo antes expuesto, se confirmará la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, 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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 11-2018-499-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ HEYE ALMECIGA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora MARÍA ALEJANDRA ALMANZA, 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 agosto 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 las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A., y la parte demandante quien solicita se confirme el fallo de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora LUZ HEYE ALMECIGA 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. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

y/o ineficacia de la afiliación que realizara el RAIS a través de Porvenir S.A., en el mes de febrero del año 2000, declarando como única afiliación válida la que realizara al RPM a través del ISS hoy Colpensiones, condenando a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes depositados en su CAI y ordenando a esta última a reconocer y pagar a su favor pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, junto con retroactivo, reajustes pensionales e intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. (fl. 4 y 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 12 de mayo de 1959, por lo que a 1 de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, que inició su vida laboral cotizando al ISS desde el 1 de noviembre de 1978, régimen en el que cotizó un total de 570,43 semanas, que para el mes de febrero del año 2000, suscribió formulario de afiliación ante Porvenir S.A., siendo la asesora que promovió dicho traslado, la señora Yolanda Sierra; señala la demandante que en dicho acto de traslado, no recibió asesoría alguna por parte de la AFP en mención, no se le informaron las condiciones, y requisitos para acceder a derecho pensional en dicho régimen, como tampoco sobre la redención de su bono pensional ni respecto de la diferencia en la destinación de cotizaciones de cada uno de los regímenes.

Afirma que por lo anterior, su decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos de su consentimiento para adoptarla, que Porvenir tampoco le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM dentro del año siguiente de su afiliación al RAIS y ha cotizado al RAIS un total de 938 semanas, que alcanzó los 55 años de edad en el año 2014 y solicitó el de julio de 2018 a Colpensiones aceptar el traslado de los aportes de su CAI, decisión que fue respondida de manera negativa, así como la que elevó ante esta demandada para el reconocimiento de derecho pensional. (fl. 5 y 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., de igual forma se opuso a las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

No. 1, 2, 5 a 7 y 15 a 18, negó los No. 8 a 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin causa. (fl. 55)

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 12 y 17 a 21 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, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia de condena en costas a entidades del SGSS. (fl. 79).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la demandante LUZ HEYE ALMÉCIGA a PORVENIR S.A., suscrita el 24 de febrero del año 2000.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPM.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones admitir el traslado de la demandante con sus respectivos aportes al RPM.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar una prestación económica por el riesgo de vejez bajo los presupuestos normativos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, a favor de la aquí demandante ALMÉCIGA ALAYÓN a partir del momento en que acredite el retiro del sistema pensional.

SEXTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional generado, los aportes al sistema de seguridad social en salud.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SÉPTIMO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones de mérito planteadas por las entidades que componen la pasiva.

OCTAVO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A. (...) (fl. 135)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

A fin de resolver la controversia que nos ocupa, es necesario indicar que a partir de la Ley 100 de 1993, se crearon dos sistemas o dos regímenes pensionales, el primero de ellos administrado para su época por el ISS, actualmente Colpensiones, y el segundo, el conocido como el RAIS administrado por administradoras de fondos de pensiones privadas, así mismo dispone la norma en cita en su literal B del artículo 13 que el derecho que le asiste a los trabajadores y demás afiliados a escoger libremente entre uno y otro régimen, quienes para tal efecto deberán manifestar al momento de la vinculación o del traslado, tal como ocurriera con la demandante, de conformidad con lo manifestado en el libelo demandatorio y la contestación de la demanda, en donde no se negó la vinculación efectuada. Así mismo, no puede pasar de vista en este despacho el precedente judicial emanado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, la Sala de Casación Laboral de la corte suprema de justicia, en sentencias con radicado 31989 de 2008, 33083 del 2011, SL4964 de 2018, SL1452 de 2019, así mismo las sentencias de tutela de marzo de la presente anualidad, en donde se ha estudiado tutelas en contra de providencias emitidas por la sala de decisión laboral del tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, que han negado las pretensiones en caso bajo el cual nos ocupa el día de hoy, donde ha sostenido a su vez de forma correlativa las sentencias de los procesos ordinarios al ejercicio al derecho de la libre elección de regímenes pensionales y el deber por parte de las administradoras del RAIS del buen consejo, entendido como la necesidad de suministrar la suficiente información al potencial afiliado en aras de darle a conocer los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado de régimen pensional y aun si fuera el caso de llegar a desanimarlo.

Frente a este particular aspecto y hace especial énfasis porque no es secreto que el doctor cárdenas forero, en un trámite previamente a la declaratoria de la emergencia sanitaria, la suspensión de términos, este despacho negó bajo otro criterio unas pretensiones de igual estirpe, es así que se mantenía otro criterio el cual determinaba la prosperidad de cada uno de los casos, identificándose la presunta falta de información o no al trasladarse de régimen pensional, producía o no un efecto cierto y adverso al afiliado, como lo es el perder el régimen de transición pensional, o si bien es cierto se trataba de un afiliado que una vez no pueda trasladarse por el vencimiento del término temporal para llevar a cabo dicho traslado, lo que buscaba era un beneficio por estar inconforme con el cuantum pensional, lo cual no es un secreto que al tratarse el RPM de un régimen subsidiado, el monto de la pensión es mucho mayor que el del RAIS que depende exclusivamente del capital que ahorre el afiliado. Lo anterior, teniendo en cuenta el deber constitucional encomendado a los Jueces de la República con los administradores de justicia, el cual trasciende de aplicar de forma directa y mecánica, como si fuéramos unos notarios, sin ocultar el contexto y los aspectos que adicionaron los parámetros dispuestos por la corte suprema de justicia, por la declaratoria de ineficacia del traslado entre un régimen y otro, mas aun cuando las resultas de estas decisiones van a impactar y están impactando de manera directa la sostenibilidad financiera al sistema de seguridad social integral ante un regreso masivo de afiliados del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

No obstante lo anterior y los argumentos esbozados y a pesar del trabajo de hermenéutica jurídica y argumentativa suficiente, informada que el suscrito desarrolló para resolver estos conflictos, este operador judicial no está llamado a asumir una posición tozuda para pretermitir la autonomía judicial, pretermitiendo con ello entonces en las últimas limitaciones o culminaciones de la sala de decisión laboral de la corte suprema de justicia, que nos ha hecho a los jueces de la república para aplicar el precedente judicial en litigios como el que hoy nos ocupa, máxime cuando ha dejado sentado que no constituye un aspecto relevante para el éxito de los pedimentos y si produce o no a título de perjuicios la pérdida del régimen de transición pensional del afiliado, sino por el contrario, que debe



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

analizarse desde la órbita respectiva si conforme a la carga de la prueba la cual se invierte, las administradoras del RAIS demuestran en juicio que suministraron la información completa, comprensible, veraz frente a las características, beneficios o desventajas que le reportaba al potencial afiliado el traslado de régimen pensional. Por estas sencillas razones, aquí ahora se hace necesario acotar que en función de la autonomía propia de la función judicial consagrada en el artículo 228 de nuestra carta magna. Así las cosas y como se indicó, aclarado lo anterior y conforme a los presupuestos que se han esbozado en esta providencia, tenemos entonces que el fondo accionado porvenir en consideración de la carga de la prueba y de conformidad con el artículo 167 del CGP, aplicable por analogía a esta especialidad, tan solo se limitó a allegar el formulario de afiliación de la actora suscrito en el año de 2000, así mismo, de las preguntas realizadas a la demandante no se pudo constatar que se le hubiera brindado la información suficiente, siendo lo demás nugatorio el material probatorio tendiente a demostrar el deber de información, por el contrario, en esta diligencia la demandante afirmó que no se le brindó en ningún momento la suficiente información, que la asesoría fue realizada de manera general y no duró más de 10 minutos. De la misma manera es de advertir que resulta insuficiente para los propósitos la denominada campaña masiva para el traslado de afiliados del RAIS al RPM, que acreditan con las publicaciones en prensa vista a folio 77 y 78, probanzas estas que bajo ninguna circunstancia tienen la entidad de desplazar el deber de información y buen consejo al momento de elegir entre uno y otro régimen a los potenciales afiliados.

Así las cosas, para este despacho judicial es claro que el fondo accionado no demostró el contenido y alcance de la información suministrada a la actora al momento de efectuar su traslado de un régimen a otro, con lo cual incumplió la carga probatoria que le incumbía, no siendo alternativa distinta entonces a este despacho judicial salvo que declarar la ineficacia de la afiliación de la aquí demandante Luz Alméciga Alayón a la administradora de fondos y cesantías Porvenir, debiendo entenderse que para todos los efectos legales la aquí demandante nunca se trasladó al RAIS, debe hacerse énfasis en la fecha que acaba de señalar, ya que en otro apartado se había indicado una del año 1997. Por tanto, siempre permaneció en el RPM, como consecuencia lógica de lo anterior se ordenará a la AFP Porvenir, trasladar a Colpensiones, todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, sumas adicionales con intereses que se hubieren ocasionado, gastos de administración, todo lo anterior en los términos del artículo 1746 del código civil, y a su vez ordenar correlativamente a Colpensiones, admitir el traslado con sus aportes, tal y como quedará expuesto en la parte resolutive del presente proveído, resuelto lo anterior ante la prosperidad de estas pretensiones, es necesario el estudio de los demás pedimentos restantes que dan cuenta el derecho pensional.

Es así, que solicita la demandante le sea reconocida una pensión de vejez por parte de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en Acuerdo 049 de 1990, es así, que no suscitó debate alguno que la aquí demandante nació el 12 de marzo de 1959 tal y como da cuenta la copia de cédula de ciudadanía por lo que a 1 de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, lo que la ubica en un primer estadio como beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultándole aplicable en principio la normativa contenida en el Acuerdo 049 de 1990, el cual exige que para acceder al derecho pensional, contar con 55 años de edad y un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo; no obstante lo anterior no se puede perder de vista que la discusión en el presente caso en la conservación de este beneficio transicional, oportuno resulta precisar que el régimen de transición con el acto legislativo 01 del año 2005 no podría extenderse más allá del 31 de julio del año 2010, excepto para quienes estén en dicho régimen y además tengan cotizadas al menos 750 semanas equivalente el tiempo de servicios, a quienes se les mantendría dicho régimen pensional hasta el año 2014 agregando además que la pensión se causa cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella por tanto se hace necesario verificar si la demandante causó el derecho pensional en el límite temporal antes descrito esto es 31 de julio del año 2010 para efectos de lo cual y como se demostró en el plenario la actora acredita la edad mínima de 55 años por recordarse que nació el 12 de marzo de 1959, los que alcanzó en marzo de 2014, lo que de suyo comporta que no causó derecho pensional en el primer límite temporal estableció, no obstante antes del 25 de julio de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

2005, acredita haber cotizado más de 1000 semanas; razón por la cual, en su caso particular están llamados a extenderse los beneficios del régimen de transición, siéndole aplicable las disposiciones del acuerdo 049 de 1990 y como quiera que no acredita su retiro del sistema general de Seguridad Social en pensiones el disfrute de la prestación económica por el riesgo de vejez procede una acredite dicho retiro en aras de proceder a reconocer liquidar la pensión de los estrictos términos de los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993 en armonía con lo dispuesto por el acuerdo 0499 de 1990, incluyendo hasta la última cotización válida para de la pesada pensional del aquí demandante, la que ha de reconocerse en 13 mesadas pensionales toda vez que se causó el derecho con posterioridad al 31 de julio del año 2010 conforme a lo dispuesto en el acto legislativo cero 1 el año 2005; no sin antes autorizar a Colpensiones a descontar los aportes con destino al sistema de salud del retroactivo pensional a que haya lugar.

Por las resultas mismas del proceso se declarará no probado los hechos sustento de las excepciones planteadas por la pasiva, particularmente la de la prescripción, la cual está sometida a las acciones judiciales para este tipo de reclamaciones o el termino trienal dispuesto en los artículos 488 de nuestra norma sustancial del trabajo y 151 del CPTSS, no obstante lo anterior no se concibe que siendo la prestación pensional que se ventila aquí inminentemente imprescriptible, las acciones que se dirijan a ordenar la satisfacción del mismo producto de la omisión por el dolo de los particulares al no brindar una asesoría completa y eficaz, caduquen o les aplique este término trienal. Costas a cargo de la demandada AFP Porvenir.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, señaló en su recurso que si bien era cierto la acción judicial se encaminaba a la declaratoria de ineficacia, el problema jurídico consistía en determinar si había existido vicio en el consentimiento en el momento de la celebración del negocio jurídico de la afiliación de la demandante al RAIS, que era conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando indicaba que el examen en estos asuntos, versaba sobre cuatro puntos esenciales; como son el deber de información a cargo de las administradoras, la suficiencia del formulario de afiliación, la carga de prueba y la procedencia de la ineficacia de afiliación cuando existe régimen de transición o derecho consolidado; sin embargo respecto al examen dado sobre la suficiencia del formulario de afiliación, era necesario dejar claro que la obligación de la suscripción de dicho formulario, no es caprichoso por parte de esa administradora como quiera que dicho documento se establece como necesario en el marco de las afiliaciones a los regímenes pensionales, por lo que constituía una prueba ab sustancian actus, conforme las previsiones del artículo 256 del CGP, por lo que la interpretación que se le dé a este documento, no está sujeta a ningún arbitrio judicial.

Frente a la obligación de las administradoras, indicó que existía una tergiversación normativa de la misma ya que la demandante en interrogatorio



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de parte, ella manifestó que contrario a lo señalado en la decisión de instancia tenía claridad de varias de las características propias del RAIS, lo cual deviene contrario a lo señalado por el despacho; obligación que se acredita con el mismo dicho de la demandante y se acompasa con lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que indica que al afiliado se le deben poner de presente las características y consecuencias que trae consigo el cambio del régimen pensional para lograr la transparencia en la decisión de traslado conforme las previsiones del decreto 663 de 1993; también ha indicado la Corte que las administradoras debían brindar información de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que permita conocer con exactitud la lógica de ambos sistemas, en un lenguaje claro, simple y objetivo para que el afiliado comprendiera las implicaciones de su traslado; sin embargo se pregunta qué considera la magistratura como una información que le permita al afiliado que le permita conocer la lógica de ambos sistemas pensionales y tome así una decisión válida; no debiéndose entonces declarar la ineficacia del traslado.

En cuanto a la condena encaminada a devolver todo lo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no es posible pedirle a las AFP que se retornen sumas diferentes a las señaladas en el literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, no siendo procedente retornar las sumas por concepto de gastos de administración, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado por lo que condenar a pagar valores adicionales configuraría un requerimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y porvenir, como lo sería Colpensiones ya que si se orden dicho reintegro es como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro devuelva el valor de la póliza; frente a estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto con radicación 2019 152216900330 del 2020 indicó en forma expresa que en los eventos de ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes junto con rendimientos, sin que proceda la devolución de la prima del seguro previsional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su gestión durante la vigencia de la póliza, como tampoco la comisión por gastos de administración; por lo que los mismos, no financian la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

no pertenecen al afiliado y por ende no son parte integrante de ella, estando sujetos al término prescriptivo previsto en los artículos 488 del CST y 151 CPTSS.

Por su parte **Colpensiones** señaló que las decisiones que se están tomando en los despachos judiciales de declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación, quebrantaban al principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y llevan a una situación caótica que desquebranta la planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando el sistema régimen de prima media, ayudando al sostenimiento del mismo y dibujándose al momento de declarar la nulidad de las afiliaciones; la estabilidad financiera se garantizan en la medida que el sistema general de pensiones y mantiene a través de los medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permite pagar mes a mes una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para precaver a satisfacción las pensiones futuras bajo la permanente obligación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general; por ello, no se debería declarar la nulidad o ineficacia pues es el patrimonio público el cual entraría a pagar la pensión que llegara a percibir la parte demandante ya que como el ahorro que hizo de esta lo fue de manera individual y por ello, no ayuda a financiar las pensiones de los demás afiliados del RPM y su ahorro no resulta suficiente para financiar su propia pensión.

Indicó que en el evento en que se declare la nulidad, había lugar a considerar la realización del cálculo actuarial a cargo bien sea el fondo responsable del vicio o del demandante para soslayar la descapitalización del sistema teniendo en cuenta que como lo menciona la sentencia SU 062 del 2010 para que una persona pudiera acceder al traslado por cumplimiento de las 750 semanas, esta adicionalmente tiene que pagar el cálculo de rentabilidad.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

señora LUZ HEYE ALMÉCIGA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la entonces Porvenir S.A., el 24 de febrero de 2000, como se verifica de copia del mismo aportada por esta demandada visible a folio 72 del plenario.

En este orden, sea lo primero señalar que como cuando en este caso se alega la falta al deber de información, lo petitionado 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, línea jurisprudencial que contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir, no resulta tergiversada como quiera que dicha Corporación ha indicado en el mismo sentido en sentencias 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; entre muchas otras proferidas en estos asuntos que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que debe 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 y conforme lo señalado en precedencia 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones 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 Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Luz Alméciga, 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 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada hoy Porvenir S.A., AFP 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:

“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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

(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)

Conforme a lo señalado en precedencia y contrario a lo manifestado por la recurrente Porvenir S.A., también en sus alegaciones, el formulario suscrito por la demandante ante esta AFP y que obra a folio 72 del plenario, no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales de la actora, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares, de igual forma, los comunicados de prensa, tampoco suplen tal deber, formulario que como bien señala esta recurrente, se encuentra consagrado como requisito legal para promover el traslado de régimen pensional; no obstante ello, se itera dicha documental no da cuenta de la información suministrada al afiliado en el acto del traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Aunado a lo anterior, dicho deber de información no se puede entender por suministrado con las afirmaciones de la demandante al absolver interrogatorio de parte, pues como lo indica la misma recurrente, de su dicho únicamente se puede establecer que le pusieron de presente las **ventajas** del RAIS, más no ninguna de las desventajas que le representaría su traslado de régimen pensional, como tampoco el paralelo de pertenecer a dicho régimen o de permanecer en el RPM.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por la recurrente Porvenir y por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que como se señaló alegó la omisión en el deber de información por parte de las administradoras a las cuales se afilió razón por la cual, se reitera; este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo indicó 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 señaló:

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 la recurrente Colpensiones en recurso y alegaciones, 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 reitera, 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; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen; no siendo procedente acceder a lo petitionado por esta demandada, tendiente a elaboración y pago de cálculo actuarial, ya que en el asunto bajo estudio no se predica la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

aplicación de los presupuestos contenidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que dicho pronunciamiento se predica únicamente de los afiliados que peticionan retornar al RPM, para **recuperar el régimen de transición**, caso que no es el de la aquí demandante, pues ni siquiera alegó pertenecer a dicho régimen.

De igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición o no contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica la recurrente



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Porvenir S.A., 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 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 y su permanencia en el RAIS, no convalida el traslado que efectuara a este sin el suministro de la información requerida a este efecto, ya que como bien lo señaló el juzgador de primer grado, las acciones judiciales de esta índole, son de naturaleza **imprescriptible**.

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 2000**, 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA 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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez; al respecto resulta pertinente señalar que no es dable condenar a esta administradora a efectuar reconocer pensión a favor de la aquí demandante como quiera que únicamente lo puede hacer una vez sean trasladados por parte de Porvenir los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y gastos de administración como consecuencia de la ineficacia que se confirmará en esta oportunidad, razón por la cual el reconocimiento pensional en este momento se torna improcedente para Colpensiones y deberá ser efectuado una vez cuente con los dineros objeto de traslado a dicho fondo, razón por la cual, se **revocarán** los numerales QUINTO y SEXTO de sentencia recurrida para en su lugar, ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 11201800499-01 Dte: LUZ HEYE ALMECIGA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales **QUINTO y SEXTO** de sentencia recurrida para en su lugar, **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones del reconocimiento pensional allí ordenado.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

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

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

PROCESO ORDINARIO No. 10-2019-222-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA NOVOA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 Porvenir y Colfondos S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones, Provenir S.A., y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA LUCÍA NOVOA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación que realizara al RAIS a través de Colfondos en septiembre de 1999, por el incumplimiento de esta en los deberes legales de información al afiliado, lo que generó un error de hecho que vició su consentimiento, solicita se declare igualmente la nulidad del traslado que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

realizara a Porvenir S.A., en el año 2004 y que se encuentra afiliada al RPM administrado por la demandada Colpensiones; como consecuencia de tales declaraciones peticiona ordenar a Colfondos y Porvenir S.A., el registro en sus bases de datos de la nulidad de las afiliaciones realizadas por ella, se ordene a esta última a devolver a Colpensiones los saldos depositados en su CAI, junto con rendimientos, se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación en el régimen que administra y a recibir las sumas objeto de traslado. (fls. 75 y 76).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de septiembre de 1958, que a 1 de abril de 1994 contaba con 36 años de edad, que empezó a cotizar para pensión a través del ISS en el año de 1990 y a partir de septiembre de 1999, se trasladó del ISS a Colfondos, AFP que nunca le informó acerca de las implicaciones respecto de las desventajas de abandonar el RPM, ni sobre las consecuencias futuras de dicho traslado, razón por la cual, nunca contó con los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión informada, que se trasladó de la AFP en mención a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., administradora que también omitió dicha información; indica que Colfondos no le puso de presente los escenarios de su situación pensional en ambos regímenes, que las demandadas en mención conocían de sus antecedentes laborales y salariales previo al acto de traslado.

Señala que tampoco le pusieron de presente la posibilidad que tenía de retornar al RPM o retractarse de su afiliación, que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A., que efectuó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando su retorno al RPM, solicitud que no fue respondida de fondo por dicha administradora, que nunca conoció el riesgo que le generaba su traslado pensional ya que no fue informada al respecto durante su permanencia en el RAIS. (fls. 76 a 78).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, 15 y 16 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fl 101).

La AFP COLFONDOS S.A., de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó el hecho contenido en numeral 1, negó los No. 4, 5, 8, 17 y 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fl. 132)

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1, 2 y 2 y 12, negó el No. 18 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 y buena fe. (fl. 167).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia de la vinculación de la demandante a Colpatria, hoy Porvenir S.A., realizada mediante afiliación del 19 de agosto de 1999, así como de la afiliación realizada con posterioridad a Porvenir, ordenó el regreso automático de la demandante al RPM, condenó a esta última a entregar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación de la demandante, incluida la devolución de gastos de administración indexados, para lo cual, concedió el término de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, condenó a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores correspondientes a cuotas y gastos de administración descontados durante la vinculación de la demandante a esa AFP, para lo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cual le concedió el mismo término de 15 días, condenó a Colpensiones a que una vez recibidos los valores objeto de traslado, realizara la imputación del tiempo cotizado y actualización de la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A. (fl. 224)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Para resolver el asunto que nos ocupa debemos acudir a la ley 100 de 1993 en su artículo 113,114, decreto 656 de 1994 y el numeral primero del artículo 97 y los decretos 2555 del 2010 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en sentencias 37989 del 2008, 31314 del 2008 de las sentencias enunciadas por la corte suprema de justicia tenemos que en estos asuntos donde se discuten la situación de falta de información precisa, cierta, completa y veraz al momento de decidir el traslado de régimen pensional del potencial afiliado, ha señalado esa Corporación también en sentencia SL 1688 del 2019 que la sanción en estos casos no es propiamente desde la institución de la nulidad sino la institución de la ineficacia y por ende desde ese punto de vista se ha de entender la controversia y también de la abundante jurisprudencia tenemos que dentro de estos asuntos es fundamental que la administradora de pensiones demuestre que se realizó la debida asesoría y que se le ha dado la información completa y veraz al momento de la selección de régimen y teniendo en cuenta que no logró probarse dicha situación resulta ineficaz el traslado. El apoderado de AFP Porvenir señala en sus alegatos que antes de los decretos no existía ninguna de esas obligaciones en relación a la información para el potencial afiliado con lo cual la corte suprema de justicia ha señalado que ya existía el deber de asesoría desde la misma Ley 100 de 1993 dado que para la fecha que inicia su vigencia el 1 de abril de 1994 estaba vigente el decreto 663 de 1993 que constituye el estatuto orgánico financiero que le es aplicable a las AFP teniendo en cuenta su doble calidad de entidades de sistema financiero y entidades de seguridad social, el cual en su numeral 1 artículo 97 establece la obligación de las entidades de suministrar la información necesaria, con la mayor transparencia y se ha señalado por la Corte Suprema que la información a la que alude hace referencia a la descripción, características, condiciones y servicio de cada uno de los regímenes pensionales vigentes y de las consecuencias jurídicas de traslado para la persona. Si bien es cierto el apoderado de porvenir señala que solo con las leyes anteriores tenemos que estas normas no fueron las que crearon en nivel de información, ellas lo que implicaron es una evolución en ese deber de información para ser más amplio, más preciso para una información más completa a los afiliados por ello se establece como avances.

El traslado de régimen es la expresión libre y voluntaria que establece el literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993. el apoderado de Porvenir señala que no existía la obligación de documentar que finalmente se firmaba la afiliación por la señora demandante, se afirma que finalmente se firmaba la afiliación por la señora con la que se firmó y que van de acuerdo las exigencias de la normatividad de 1994 que son las aprobadas por la superintendencia financiera, finalmente ellos dicen que la firma fue voluntaria y en consecuencia considera que ella es prueba de esa libre voluntad de conocimiento del actor, debe indicar este despacho que la corte en reiterada jurisprudencia ha señalado que las firmas del formulario son insuficientes para demostrar el deber de información, pues además de ello la entidad tiene el deber ineludible de obtener del afiliado el consentimiento informado, comprensión que se establece con la recepción de la información clara y oportuna y dichos formatos sólo demuestran un consentimiento pero no son la prueba, señala la Corte que no es necesario para el momento del traslado la exigencia de esta información veraz y oportuna y exigir la nulidad o ineficacia de su traslado, que la persona se encuentre en un régimen de transición o este a puertas de adquirir un derecho pensional así lo ha sentado la sentencia SL1478 del 2019, SL7989 del 2018 entre otras y que son las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradoras las que deben dar la información clara, eficiente y oportuna, beneficios, diferencias, posibles riesgos al trasladarse de régimen pensional, por ende no necesariamente se debe dar las situaciones establecidas en regímenes de transición o estar a puertas de adquirir el derecho pensional; así mismo también es necesario traer a colación la sentencia 31989 del año 2008 en la cual se indicó que el traslado entre fondo de pensiones del RAIS, es decir traslados, no constituyen una ratificación de consentimiento que inicialmente es dado por el potencial afiliado, tenemos entonces que se ha señalado que la Corte que cuando se declara esta ineficacia y por ende al tratarse de este caso de una ineficacia debe devolverse al estado de cosas inicial, como si no hubiese existido dicha afiliación y en consecuencia corresponde a la administradora realizar la devolución de capital ahorrado, que deben ser trasladados a la administradora del RPM, esto es Colpensiones, así mismo ha señalado en estos casos específicamente que los gastos deben ser asumidos por la administradora del fondo de pensiones privada con cargo a sus propias utilidades pues estos recursos desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM con prestación administrado por Colpensiones y por último se ha señalado que la acción para la reclamación de este tipo de nulidades y falta de información es de carácter imprescriptible teniendo en cuenta que ya de manera pacífica tiene establecido nuestro órgano de cierre bajo la premisa que ni los hechos ni estados jurídicos prescriben.

En consecuencia descendiendo al caso que nos ocupa dentro de este proceso de las pruebas aportadas que corresponden a los certificados, historia laboral de la demandante, reclamación administrativa a Colpensiones del 6 de marzo del año 2019, estudio de situación pensional que obran a folio 235 a 261, pruebas allegadas de Colfondos, estado de cuenta de la demandante, dentro del proceso se practicó el interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir y representante legal de Colfondos de la señora demandante, tenemos entonces que las pruebas establecidas se puede tener que efectivamente la señora demandante firma una afiliación inicial que obra a folio 271 del plenario en la cual se puede establecer que la demandante suscribió afiliación con Colpatria Pensiones y Cesantías el día 19 de agosto de 1999 donde manifiesta se señala afiliación libre y espontánea y sin presiones, tenemos que en dicho documento es la única nota que hay, no hay información sobre retractos, ni se hace alusión a la información de régimen de transición y también obra dentro del expediente a folios 260 una solicitud de afiliación de traslado del 18 de abril del año 2000 con pensiones y cesantías Colpatria y obra afiliación al fondo de pensiones Horizonte de febrero de 2004 todas ellas firmadas por la señora demandante y tenemos entonces que como la Corte ha indicado que estas afiliaciones no son suficientes para declarar el deber de información que en su momento se ha señalado, que corresponde al fondo de pensiones demostrar que efectivamente se dio la información completa, cierta y veraz sobre los beneficios y posibles desventajas del traslado de régimen tenemos que no es suficiente estas afiliaciones adicionalmente del análisis de las pruebas tenemos que de conformidad la copia de cédula de ciudadanía que obra en el folio 67 se puede constatar que la señora Martha Lucia Novoa, para la fecha de traslado de régimen pensional la señora demandante contaba con 35 años de edad cumplidos razón por la cual entonces era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 que le permitía considerar el derecho a pensionarse con los requisitos establecidos en la ley anterior a la ley 100, independientemente dentro de este proceso también se puede establecer que cuando nace a la vida jurídica el AL 01 del 2005, para dicha data empieza la demandante ya no conformaba el régimen de transición dado que para el año 2005 solo contaba con las 408 semanas que llevaba cotizadas para la fecha; pero sin embargo lo que hay que señalar es que para la fecha la demandante realiza el traslado pensional con la AFP Colpatria hoy Porvenir efectivamente sí era beneficiaria al régimen de transición por tanto era uno de los aspectos fundamentales en los cuales se debió entrar la afiliación, pero cuando se le pregunta en el interrogatorio a la parte demandante si ella sabía o se le habló del régimen de transición, la señora demandante indicó que no sabía de qué le estaban hablando.

Si bien es cierto indican los apoderados de las demandadas que la señora demandante en su interrogatorio de señala en su momento que si le había dado información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colfondos para efectos del traslado señala que no recuerda que fue lo que le dijeron, pero no se logra mediante la confesión establecer que efectivamente se le dio la información; de lo contrario, conforme la respuesta que da la demandante se puede concluir que no se le dio la información sobre lo que era el régimen de transición, era una situación que afectaba directamente a la demandante era una de las desventajas del traslado que realizara la demandante en su momento en 1999 que en ese instante era beneficiaria del régimen de transición y al realizar el traslado lo perdía automáticamente porque no estaba dentro del grupo de personas que podían llegar hacer ese traslado en cualquier momento, al 1 de abril de 1994 teniendo en cuenta que según el reporte de semanas para el año 94 contaba sino con 4 años de cotización por ende no se encontraba dentro de ese grupo y el traslado le conllevaba a la pérdida de ese régimen, tenemos que la sentencia 31988 del año 2008 de la Corte ha sido reiterativa en señalar que esa información por parte de los fondos de pensiones es tan importante y debe cumplirse con tal lealtad que incluso si el traslado de régimen pensional no le es beneficioso a la persona, una de las obligaciones de las administradoras es llegar a desanimar de la afiliación al potencial afiliado lo que encuentra este estrado judicial que no existe una prueba que el asesor de la señora demandante el señor Cesar Alejandro García haya realizado en algún momento, no hay una constancia de ello. Aunado a ello tenemos el interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir quien manifestó que la correspondiente capacitación a los asesores, al potencial seguimiento de haberse cumplido el potencial deber de información y que el asesor hubiese cumplido con la información y que efectivamente haya cumplido con ese deber, entonces tenemos que dentro del proceso realmente que si bien es cierto podría ser un indicio que no se estaba dando toda la información, no logramos llegar a la prueba precisa que sería la de confesión y dicho indicio se desvirtúa, ya que no tiene más soportes porque por el contrario encontramos dentro del proceso situaciones que nos conllevan a confirmar que efectivamente en su momento la AFP Colpatria hoy Porvenir no cumplió con ese deber de información. tiene el despacho que la información si bien es cierto no había necesidad de hacer proyecciones lo que si había necesidad era de explicarle a la señora Novoa en su momento cuáles eran las características de los diferentes regímenes pensionales, tales como que el tiempo de cotización al ISS, se transformaba en un bono pensional que solo podría ser redimido a los 60 años de edad, que existe rentabilidad sobre los aportes realizados en la CAI, debió haberse informado que la rentabilidad podría ser positiva o negativa, debió haberse demostrado que se le informó que al hacer su traslado en 1999 con su afiliación a Colpatria estaba perdiendo ese régimen de transición que le permitía pensionarse a la luz de la normatividad anterior, el que perdió a partir del 31 de julio del año 2010, es que lo importante es que para 1999 cuando firma la afiliación con Colpatria sí era beneficiaria del régimen de transición, información que debe ser oportuna; oportunidad que se reputa en el acto del traslado y no con posterioridad, de igual forma, el traslado horizontal que realizara, tampoco tiene la virtud de convalidar el traslado de régimen.

Por lo anterior, considera este despacho que ante la falta de demostración de haber cumplido con su deber la AFP Porvenir es dable entrar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media al RAIS realizado por la señora Martha Lucia Novoa Gómez y por ende se declara la ineficacia de la afiliación suscrita el 19 de agosto de 1999 y las subsiguientes afiliaciones a Colfondos, ordenando el regreso automático a la demandante sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones conforme a lo expuesto, condenando esta última a restablecer la afiliación de la demandante, así mismo esta ineficacia de la afiliación realizada el 19 de agosto de 1999 a Colpatria tiene unas consecuencias que lo señala la Corte Suprema, la que ha indicado que las partes deben ser restituidas en su estado anterior, en este caso se aplica el artículo 1746 del CC y por ende deberá condenarse a la administradora Porvenir que es la actual administradora de la señora demandante y en consecuencia debe hacerse la devolución a colpensiones de todas las sumas que haya recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras si las ha recibido y con los frutos e intereses y adicionalmente también ha indicado la corte suprema de justicia que esta devolución también debe de conllevar la devolución de las sumas correspondientes que han sido descontadas a la demandante de la afiliación a porvenir por concepto de gastos de administración



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

teniendo en cuenta que dichos dineros debieron haber ingresado a colpensiones desde el mismo momento en que nace el acto ineficaz por ende debe ser devueltas y asumidas. En consecuencia se condenara a que se haga la devolución como ha establecido la corte en providencias y para ello tendrá un plazo máximo de 15 días a partir de la ejecutoria de la sentencia, deberá acompañar esta devolución con los documentos correspondientes para que colpensiones pueda establecer que efectivamente está haciendo la devolución de la totalidad de las cotizaciones recibidas y gastos de administración debidamente indexados. por otra parte teniendo que la señora demandante también estuvo afiliada inicialmente durante este trámite a la administradora colfondos el despacho condenara a esta administradora a que debe realizar la devolución de los gastos de administración y básicamente todos los dineros deben ser devueltos a colpensiones para que financien la pensión en el RPM; en consecuencia dado que durante su afiliación a colfondos también se realizaron descuentos por cuotas y gastos de administración están deber ser devueltos por Colfondos a Colpensiones debidamente indexadas a los 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia acompañada de la información que permita establecer que efectivamente se hace en los términos indicados por este estrado.

Una vez allegada la información debe Colpensiones entrar a revisar que efectivamente se hace dicha devolución en los términos indicados y deberá de manera inmediata realizar la imputación en la historia laboral de la aquí demandante, las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS por la demandante en la historia laboral para efectos pensionales, tenemos que se propuso por las demandadas la detención de prescripción en conformidad al artículo 151 del CPTSS y 488 del CST el término para la prescripción de los derechos de los bienes laborales es de 3 años que la afiliación de la señora demandante se realizó el 19 de agosto de 1999 como obra en el folio 266 y celebró una solicitud de traslado egresando a RPM el 26 de marzo del año 2019 como obra en el folio 115 y la demanda se radica el 6 de marzo de 2019, aquí lo que se está pidiendo es que se declare que la afiliación realizada y por ende el traslado es ineficaz, se encuentra de manera pacífica y establecido que esta declaración es de carácter imprescriptible en consecuencia aunado a lo anterior tenemos que la ineficacia del traslado busca establecer cuál es el régimen pensional a la luz del caso que por su naturaleza es de carácter imprescriptible, acciones por las cuales no fue dada la excepción de prescripción en relación a las demás acciones planteadas por las demandadas se declaran no aprobadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir** recurrió señalando:

En el proceso que nos convoca hoy se pudo evidenciar que la afiliación de la accionante a Colpatria a horizonte hoy porvenir obedeció a una decisión libre, espontánea, sin presiones muestra de ello la asesoría verbal donde se indicaron las características del régimen al cual se estaba afiliado, esto fue ratificado en el interrogatorio que le fue realizado corroborando de esta manera la información recibida y conforme a lo establecido en el formulario de la afiliación, ahora bien la decisión tomada por la accionante si se forma consiente, espontánea y sin presiones, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha de afiliación puesto que en primer lugar antes de adoptar la decisión de trasladarse recibió una asesoría verbal por parte de un asesor comercial de la AFP Colpatria en donde se le informó las características del régimen al cual se iba afiliar y en segundo lugar suscribió el formulario de vinculación el cual cumplía con todos los requisitos de ley y fue aprobado previamente por la superintendencia bancaria, en tercer lugar y en el cumplimiento de la exigencia legales al suscribir el formulario de vinculación con la cual se cumplió su traslado de régimen se manifestó de forma expresa que lo hacía de forma voluntaria y libre.

Respecto al deber de información, se debe tener en cuenta que el artículo 30 del decreto 663 de 1993 dispone señaló que “se debía suministrar a los usuarios de los servicios que presten la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

operaciones que le permitan la opción de tomar la mejor decisión informada”, de lo anteriormente expuesto se puede colegir que si bien existía una obligación de las administradoras, esta era de suministrar información clara, necesaria, veraz y suficiente pero nada más, en ese sentido pues da el caso suponer que se debía informar respecto a condiciones, ventajas o desventajas, la expresión materializada en el formulario de solicitud por parte de la demandante no puede ser considerada como un medio o requisito formal o como una manifestación vacía y sin una consecuencia tal y como se presupone y por lo tanto no puede ser ignorado como tampoco puede ser desconocido los efectos de que produce, las circunstancias en un formulario previamente impreso no le resta ningún tipo de fallas a la manifestación realizada ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad de la demandante en trasladarse de régimen pensional, esta voluntad y manifestación no sólo se produjo en una primera oportunidad con el traslado con Colpatria sino que se ratificó en dos oportunidades trasladándose a Colfondos y posteriormente a Horizonte este sentido es importante tener en cuenta que lo anterior ha sido ratificado y reconocido por la Corte Suprema como un acto de relacionamiento mediante el cual la demandante o un afiliado manifiesta su voluntad de pertenecer a uno u otro régimen pensional, en ese sentido no resulta implausible que se pretenda exigir a mi representada el cumplimiento de requisitos adicionales a los establecidos en el decreto 720 de 1994 y el decreto 691 de 1994 puesto que eran las normas vigentes para la fecha de afiliación.

Así mismo la superintendencia financiera indico en concepto 2017056668-001 del 12 de junio de 2017 que la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de afiliación de manera tal que el consumidor pueda tomar la decisión se encuentra expresamente consagrado a partir del 1 de julio del 2010 fecha entrada en vigencia del decreto 2241 de 2010, ratificando de esta manera que solo fue hasta la entrada en vigencia del decreto 2555 del 2010, la ley 1748 del 2015, en que las administradoras de fondo de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general de hecho la obligación de explicarle a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen a partir del inciso cuarto del Art 3 del decreto 2071 del 2015 que modifico a su vez el Art 2.6.10.2.3 del decreto 2555 del 2010 así mismo no puede pasarse por alto las confesiones realizadas por la demandante en este presente proceso, cuando a la demandante se le pregunto si leyó el formulario de afiliación esta dijo que si, cuando se le pregunto igualmente que se le informó de manera verbal o escrita la posibilidad de ejercer el derecho retracto esta dijo que si, cuando se le preguntó que si se le informó de manera verbal o escrita sobre el régimen de transición esta dijo que no, así mismo cuando se le preguntó sobre las implicaciones del traslado de fondo pensional esta dijo que no, no obstante de acuerdo al formulario de solicitud de traslado diligenciado por la actora en el año 2004 se puede evidenciar que si recibió esta información junto con la posibilidad de ejercer el derecho de retracto lo cual pues controvierte claramente lo dicho por esta y manifiesta y se materializa en una confesión.

Por último respecto a los gastos de administración es importante tener en cuenta que esto tiene sustento en la ley 100 de 1993 por ende devolver los cobros sería un perjuicio a mi representada en favor del demandante más aun cuando dicho no está en cabeza de mi representada pues fueron destinados al fin que se pretendía como la adquisición de seguros que cubriesen las contingencias de muerte o enfermedad, contingencias que hasta la fecha han sido garantizadas y para también realizar los diferentes movimientos financieros, rendimientos que se encuentran en la cuenta de la demandante, en este sentido la superintendencia financiera en concepto 2019 152169-003-00 indicó que en caso de declararse la nulidad o ineficacia en lo procedente sería que se respeten las restituciones mutuas que se hayan realizado que no se ordene el traslado de la prima de seguro provisional que tampoco se obtiene la devolución de cuotas de administración que se han utilizado para generar rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante y que corresponden al trabajo del administrador en dichos recursos.

Por último es importante tener en cuenta que para el momento del traslado de régimen de la actora y para la fecha no existía ningún tipo de certeza respecto a la posible causación del derecho pensional por lo tanto sus expectativas han sido garantizadas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

conforme a lo establecido en la ley y en las características particulares del RAIS, por último es importante tener en cuenta que en el presente proceso no se logró evidenciar ni materializar lo señalado en la sentencia SCL 4426 del 2019 y las otras que dicte en mis alegatos de conclusión puesto que la demandante no logró demostrar que se le hubiese generado un perjuicio claro, cierto y específico y alega que se le generó un perjuicio pero nunca fue probado en el presente proceso.

La demandada **Colfondos** recurrió señalando:

Me permito presentar recurso en lo referente al numeral cuarto en el que se condena a mi representada Colfondos a devolver con destino a Colpensiones los gastos de administración de una manera indexada en un término de 15 días, es importante señalar señoría y manifiesto mi oposición a que se condene a mi representada a esta condena y solicito al honorable tribunal se revoque esta condena a mi representada y teniendo en cuenta que es de resaltar que el artículo 60 de la ley 100 de 1993 señala dentro de las características que los afiliados al régimen tendrán derecho al pago de la pensión de vejez y sobrevivencia así como las indemnizaciones contenidas en este título cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores sus rendimientos financieros, los subsidios del estado cuando estos tuviesen lugar, es importante señalar de lo anterior que los gastos de administración no hacen parte del capital con el cual se va a reconocer la pensión de vejez de la demandante por lo tanto no tendría por qué devolverse los mismos así mismo los descuentos que se realizan a los afiliados no son inversiones de los fondos privados, se hacen porque la ley así lo aprueba por consiguiente estos gastos de administración se seguirán haciendo tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual y estos montos de dichos descuentos no se utilizan para financiar la pensión de la demandante, es importante señalar que mi representada siempre actuado con buena fe con la demandante y por lo tanto durante la permanencia en Colfondos con su buena gestión le consignó a la cuenta de ahorro de la demandante unos rendimientos y por lo tanto solicito se haga una ponderación en lo que corresponde a los descuentos por gastos de administración durante la permanencia de la demandante en Colfondos así como lo obtenido por rendimientos y se va a ver que es mucho mayor el dinero que se generó por los rendimientos esto con la buena administración de mi representada y se debe señalar que mi representada trasladó todos los aportes pensionales a la nueva AFP por lo tanto solicito se revoque esta condena a mi representada de devolver estos gastos de administración y más de una manera indexada ya que estaríamos hablando de una condena en unos perjuicios situación fáctica que no fue discutida dentro del presente proceso y menos cuando no se aportó prueba sumaria para demostrar que a la demandante se le causó un daño, siendo contrario a eso que mi representada le generó unos rendimientos, solicito que se tengan en cuenta estos rendimientos y se realice la ponderación de otra parte debo señalar que de condenarse a mi representada trasladar lo que corresponde estaríamos generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de colpensiones y de la demandante ya que ninguno realizó alguna gestión para obtener estos rendimientos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA NOVOA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la entonces Colpatria



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Pensiones y cesantías hoy Porvenir S.A., el 19 de agosto de 1999, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 219 del plenario, allegado por la demandada en mención, así como los demás traslados que efectuara en dicho régimen, esto es, a Colfondos S.A.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de la afiliación, lo cierto es que tal cuestión se alega debido a la falta en el deber de información en el acto de traslado del RPM al RAIS, razón por la cual, lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia, figura 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 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, contrario a lo señalado por Colpensiones 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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 la recurrente Porvenir S.A., también en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Novoa, 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 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., entonces AFP Colpatria a la que se trasladó en primer momento la demandante proveniente del RPM, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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)

Conforme lo señalado en precedencia, se tiene que contrario a lo manifestado por las recurrentes en el sentido de que a la demandada sí se le proporcionó la información en los términos anotados, de ello no obra prueba, pues la sola suscripción del formulario, como bien lo indica el criterio jurisprudencial transcrito, no suple tal deber, pues este no contiene la consignación de la asesoría brindada al momento del traslado, omisión que no sólo se predica respecto de Porvenir S.A, sino también de Colfondos S.A.; pues junto con sus contestaciones, no allegaron prueba de haber cumplido con el deber de información al que están obligadas por disposición legal.

De igual manera, el hecho de que el formulario de afiliación esté firmado por el afiliado y aprobado por SuperFinanciera, no da por cumplido el deber de información, cuestión de la que también se ocupó la Sala Laboral de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“Por otro lado, no es plausible asumir que la firma del formulario de afiliación implica la aceptación de que el afiliado recibió información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen. El derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades; por consiguiente, es inaceptable que bajo el escudo de un formalismo las administradoras se excusen del cumplimiento de sus deberes y responsabilidades legales.

Igualmente, el hecho de que la Superintendencia Financiera hubiese aprobado los formatos preimpresos válidos para afiliación, de ninguna manera sustituye la obligación que tienen los fondos de pensiones de dar a conocer a los afiliados los riesgos y consecuencias del cambio de régimen. En otras palabras, el uso del formulario no exime ni avala la omisión de los deberes impuestos por las leyes a las entidades administradoras; por tanto, previo a la suscripción de este documento deben, en un acto responsable y comprometido con su función social, darles a conocer a los afiliados todas las implicaciones del traslado.

Es así como contrario a lo indicado por Porvenir S.A., en la sustentación de su recurso, las afirmaciones de la demandante al absolver interrogatorio de parte, no llevan a confesión alguna, ya que como lo manifiesta el mismo apoderado, a las preguntas tendientes al suministro de información por parte de la entonces Colpatria S.A., la demandante indicó que no se le había dado la misma y se reitera conforme al criterio jurisprudencial antes expuesto que la simple suscripción del formulario de afiliación, no da cuenta del suministro de dicha información.

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita antes transcrito, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir entidad que sobre este punto alude a pronunciamiento judicial que no tiene tal carácter; la línea jurisprudencial en mención, 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 Porvenir S.A., entidad que promovió el traslado de la demandante proveniente del RPM probar el suministro de dicha información a la misma, desde la fecha en que esta suscribió el formulario



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió como lo reitera la parte demandante en sus alegaciones y su traslado tampoco se convalida con los que realizara de manera horizontal dentro del RAIS como lo afirma Colfondos, como quiera que la ineficacia del primero de ellos, determina la de los demás, máxime cuando como en el presente ninguna de las demás administradoras a que se trasladó la demandante, acreditó el cumplimiento del deber de información, como erradamente lo señala la recurrente Porvenir S.A..

De otra parte, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no se le hubiera causado ningún perjuicio traducido en el hecho de que no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indican las recurrentes 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 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 otra parte, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

caso en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, 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.

De igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de las APF Porvenir y Colfondos S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado de manera indexada, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos extunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por 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 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

considerar libre y voluntario, contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir en sus alegaciones; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá
Proceso Ordinario Laboral No. 10201900222-01 Dte: MARTHA LUCÍA NOVOA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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. 09 2018 588 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA RUTH MANRIQUE TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte uno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 01 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno laboral del Circuito de Bogotá, dados los recursos de apelación presentados por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, aunado al grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y parte ACTORA, presentaron alegatos de conclusión.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales, celebrado entre la señora MARTHA RUTH MANRIQUE TORRES y PORVENIR S.A. por incumplimiento de entregar información oportuna y completa, que le permita tomar una decisión adecuada en materia del capital, que debía ahorrar, para asegurar la mesada pensional que considera adecuada en el momento de su retiro laboral. Que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas, como aporte pensional, que se condene a PORVENIR a pagar cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de su pensión y que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 81)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 26 de junio de 1.960 y se afilió el 14 de marzo de 1985.
- Que se afilió a PORVENIR S.A. el día 1 de febrero de 2000.
- Que información suministrada a través de los asesores planteaba que era mucho mejor estar en un sistema de pensiones en el que 1 podía definir su fecha de pensión sin necesidad de semanas acumuladas o del cumplimiento de una edad.
- Que aunque los asesores tenían una información general se sentaban en magnificar 3 cosas del nuevo régimen.
- Que el Instituto de seguros sociales no respondía si uno moría y había herederos mayores de edad pues después de los 25 años los hijos no tenían derecho.
- Que las finanzas del Instituto eran muy débiles y no se sabía si las reservas alcanzaban con el tiempo.
- que en los fondos de pensiones uno podía pensionarse en cualquier momento de su vida.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- sin embargo nunca se le informó el capital que requería para tener ahorrado por lo menos el 110% del salario mínimo.
- De igual forma no le presentaron proyecciones sobre lo que debería ahorrar adicional a su salario para establecer el capital suficiente que sería la base de lo que aspiraba a recibir al final de su vida laboral.
- que nunca le mencionaron que debía ahorrar por lo menos 1 20% de lo que ganaba mensualmente para tener el capital que viera la posibilidad de obtener una pensión digna.
- que elevó derecho de petición ante la demandada para que le informaran el monto de su mesada pensional.
- que elevó petición ante col pensiones a fin de solicitar la nulidad del traslado. (fl.- 78 - 81)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3 y 24, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios de consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe y prescripción. (fl. 121-131).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 15, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo o debido, buena fe y compensación. (fl. 194 - 2016).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 4 de junio de 2019, resolvió:

1. *Declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante, señora MARTHA RUTH MANRIQUE TORRES entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por el entonces instituto de seguros sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad, representado por porvenir s.a. el 26 de diciembre de 1999;*
2. *Ordenar a porvenir s.a. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los intereses y rendimientos que se hubiesen causado, así como las demás sumas que se encuentran depositadas en su cuenta de ahorro individual y se ordenará a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados;*
3. *Declarar no probadas las excepciones planteadas por las pasivas en sus contestaciones;*
4. *Costas serán a cargo de porvenir s.a., tásense las agencias en un salario mínimo legal mensual vigente.*

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando en síntesis que el objeto del litigio del presente caso, radica en establecer si a la demandante se le suministraron los datos necesarios para que tomara una decisión informada, autónoma y consciente y en caso contrario si procede la declaratoria de nulidad o ineficacia de su traslado. El literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior, es libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Aunado a ello, el decreto 663 de 1993, el estatuto orgánico del sistema financiero, aplicable a las afps desde su creación, prescribió en el numeral 1 del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Al interpretar estas normas la honorable corte suprema de justicia en ejercicio de su función unificadora, preciso en sentencias sl12136 de 2014, sl17595 de 2017, sl2372 de 2018 y sl1452 de 2019 lo siguiente: “solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición, una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de transito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla.” Indico también lo siguiente: las afps desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría, que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de lata complejidad, y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura comparativa especializada experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preminencia frente a los usuarios.”

Determino que para establecer la existencia de libertad informada se debe acreditar que la administradora haya suministrado información acerca de: a. los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos, prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad; b. el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte; c. la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían; d. las implicaciones y la conveniencia o no de una eventual decisión y la declaración de la aceptación de esa situación. En la precitada decisión concluyó la honorable corte indicando lo siguiente: “ a juicio de esta sala, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a los derechos prestacionales, ni pueda estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearía el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Luego de realizar un recuento de las pruebas allegadas al expediente, señaló que le correspondía a PORVENIR documentar la información suministrada a la demandante y acreditar dentro del proceso que se dio de manera detallada, precisa y oportuna como mínimo sobre los puntos antes descritos para que este despacho procediera a avalar el traslado de régimen, sin que se acredite la información que se le debió haber suministrado al momento del traslado y dentro del plenario no se encontró soporte que otorgara validez de la afirmación realizada por las demandadas acerca de que este lo realizó la actora en forma libre y voluntaria, pues no se aportó prueba que soportara lo indicado.

Señaló que no existe prueba de que al momento del traslado se le haya indicado a la demandante o se le hubiese realizado también un estudio de si era o no beneficiaria del régimen de transición o que se le haya informado que este se perdería con el traslado o se le hará realizado una proyección de los aportes que debía realizar y la pensión que percibiría y era aquel el momento oportuno para hacerlo. Y como lo ha indicado la corte suprema de justicia, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales ni pueda estimarse satisfecho tal requisito con la simple expresión genérica de los formularios. Con esto, aunque correspondía a porvenir acreditar el suministro de esta información y entregársela a la demandante en el momento del traslado, y en el despacho de la revisión de las pruebas a las cuales ya se ha hecho alusión no aparece ninguna que allí así allá ocurrido.

Finalmente, respecto de la prescripción señalada por porvenir, es preciso memorar que por disposición del artículo 48 de la constitución política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, lo que implica que es exigible judicialmente ante las personas o entidades encargadas de su satisfacción. Y no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Como la acción encaminada a obtener la nulidad o ineficacia de la afiliación por cambio de régimen se encuentra íntimamente ligada con los derechos



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pensionales del afiliado no se encuentra sujeta a las reglas de la prescripción y así lo ha establecido la honorable corte suprema de justicia en sentencias sl361 de 2019 y sl5844 de 2016.

Por lo anteriormente expuesto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, en los términos ante expuestos.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** señaló:

“Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación ante el tribuna superior de Bogotá sala laboral, en primera medida, honorables magistrados no existen elementos que evidencian vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no ha habido una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que la demandante deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso la AFP Porvenir, ahora bien honorables magistrados, téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 008701 del 17 de enero del 2017 del tribunal superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que va a recibir en el rais, por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado la actora lo haya hecho o movido por un engaño o una equivocación de información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que su principal motivación de dicho proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el Rais siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falsa por parte del fondo, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actora los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma continuó cotizando al rais de manera libre y voluntaria. Por lo anterior honorables magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, muchas gracias.”

La apoderada judicial de Porvenir señaló:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Si señora juez, manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra la sentencia emitida por las siguientes consideraciones. Encuentra el despacho que la demandante no fue asesorada por tanto que el formulario no da cuenta sobre la asesoría recibida, debe decirse que me aparto de la decisión en consideración a que no hay un estudio específico del caso que nos atañe, qué es referente a los hechos alegados por la demandante, ello a cuánto que la demandante cuando se vincula con mi representada o estaba alegando un desconocimiento de su afiliación al punto desconocer su firma de hecho en documentos anteriores y solicitudes anteriores, sin embargo en el presente caso dado que ha aceptado conocer o aceptar las afiliaciones a la misma, por el reconocimiento que hizo una vez la señora juez de poner en el presente los formularios de afiliación, sin embargo tomando el descontento de la demandante, indica que fue asesorada pero se contradice cuando nos dice que recibió una información y que esa información que le habían dado no fue la que habían prometido, pues ello es evidentemente contradictorio, sin embargo vayamos al punto de que la demandante cuando en el año 2003 según su dicho se da cuenta que estaba vinculada con Porvenir, debe decirse que hay una ratificación de su afiliación porque es claro que sí me encuentro en una entidad a la cual nunca me vincule y prosigo en esta entidad es porque tuvo que tener las condiciones establecidas del régimen de prima media y del régimen de ahorro individual, por lo tanto ese desconocimiento o falta de información o vicios del consentimiento que alega la parte demandante no quedaron probados en el proceso en consideración a que desde el año 2003 la demandante tenía ese descontento de estar vinculada con porvenir, sin embargo observemos qué es evidente que la demandante ratifica su decisión con base en la información recibida porque si llegamos al punto de establecer que no es dable el vincularnos a una entidad, que tenemos un descontento y posteriormente seguir ahí, la demandante tenía varias posibilidades en ese momento, uno seguir continuando y averiguar sobre la información que seguramente no lo hubiesen dado o dos, haber solicitado una nulidad a la filiación o las denuncias penales, pero observemos que no hay evidencia de dichas denuncias en este proceso que se hayan dado a conocer, debe decirse que no se tiene en cuenta esas condiciones para el momento de la vinculación de la demandante porque se está haciendo una exigencia y tal es así que se está violando o hay una interpretación errónea del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y es que no se está teniendo en cuenta que las vinculaciones que hacían los afiliados es tan optativo que esa libertad de escogencia lo exige de manera escrita y el único documento que se escribía para esa fecha pues es ese documento de formulario de vinculación, entonces no se puede desconocer porque entonces estamos desconociendo el artículo 13 de la ley 100 de 1993 de paso olvidamos que quienes hacen estos formularios de vinculación precisamente no son las administradoras de pensiones si no es por orden de la superintendencia financiera, quién es la que establece el formato de estos formularios, así que desconocerse y exigirse a Porvenir que debía a llegar documentos adicionales y aplicarse de manera automática a una sentencia, pues considero que es desproporcionado y atenta contra la seguridad jurídica en la que debe prohiar en este caso velar los operadores de Justicia si observamos no hay ninguna violación de norma alguna para dicho momento, es diferente cuando ya se viene a dar después del año 2014 y tampoco es que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

mi representada hubiese hecho un despojo, para ese momento sentencias referentes a la nulidad de la filiación y si observamos la sentencia 31989 debemos tener presente que no son los mismos hechos facticos que alega la parte demandada son totalmente distantes porque si vemos el caso de la demandante no tenía ninguna condición de ser pensionada o estar próxima a pensionarse, es así como debió observar o hacer un análisis en referencia al caso de la demandante más aun cuando estaba alegando un desconocimiento de su firma y cuando se confiesa la misma demandante que ella había firmado dichos documentos, así que recae en su peso la falta de asesoría alegada por la parte demandante y más bien se entiende que hay una ratificación de estar vinculada en el régimen de ahorro individual desde el año 2003 según la parte demandante porque hay unas condiciones que son aceptadas por la parte demandante y no se trasladó habiendo podido hacerlo en dicha oportunidad, alegando precisamente ese fraude que en ese momento pensaba, en estas condiciones solicito a los honorables magistrados se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de las codenas impartidas, gracias señora juez.

CONSIDERACIONES

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

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA RUTH MANRIQUE TORRES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 09 2018 00588 01 Dte: MARTHA RUTH
MANRIQUE TORRES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 05 2019 0081 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA ALCIRA GARZON

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 17 de junio de 2020, por la apelación, presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, los apoderados de la parte actora y Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ANTECEDENTES

La señora GLORIA ALCIRA GARZÓN GALAN, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare qué fue inducida en error por la AFP PORVENIR SA al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado de régimen pensional. Que como consecuencia de lo anterior se condene a PORVENIR SA a comunicar a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación a dicho fondo. Que se condene a la demandada PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados desde septiembre de 1999 e incluir dentro del valor, los aportes en el 100% de los efectivamente cancelados con los rendimientos que se hayan generado. Que se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la historia laboral de la demandante por el tiempo que ha venido cotizando al mismo. Que se condene a las demandadas al pago de las costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probados dentro del proceso. Que se condene a las demandadas a lo que extra y ultra petita resulte probado en el proceso. (fl.- 1-2)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que nació el 7 de mayo de 1960.
- Que estuvo afiliada al Instituto de SEGUROS SOCIALES en forma ininterrumpida durante el período comprendido entre el 15 de septiembre 1983 y el 2 de septiembre de 1999 acumulando un total de 645,71 semanas de vida bien cotizadas según la historia laboral expedida.
- A partir del mes de septiembre de 1999 atendió solicitud de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. cotizando desde el primero de septiembre de 1999 y hasta el 12 de julio de 2018.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que la persona en representación de PORVENIR S.A. prestó el servicio de asesoría al momento de requerir el traslado de régimen contrario a lo considerado en su momento esto es no entregó la información con transparencia necesaria en la exposición de razones para garantizar el derecho a la afiliada a la toma de la decisión de selección de régimen pensional.
- Que la demandada no efectuó ni presentó proyecciones del modo de la pensión que le correspondería a la señora demandante.
- Que el asesor no le indicó que por efecto del traslado perdería todos los beneficios especiales y generales que podía obtener el régimen de prima media y sus consecuencias.
- Que le informaron que podría funcionar sea la que quisiese con el valor de la mesada pensional que no afectaría a las expectativas que traía del régimen de prima media.
- Que a la fecha cuenta con más de 1609,72 semanas cotizadas válidamente para efectos pensionales.
- Que no le informaron que antes de cumplir los 47 años de edad podía tomar la determinación de trasladarse sin ningún impedimento legal.
- Solicitudes a fin de conseguir la nulidad del traslado que se solicita. (fl.- 2-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 21, 22, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, intereses moratorios e indexación y compensación. (fl. 36 - 45).

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 10 y 12, los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl.-69 - 88).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 17 de junio de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por GLORIA ALCIRA GARZÓN GALÁN a través de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a que traslade a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO: COSTAS a cargo de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. cinco salarios mínimos como agencias en derecho.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.

Fundamento la decisión señalando que se declarará la nulidad del traslado por cuanto la administradora no demostró haber suministrado al actor información suficiente y completa. cómo se llega a esa conclusión? en cuanto al régimen de nulidad de la sentencia C - 345 de 2007 señala la existencia de un régimen de nulidad de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento concurre un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación error una actuación malintencionada dolo, o una presión indebida, fuerza, impacta negativamente la libertad individual ya que impiden que el consentimiento se preste manera auténtica y espontánea, la afectación de la libertad de en estos casos es evidente si se tiene en cuenta que constituye un



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

presupuesto de la autonomía privada que las personas no sólo representan correctamente la realidad sino que se expresen libremente en momento de celebrar un contrato, por ello que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, dolo o fuerzas son por decirlo alguna forma menos libres, así entonces los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento creando una apariencia que en realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico o más aún coaccionando al sujeto a una relación que no consentiría si tuviera plena libertad.

Pues bien, frente a estos casos de nulidad de traslado de régimen pensional muchos problemas jurídicos han surgido y se han debatido en los diferentes estados judiciales y en la Corte Suprema de Justicia, empezando por el tema de la prescripción de la acción, excepción propuesta por las demandadas en ese sentido se ha mencionado, se ha decantado que esta acción de nulidad o cómo lo ha tomado la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, está ineficacia del traslado fue abordado más por este aspecto es susceptible uno de estar sujeta al término criminal establecido en los artículos 488 del código Sustantivo del Trabajo, 151 del C.P.L: y de la S.S. concluyendo diferentes sentencias como en la Sl 1421 de 2019 de 4 de abril 10 de 2019 o en la SL 1688 de 2019, radicación 68838 del 8 de mayo de 2019, que esta acción en eficacia o nulidad no se encuentra sujeta ese término trienal dada la trascendencia del derecho que aquí está involucrado el derecho a la seguridad social, a la voz del artículo 48 superior un derecho irrenunciable y que debe analizarse a la luz también del derecho a la dignidad humana, en cuanto otros problemas jurídicos que han surgido en cuanto al tema de la carga de la prueba que quien ostenta la carga de la prueba pues ya llegó a la conclusión de en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba quién debe demostrar cuál fue la información completa y suficiente que brindó al afiliado está recae sobre las administradoras de fondos de pensiones, nótese que para el momento en que la señora demandante Claudia Camero suscribe el formulario de afiliación esto es el 19 de enero de 1996, ya se encontraba vigente el decreto 720 1994 y este decreto,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

establece en su Artículo 12, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, debe suministrar suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante la vinculación con ocasión las prestaciones a los cuales tenga derecho al afiliado nótese qué es tan importante este deber o eres tan importante el deber de estos motores que el artículo 10 este mismo decreto 720 incluye o consagra la responsabilidad que los errores que cometen los promotores pueden acarrear la responsabilidad patrimonial de las propias AFP, donde incurran en un error que ocasione un perjuicio al afiliado por no suministrar esa suficiente amplia y oportuna información.

Dicha normatividad que se repite ya se encontraba vigente al momento en que la señora Claudia firmó en el formato de afiliación efectivamente establece una característica muy especial de ese tipo información que no está plenamente demostrada con el formulario que figura a folio 179 del expediente es un formulario, un formato de formulario en el cual pues no sé advierte toda la información que se debió haberse suministrado a la señora Claudia para la toma de esta trascendente decisión, si bien no estaba establecido legalmente como lo menciona el apoderado de la parte demandada que se documentara, si está establecida la importancia y el grado de información suficiente amplia y oportuna no son en la afiliación sino durante la vinculación, en tal sentido se puede reducir a la asesoría la simple visita del asesor y simple firma del formato sino también durante la vinculación, durante 20 años tampoco se reportó prueba que le consta ese deber de proveer información al afiliado.

Igualmente se indicó a lo largo del proceso que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y contrario a lo señalado por las demandadas, esta protección no es únicamente destinada a cierto tipo de población sino todos los ciudadanos, deben ser merecedores del mismo tipo de asesoría, por lo que declaró la nulidad de la afiliación realizada por la actora a PORVENIR S.A., en los términos antes señalados.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES interpone recurso de apelación, señalando:

“Su señoría presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho para que sea estudiado por el Tribunal Superior de Bogotá y la misma sea revocada, toda vez que dentro del proceso no se logró demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento para así determinar la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pues de las pruebas allegadas y del interrogatorio de parte rendido por la demandante, se entiende que la misma fue por voluntad propia decidió permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad aceptando las condiciones mismas que establecen este régimen, así mismo se evidencia del interrogatorio de parte o de las pruebas allegadas que la demandante fue negligente pues la misma tampoco verificó la información dada por el fondo privado, así mismo, no se acercó al ISS hoy COLPENSIONES a verificar si realmente la información brindada respecto de que mi representada se iba a acabar y que este era el motivo por el cual la demandante se iba a trasladar, esto si fuera cierto, ahora bien, la demandante respecto a la validez del traslado de régimen se puede evidenciar que es válido, ya que cuando lo hizo no había ninguna prohibición legal que le prohibiera el traslado de régimen además de verificar que la demandante pudo haberse trasladado desde hace muchos años al régimen de prima media y esta no lo hizo, prefirió permanecer dentro de este régimen y subsanó cualquier error o vicio que existiese, así mismo la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del art. 2 de la ley 797 de 2003, toda vez que su solicitud de traslado de régimen pensional lo hizo cuando le faltaban ya menos de 10 años para pensionarse, por otro lado contrario a la decisión del despacho se debe verificar que el RAIS, se encuentra reglado por la Ley 100 de 1.993, este régimen es totalmente válido y las decisiones de las personas, la permanencia de las personas y las decisiones de pertenecer a cualquier régimen no deberían ser ilegales, pues es que este régimen no es ilegal, este régimen esta reglado que pasó por un proyecto de ley y fue aprobado, en ese sentido la demandante al momento de realizar su traslado y al momento de firmar el formulario, aceptó las condiciones mismas y el deber de información no solo recae en los fondos privados, también recae en el afiliado de estar informándose permanentemente del régimen al cual pertenece, es más no se



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

evidencia que la parte demandante se haya informado totalmente de su régimen y dejó librado al azar su futuro pensional y solamente cuando le faltaban 10 años fue que se vino a preocupar sobre su futuro pensional ya que las condiciones en el RPM le eran más favorables ahora que si esta próxima a pensionarse. Por otro lado no se puede afectar la sostenibilidad financiera pues la declaratoria de nulidad se busca es para que COLPENSIONES le reconozca y pague una pensión de vejez que es financiada con las cotizaciones de las personas que si han permanecido dentro del régimen de prima media contrariando así el art. 48 de la C.P. en cuanto a la sostenibilidad financiera y ese argumento se encuentra sustentado en la sentencia C-1024 de 2004, en la que se manifiesta la descapitalización del fondo común, si bien, se esta recibiendo a la demandante y se esta recibiendo los aportes de la misma a futuro no es rentable para COLPENSIONES pagarle una prestación, pues se esta afectando a las personas que si han permanecido en el régimen y se esta descapitalizando el fondo común de estas personas que si han estado dentro del régimen y si han contribuido al mismo y por último se debe probar que la falta de información debe ser probada por la demandante, así lo establece el art. 167 del C.G.P. pues incumbe a la parte demandante demostrar cualquier vicio o cualquier manifestación que este informando que llevase a la declaratoria de nulidad, aquí no se evidenció eso, en este artículo es totalmente constitucional y así lo declaró la sentencia del 2016, por tanto solicito al H. Tribunal se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones dela demanda y que no se declare la nulidad para así recibir a la demandante en el régimen de prima media. Gracias”

Por su parte el apoderado de PORVENIR S.A., indicó:

“Me permito manifestar que interpongo recurso de apelación y por favor le solicito me sean escuchados en la totalidad mis argumentos. Mi primer argumento es respecto a la argumentación del juez en el sentido que se esta haciendo un análisis filosófico de la norma y el deber ser jurídico de la norma respecto a condiciones mínimas de los regímenes pensionales y al respecto y pues primero quiero indicarles a los H. Magistrados que el debate jurídico y la fijación del litigio no gira entorno a las calidades filosóficas y de dignidad humana de la ley 100, por el contrario acá estamos discutiendo es si la demandante recibió o no la información suficiente y necesaria de conformidad con las disposiciones legales y normativas del momento para encontrar si



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

estamos hablando o discutiendo sobre un tema de nulidad del traslado, en este sentido las consideraciones del juez en cuanto a que no existe una equivalencia entre los regímenes pensionales, pues no es un asunto que sea atribuible discutir, puesto que la ley 100 de 1.993 tiene plena validez y ha sido estudiada de forma reiterada por la Corte Constitucional y en este sentido es completamente exequible y cuenta con la plena capacidad para ser una norma rectora ese tipo de contratos y disposiciones reglamentarias se ha cumplidas En este sentido creo que es inevitable tener en cuenta la vigencia de las normas al momento de la afiliación de la demandante puesto que no tendría sentido y es así que estoy convencido que a las personas se le sea atribuido o sean obligadas a cumplir obligaciones que ni el ordenamiento jurídico preveía como también que es una carga probatoria imposible, jurídicamente hablando en cuanto a que y es lo que se reiteró en los argumentos de conclusión de la primera instancia y es que si el ordenamiento jurídico determinaba que se debía dar una información clara y suficiente pues eso fue lo que se le brindó a la señora GLORIA y así lo determinó en el interrogatorio de parte, por el contrario si la norma así lo determinó la norma, es que usted fondo de pensiones necesito que me brinde una información, necesito que me firme una serie de documentos del afiliado como lo puede ser una simulación pensional entre uno y otro régimen, una liquidación previa, un reglamento o en fin cualquiera de los argumentos que ha determinado la corte como requisitos mínimos para partir que se esta cumpliendo el deber de información entonces en ese caso si se le es atribuible a los fondos de pensiones demostrarlo y documentar esa información, sin embargo la norma jurídica adolece de ese tipo de especificidades y que solo se dieron con la evolución del tiempo y que para el momento no era aplicable al fondo de pensiones. 'por otro lado es preciso indicar que acá no estamos hablando de una discusión económica, que fondo tiene más o menos expectativa en cuanto al valor de la mesada pensional y desde el momento cero de su afiliación siempre le han asistido todas las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, es más como ella misma lo manifestó (...) como le estaba diciendo a los H. Magistrados que acá no es una discusión económica respecto a cual régimen ofrece expectativa pensional superior, o inferior, acá lo que se habla es respecto de la información que se le brindó y en este sentido pues la demandante como lo indicó en el interrogatorio de parte una de las características por las que decisión cambiarse de régimen y esto lo único que puede indicar es que si cumplía a cabalidad con la intención 'del fondo de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pensiones y no tiene sentido que luego del paso del tiempo se de cuenta que su expectativa pensional no es la que esperaba pues solicite el traslado porque solamente no le alcanza el dinero para vivir, esto en que sentido, en el sentido de que desde el momento siempre ha tenido las salvaguardas para las contingencias de vejez, de invalidez y muerte, por lo tanto que considero que el objeto del litigio se difuminó un poco y terminamos hablando de otros asuntos que considero que en el proceso si se ha demostrado que el asesoramiento fue suficiente y necesario de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente para dicho momento. En este sentido le solicito al H. Tribunal que absuelva a mi representada de todas y cada una de las súplicas de la demanda y revoque la sentencia proferida por el acá Juez.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, los recursos interpuestos por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA ALCIRA GARZÓN GALÁN, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de Régimen efectuado, de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A., en septiembre de 1999, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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

Ahora bien, en el presente caso, se encuentra que la parte demandada acepta en su recurso que no le fue brindada a la actora ninguna clase de asesoría al momento de la suscripción del formulario, argumentando para



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ello que la actora en su interrogatorio de parte señaló que fue su empleador en compañía de la contadora de la empresa quien le entregó el formulario para su firma, hecho éste que para las apelantes es razón suficiente para negar el traslado deprecado.

En cuanto a lo anterior, y contrario a lo señalado por las apelantes, esta circunstancia hace que adquiera mayor fuerza la ineficacia deprecada por el Juez de Primer Grado, ya que es responsabilidad de las AFP, brindar la información necesaria al momento en que los posibles afiliados suscriben y materializan dicha afiliación y no entregar a terceros los formularios para que éstos se encarguen y suplan dicha función.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2019 0081 01 Dte: GLORIA ALCIRA GARZÓN
GALAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


**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. 03 2019 203 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ROSA CECILIA GARCÍA PUENTES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 19 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor ésta última.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de la parte actora y demandada PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Solicitó la parte actora que se declare la nulidad de la afiliación de la señora ROSA CECILIA GARCÍA PUENTES y realizada a la AFP PORVENIR S.A., que se condene a esta demandada, a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que tenga en la cuenta la actora. Que se condene a la demandada a reembolsar en forma integral los cobros y gastos de administración, descontados de los aportes pensionales. Que se condene a la demandada COLPENSIONES, a aceptar el retorno, recibiendo los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración. Que se condene a la demandada al pago de 50 SMLMV, como consecuencia de la conducta atentatoria contra de su derecho pensional. Que se condene a las demandas a los demás derechos que resulten probados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fl.- 7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que desde el inicio de su vida laboral se encontraba afiliada a PORVENIR S.A. hasta que suscribió el formulario de afiliación con la AFP PORVENIR.
- Que los asesores de la demandada no tenían un aplico conocimiento sobre temas de seguridad social.
- Que la indujeron en error y por ello se vinculó a dicho fondo.
- Que le indicaron que no perdería ningún beneficio pensional.
- Que se le indujo de manera inapropiada a vincularse al RAIS.
- Que nunca le indicaron los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse.
- Que nunca le suministraron información consistente, veraz y objetivamente verificable a su mandante que corroboraran las promesas con las cuales fue inducida al traslado.
- Que nunca le realizaron una eventual simulación o comparación del valor de la mesada pensional
- Que ha solicitado se declare la nulidad del traslado realizado. (fl.- 6-7)



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en numerales 16, 26, 28, 29, 31, 32 y 33, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de prescripción e la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (fl. 51 - 65).

Por su parte, la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 2, 16, 34 y 35, para los demás señaló que no lo son o que no le contestan. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (Cd. Folio 90).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 19 de octubre del año 2020, declaró:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado de la demandante ROSA CECILIA GARCÍA PUENTES, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PORVENIR SA realizado el 2 de julio de 2004, con efectividad a partir del 1 de septiembre de la misma anualidad, para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen solidario de prima media



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

administrado por pensiones todo de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO Condenar a la AF PORVENIR S.A. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante ROSA CECILIA GARCÍA PUENTES por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haber realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento algo, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A., para que proceda a activar la filiación de la demandante ROSA CECILIA GARCÍA PUENTES como si nunca se hubiese trasladado el régimen de prima media con prestación definida y Asimismo actualizar la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO declarar no probada la excepción de prescripción por puesta por las demandas, conforme a la parte motiva.

QUINTO: Condenar en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, las que se tasa en la suma de \$1.000.000,00 a cargo de cada una”.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que revisados en su conjunto tanto el escrito de la demanda como los escritos de contestación de esa demanda se puede extraer que lo discutido en el presente juicio radica en determinar si se presentó una ineficacia en el momento del traslado de la demandante al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 2 de julio de 2004, la cual consiste en que se la hicieron inducir en error o engaño en razón a que no se suministra una información completa sobre las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen a otro.

Luego de realizar un recuento del acervo probatorio señaló que en la fecha del traslado ya existían normas que obligaban a los fondos administradoras de pensiones a brindar una información completa, veraz y oportuna, en el momento de la promoción de la afiliación, así lo dejó establecido el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, cuando consagra obligaciones de los promotores, los promotores que emplea en la sociedad administradoras del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho al afiliado, de suerte que al revisar los medios de prueba no se logró establecer cuál fue la información que se le brindó a la demandante, pese a que, en el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada manifiesta que se les capacitaba a sus promotores comerciales para brindar esa información completa acerca de uno y otro régimen, lo cierto es que no se logró establecer fehacientemente y con medios de prueba cuál fue esa información que se le brindo tanto un régimen de un régimen como del otro.

Igualmente indicó que tampoco se logró establecer cuál fue la capacitación que se le brindo exactamente al promotor comercial que abordó a la aquí demandante, no es suficiente con que lo afirme, sino que debe probarlo recuérdese que en su interrogatorio no manifiesta que se les brindaba y se les daba una capacitación específica de sus promotores comerciales, sobre las condiciones de uno y otro régimen de suerte que ni siquiera eso fue aportado al expediente.

Frente a la carga de la prueba e interpretando las normas vigentes para la época, se vino pronunciando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente lo hizo el 9 de septiembre del año 2008, entre el radicado 31.989 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, allí claramente preciso frente a la carga de la prueba en esas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino de los silencios que cuando el profesional que ha de tener la iniciativa proporcional todo aquello que resulta relevante para la toma de decisiones que se persiga, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor, a la entidad demandada y si párrafo específico que habla de la carga de la prueba fue nuevamente retomada por la doctrina del presidente vertical emanada del órgano vértice máximo de esta jurisdicción dentro del radicado No 543814 del 14 de Noviembre del año 2018, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Gerardo Botero Zuluaga, pero allí



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

adicionalmente específico en concreto qué es lo que se debe haber informado y como debe probarse, allí concluyó la alta Corporación de manera que conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que primero la insuficiencia de la información general, segundo no será suficiente la simple suscripción de formulario si no el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad de manera que aquí no hay forma de cotejar con la información brindada porque se echa de menos cuál fue la información que se le brindó a la demandante en el momento del traslado, y tercero términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradoras de fondo de pensiones, a llegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, y no sea llegó ningún dato de acuerdo con el análisis probatorio que ya tuvo oportunidad de hacer este operador judicial, de igual forma tampoco es suficiente la suscripción voluntaria del formulario tal y como lo tiene establecido la misma doctrina del precedente vertical y específicamente lo estudio dentro del radicado 68.852 del 3 de abril del año que transcurre, con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde indico la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que la afirmación consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre y espontánea sin presiones otro tipo de leyenda de este tipo va a llover acciones no son suficientes para dar por demostrar el deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora en los términos arriba señalados.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada PORVENIR S.A., señaló:

“Siendo esta la oportunidad pertinente, manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra a la sentencia emitida por el despacho, por las siguientes consideraciones.

Me aparto de la decisión emitida en consideración de que la demandante fue debidamente asesorada con los lineamientos para el proceso de su traslado, ello conforme lo refiere el artículo 13 de la ley 100 de 1993 la cual establece



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que cualquier persona que desee vincularse a cualquiera de los 2 regímenes pensionales, debe hacer la manifestación por escrito, manifestación por escrito que es consolidado y es conforme a lo establecido por la superintendencia financiera la cual creó el formato, que es un formulario de afiliación, un aviso asesorado las personas interesadas, ellos afirman y con la aceptación de vincularse al fondo. Debe decirse que la demandante ha estado vinculada desde el año 2004 y desde dicha fecha al momento el de su demanda pretende la nulidad de la afiliación, porque eso fue lo que invoco y conforme se reconoce por el despacho arguyendo a que no le dieron una información completa, sin embargo, como lo dije mis alegatos de conclusión la demandante iniciando su interrogatorio indicó que Porvenir lo único que le había dicho era que se iba a pensionar más joven y con una pensión mejor, sin embargo, allí es donde encuentro y observo que hay una falta de valoración, de apreciación del interrogatorio de parte por tanto que, como surge este proceso, este proceso surge con ocasión máxime cuando se pretende la nulidad surge y deviene las pretensiones con ocasión que la demandante, según ella, dice que no le dieron la información, pero observemos que en su demanda no dijo que no recordaba lo que le dijeron en esa asesoría, la demandante manifiesta y allí es donde observo que hay una indebida apreciación de este interrogatorio, la demandante no es que no recuerde que le hubieran dicho la información sino que la misma demandante confesó que no se acuerda de la asesoría, entonces mal fue indicar en sus hechos demanda, porque esa es la controversia que arma la demandante, indicar que no le dieron la información, cuándo no podemos hablar de un engaño cuando la demandante ni siquiera se acuerda de la asesoría que le dieron, porque es ahí donde está y donde observó que la apreciación equivocada, porque con ello se da por demostrado que la demandante fue asesorada, además observó que se le está dando credibilidad al interrogatorio de parte, cuando se dice la sentencia que concuerdan lo que dice la demandante al manifestar que no se le dio información, dice que el interrogatorio lo que busca no es favorecer a la demandante o tomarse el interrogatorio, pero acá si observamos y es el caso lo que se debía analizar en cuestión, no aplicarse por jurisprudencia, observó el análisis que hizo el despacho, pero discrepo ya como lo indique de la apreciación que se tuvo en el interrogatorio parte porque la demandante lo que dijo del interrogatorio es que no se acordaba de la asesoría, así que si el origen de este proceso fue un engaño mal puede o mal se hizo decretar la ineficacia de la filiación aun cuando ni siquiera lo había estimado la parte demandante, decretarse la ineficacia de la filiación por cuánto ese engaño y esa falta de información, no es lo que dijo la demandante en su interrogatorio de parte, habló fue de un olvido de la asesoría que se le dio, así que se derriba estas pretensiones y estos hechos, y no se podía decretar la ineficacia de la afiliación, ahora, se condena a mi representada por una jurisprudencia, téngase presente que al no existir este vicio del consentimiento, este engaño que alude la parte demandante debe decirse que mal también se podía condenar a mi representada a que devolviera todos los dineros sin descuento alguno, porque es que acá no existe un mal proceder o mala fe por parte de mi representada, porque cuando se dice que de mi representada con su propio capital responder por todas las mermas, esto es contradictorio porque es que son 2 regímenes



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pensionales que están legalmente establecidos por la ley entonces mal podemos decir que Porvenir debe responder por las mermas, es cómo si se tratara decir que responder por lo que le toque pagar en el régimen de prima media y ello es equivocado porque no existe una ilegalidad de la norma, ni siquiera se ha declarado inaccesible, existe la norma, existen los 2 regímenes pensionales en Colombia. La parte demandante es clara en confesar que tenía la oportunidad de retornar y que no lo hizo incurre en omisión, en la sentencia no se habla de una versión, simplemente se habla de la falta de información de la administradora de pensiones, pero no se observa que la demandante fue omisiva porque así el código civil lo regula claramente, y un contrato más como es la afiliación que hace la parte demandante no solamente las obligaciones existen entre la administradora de pensiones si no también del afiliado, el afiliado debe tener un cuidado, porque que se gana con haberse dado la asesoría a la demandante para que al cabo de unos años como lo está haciendo hoy, diga que no se acuerda pero que quiere la nulidad de la afiliación, aclarando que eso no fue lo que invocó la demandante, la demandante invocó un vicio del consentimiento, un engaño y acá no se encontró los restos, entonces queda probado que Porvenir no la engañó porque acá lo que pasa es que la demandante olvidó la asesoría que se le dio, por tanto no se podía condenar a mi representada a que deba devolver mermas y aplicarse de manera automática, porque consideró que allí donde se separa de la apreciación o el estudio objetivo sobre cada caso, si vemos esas sentencias que devinieron de la que citó el despacho, del año 2019, esa es una sentencia que ya venía incorporando lo que pasó en la sentencia 33083 y 31989, que fue lo que pasó en esa sentencia 33083 y 31989, resulta que las demandantes demostraron en ese caso el engaño en el que había ocasionado esta administradora de pensiones y cómo se probó, se evidenció y se recaudó medios probatorios contundentes que saltaron al ojo y se observaron testimoniales documentales donde le prometen una mejor pensión, si miramos el caso de la demandante, la demandante dice, en primera oportunidad que es que le prometieron una mejor pensión, pero debe decirse que eso no se probó en el caso entonces no puede decirse además que fuera de que decretarse la nulidad de afiliación cuando la demandante arguye un engaño que no existe, y que ella lo que pasa es que no recuerda la asesoría deba mi representada devolver estos dineros, entonces no podemos argüir lo requerido. Ahora, el despacho observa y de ahí también considero que una apreciación equivocada sobre esta prueba del interrogatorio, que lo único que recuerda la demandante es que le dijeron que le iban a reconocer una pensión mejor, no es posible que la demandante sí reconoce o si se acuerda de algo malo pese a que es contradictoria esa apreciación que se hace en la sentencia, es que no es posible que lo único que recuerde es que le iban a dar una mejor pensión y después diga que ella no se acuerda de la asesoría que le dimos, así las cosas, considero que esos hechos y esas pretensiones no tienen ningún aval, y por esa razón le solicito a los honorables magistrados se revoque la sentencia ya que no había lugar a decreto de la ineficacia de la filiación por la razón ya ardidada, de otra parte tampoco tenía que condenarse a mi representada a que deba hacerse cargo de las mermas a detrimento que sufran los dineros de la demandante por qué la demandante acá hizo un análisis que no se tuvo en cuenta en el proceso, es que en la sentencia ya que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

la demandante no hay prueba que desvirtúe es que la demandante ha estado vinculada con mi representada y durante esta vinculación cubierto los riesgos de invalidez, es un hecho que no se puede desvirtuar, la demandante hoy por hoy se encuentra debidamente asegurada conforme a los pasos que ha realizado, ahora los dineros que la demandante hizo o los dinero referentes a los descuentos de cubrir es el riesgo se ocasionaron, se ocasionó, porque el año pasado, o sea se ocasionó año a año, no es posible que porvenir de va a devolver dineros cuando es el riesgo de la demandante se cubrió, ahora, tenemos lo contradictorio que son estos procesos es que, de hecho lamentablemente en el transcurso del proceso algunos afiliados fallecen y que pasa, que sus herederos o beneficiarios que dice decisión del proceso y otra por la solicitud pensional a por el dinero que hay en la cuenta del afiliado, así que eso no de ninguna fuerza jurídica para decretarse la nulidad de la afiliación, máxime cuando son los mismos herederos y beneficiarios quienes desisten de estos procesos cuando el afiliado fallece, así las cosas, como quiera que en este proceso en primer lugar, no se evidencio esa alegación principal que originó las pretensiones de la demandante porque no ha nacido precisamente porque la demandante no se acuerda de la asesoría mal puede hablarse de un engaño, así las cosas solicitó a los honorables magistrados se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de las condenas impartidas, valga manifestar que en caso de que se confirme la sentencia se estudie lo referente a que no puede haber lugar a que mi representada no descuenta gastos de administración, o de dineros pertenecientes de la misma, con ocasión a que esos dineros se dieron, así mismo que tampoco se confunda los dos regímenes pensionales ya que ello es ilegal, hacer reconocer dineros en el régimen de prima media o devolver el régimen de prima media con el régimen de ahorro individual cuando no es de su naturaleza, ya que son dos regímenes totalmente diferentes y legalmente establecidos, en esas condiciones dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES indicó:

“Muchas gracias su señoría, encontrándome en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso --- y sobre el criterio por el cual fundamento este recurso de apelación se basa sobre 3 pilares esenciales o fundamentales; el primero sobre el cuál se hizo alusión por parte de este apoderado y es justamente sobre las características prácticas que dieron origen a esta litis y con lo que posteriormente se llevó a la sentencia, el segundo ese paralelo frente a las diferentes paradigmas que se ha expresado por parte de la honorable corte suprema de justicia en la corte constitucional y por último se concluirá con el tema de las costas procesales, sobre ello su señoría y honorables magistrados me permito hacer la intervención, solicitándoles en primeras medidas se tengan en cuenta los criterios que fueron esbozados de parte de este apoderado dentro de las alegaciones conclusivas en ‘primera instancia, ello por cuanto a que, por que son el eje central o el eje temático por el cual este apoderado ha hecho la defensa que de caso nos ha ocupado, se debe tener en consideración que si bien es cierto los criterios ---. Como hacia expresión sobre los elementos materiales



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

probatorios o más bien, sobre las pruebas que ya fueron vertidas en la diligencia en primera instancia se pudo efectivamente concluir que no existían circunstancias por las cuales declarar la ineficacia del traslado por la señora Ross y ello por cuanto dentro de los criterios que tomó el despacho en primera instancia, no era admisible hacer manifestaciones sobre la presunta ausencia de información del asesor de la FP como se presenta en el escrito de la demanda a lo que se pudo justamente acreditar dentro del interrogatorio de parte, porque es que es muy distinto empezando desde la forma gramatical a hacer enunciación sobre una ausencia o no de información o un suministro de información a simplemente manifestar no me acuerdo, es muy distinto, y es muy distinto una persona que diga en una demanda es que no me brindaron ningún tipo de información y en la diligencia decir no me acuerdo, no me acuerdo de cuando me traslade, no me acuerdo del asesor, no me acuerdo que me dijeron, no me acuerdo que no me dijeron, sobre ello entonces y como siempre lo ha dicho este apoderado la inversión de la carga de la prueba no es automática, la misma tiene unos pilares constitucionales como la sentencia C 186 sobre las cuales la misma corte constitucional como garante de la constitución política nos ha enunciado o nos ha dicho que esta carga o que esta inversión de la carga probatoria es siempre y cuando se encuentre debidamente fundamentado, entonces bajo esta circunstancia cuales o cual es el fundamento que tomó el despacho para entonces invertir la carga probatoria, como se ha dicho, lo ha hecho en secciones el despacho en primera instancia, los criterios de la corte suprema de justicia, pero es que los criterios de la corte suprema no son aplicables para el caso en concreto porque en este caso no estamos ante a las mismas circunstancias a las que las personas siempre han hecho ilusión y sobre o me informaron, no me dijeron, es que no se ni me acuerdo, para efectos de decir no me acuerdo, entonces que acredita y que desvirtúa, es que ni la misma demandante dice que es lo que se tiene que acreditar o desvirtuar de las AFPs o los diferentes administradores pensionales, situaciones por las cuales este apoderado con todo el respeto y como ha dicho en precedencia respeta pero no comparte el criterio del despacho frente al valor probatorio que se le dio a la misma, como se hace enunciación y como fue enunciado al principio de esta apelación, el segundo pilar sobre el cual se fundamenta, es aquel que tiene que tiene que ver frente a los criterios jurisprudenciales de la corte suprema de justicia los cuales van en contravía de la corte constitucional, sobre ello el despacho en primera instancia y solicitó al tribunal que haga enunciación taxativa y explicativa frente a qué punto el test de ponderación y proporcionalidad de que, frente a los diferentes criterios de las altas cortes y sobre ello por cuanto la corte constitucional ya dijo en qué casos procede un traslado de una persona, cuando no se adecuan, afectación del principio de sostenibilidad financiera, anticipo de seguridad jurídica, y de la seguridad social a todos los afiliados, no existe esa diferenciación, simplemente dicen la corte suprema como el presente vertical se debe aplicar su criterio lo cual es como se dice en otras sentencias tales como SU 062, la 130, entre otras de las cuales ya existe una abundante jurisprudencia por parte del órgano constitucional se ha dicho que no es plausible tramitar un traslado automático por simplemente hacer una manifestación como no recibir información o como se puede verter de instancia no se acuerda, es que no se acuerda ni siquiera si recibió o no recibió, entonces



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

sobre las cuales no debería ser aplicado. Y por último, el tercer ítem sobre el cual hago referencia es sobre las costas procesales, entiende este apoderado la norma que ha hecho en cita el despacho en primera instancia y justamente el espíritu legislativo y las costas como aquella imposición que se colocan, no obstante, las costas en agencias en derecho en el caso que hoy en día nos convoca no se debe aplicar y ello por cuanto que primero cómo se hizo al principio de la intervención de las alegaciones conclusivas de este apoderado, Colpensiones debe, es que está obligado por el imperio normativo y legislativo, es que está obligado a mostrar oposición porque es que la demandante se encontraba dentro de la prohibición legal establecida por la ley 100 del 93 especialmente por la 197 ello es encontrarse dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, en caso de que Colpensiones no presentara oposición pues fácilmente prevaricato por acción, Colpensiones obviamente debe realizar una defensa, más aún cuando estamos ante un principio constitucional, principio de buena fe, se entiende entonces que si se encuentra el traslado ante una AFP pues bajo el principio de la buena fe se entiende que tiene toda la información necesaria y en caso de que no existiera debe ser algún otro tramite, --- y no presente defensa cuando es que está obligada por ley, no puede permitir ningún traslado, entonces bajo esos términos existe una parte que cumple un deber legal, entonces bajo esos términos no entiende este apoderado el por qué se le hace la condena y más aún de 1.000.000 de pesos por agencias y costas del proceso que fueron vertibles en la presente. Estos son los tres pilares con los cuales solicitó al tribunal se revoque, así mismo como consecuencia se absuelva a mi representada de lo que fue condenada en primera instancia, muchas gracias su señoría y muchas gracias honorables magistrados”.

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y teniendo en cuenta los recursos interpuestos por las demandas, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ROSA CECILIA PUENTES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Ahora bien, en el presente caso, se encuentra que la parte demandada acepta en su recurso que no le fue brindada a la actora ninguna clase de asesoría al momento de la suscripción del formulario, argumentando para ello que la actora en su interrogatorio de parte señaló que fue su empleador en compañía de la contadora de la empresa quien le entregó el formulario para su firma, hecho éste que para las apelantes es razón suficiente para negar el traslado deprecado.

En cuanto a lo anterior, y contrario a lo señalado por las apelantes, esta circunstancia hace que adquiera mayor fuerza la ineficacia deprecada por el Juez de Primer Grado, ya que es responsabilidad de las AFP, brindar la información necesaria al momento en que los posibles afiliados suscriben y materializan dicha afiliación y no entregar a terceros los formularios para que éstos se encarguen y suplan dicha función.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

(Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

En lo que tiene que ver con la condena en costas en contra de las demandadas y en favor de la parte actora, se confirmará la misma, como quiera que de conformidad con el art. 365 del C.G.P. será condenada al pago de las misma, la parte que resulte vencida en juicio.

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 2013 01 Dte: ROSA CECILIA GARCÍA
PUENTES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No. 01-2017-0127-02

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: CIRO ALTURO PERDOMO

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. SANDRA PAOLA ANILLO DIAZ identificada con C.C. 1.050.038.302 y T.P. 271.077 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de diciembre de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la demandada Colpensiones presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor Ciro Alturo Perdomo por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se **DECLARE** que el demandante cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que tiene derecho a que se sustituya la pensión de alto riesgo por la de vejez, y en consecuencia solicita se condene a la demandada a reconocer la pensión de vejez a partir del 29 de julio de 2012 al ser más favorable al actor, junto con el retroactivo e intereses moratorios causados, y costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 29 de julio de 1952, acredita 1476 semanas de cotización, que fue pensionado por actividades de alto riesgo, y que ahora pretende se conmute la prestación por vejez a lo cual se opone la entidad demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó los



**Proceso Ordinario Laboral 01 – 2017 – 0127 – 02 DTE: CIRO ALTURO PERDOMO DDO:
COLPENSIONES**

relacionados con la pensión por actividades de alto riesgo pretendida y aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe; prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES al reconocimiento de intereses moratorios, a favor del señor CIRO ALTURO PERDOMO identificado con C.C.5.966.063 a partir del 25 de mayo de 2012, sobre el saldo efectuado en la reliquidación realizada en la Resolución GNR 58957 del 24 de febrero de 2017, a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectúe el pago conforme lo expuesto.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás suplicas de la demanda impetradas en su contra, en tanto las mismas fueron resueltas en el decurso del proceso mediante la Resolución GNR58957 del 24 de febrero de 2017.

TERCERO: Sin costas para las partes en la presente instancia. Quedan las partes notificadas en estrados.

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado al señalar lo siguiente:

“En la oportunidad de la fijación del litigio la apoderada de la parte actora manifestó que mediante resolución GNR58957 del 24 de febrero de 2017 notificada al demandante con posteridad a la presentación de la demanda, en la misma se



**Proceso Ordinario Laboral 01 – 2017 – 0127 – 02 DTE: CIRO ALTURO PERDOMO DDO:
COLPENSIONES**

resuelven algunas de las pretensiones de la demanda, quedando pendiente lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de intereses moratorios; que las demás pretensiones ya se encontraban satisfechas ya que si bien en dicha resolución no se conmuta la pensión el ingreso base de liquidación fue el 90%, desde el 29 de mayo de 2012, reiterando que quedaba únicamente pendiente lo referente a los intereses moratorios, frente a lo cual en esa oportunidad manifestó la apoderada con lo considerado por el juzgado y la apoderada del demandante ya que con la liquidación se reconoció la reliquidación de la pensión; que obra resolución GNR 379681 del 14 de diciembre de 2016 en la que se niega inicialmente al demandante la reliquidación de la pensión de vejez folio 57 a 59, y la UVPB18822 del 25 de abril de 2016 en la que se resuelve un recurso de apelación interpuesto con la anterior resolución en este caso donde se solicita se conceda la pensión reconocida por alto riesgo en forma vitalicia con base en la liquidación del 90% folios 65 a 67, con lo que se cumple con la exigencia de procedibilidad de reclamación administrativa.

Que el problema jurídico y conforme a la fijación del litigio como quedó en la audiencia correspondiente, se circunscribe a determinar la procedencia y reconocimiento de intereses moratorios establecidos en el art 141 de la Ley 100 de 1993, se evidencia que la demandada dejó por fuera el tema de los intereses moratorios y que procede en este caso su reconocimiento; ya que desde el año 2012 Colpensiones se sustrajo del reconocimiento de dicha pensión, ya que en el caso del demandante contaba con más de 1400 semanas y que si bien es cierto la tasa de reemplazo es del 90% y se otorgó desde la fecha en que se le pidió, se debió también tener en cuenta estos intereses moratorios, ya que se reitera que la entidad dio como ciertas las pretensiones del demandante, que por su parte, Colpensiones indicó que se debía aplicar el precedente constitucional ya que los mismos proceden cuando existe mora o retardo en el pago de mesadas pensionales, y que proceden únicamente a partir de la fecha en que ha sido el acto administrativo mediante el cual se ordene el reconocimiento de las prestaciones, así mismo, indica que respecto del retroactivo no se causan intereses moratorios por cuanto la ley no lo permite.

Que debe hacerse claridad que la petición por intereses moratorios de la parte actora por el no reconocimiento oportuno para lo cual debe tener en cuenta el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en el presente caso conforme en un reciente pronunciamiento emanado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral del 25 de noviembre de 2020 SL4635-2020 y SL4658 de 2020 del 25 de noviembre de 2020 frente al tema de reconocimiento de intereses moratorios en reliquidaciones pensionales señaló que conforme la sentencia SL3130 ¿? Permite inferir que los intereses proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago alguno de los saldos o ante reajustes ordenados judicialmente; por lo anterior, permanece vigente el criterio jurisprudencial en torno al carácter resarcitorio de los intereses más no sancionatorio, por lo que no se revisa la buena fe de la entidad, con la salvedad en que en casos en que se niega el derecho pensional o definen su cuantía, y que la obligación se produce por la aplicación de las reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas; en segundo lugar, que los intereses sobre saldos de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada; que al demandante se le reconoció pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo mediante la Resolución 013346 del 1 de mayo de 2010 con una tasa de reemplazo del 72,06% en cuantía de \$700.828 y que mediante Resolución GNR 355 Colpensiones reliquidó la pensión de vejez reconocida en primera oportunidad al actor y en este caso cuando se hizo la reliquidación en segunda oportunidad a la prestación reconocida, y que mediante Resolución GNR 58957 del 24 de febrero de 2017 reliquidó en última oportunidad la pensión reconocida al actor a partir del 25 de mayo de 2012 con un IBL del 90%



**Proceso Ordinario Laboral 01 – 2017 – 0127 – 02 DTE: CIRO ALTURO PERDOMO DDO:
COLPENSIONES**

acreditando así lo manifestado por la apoderada del demandante en lo que tiene que ver con las suplicas de la demanda y siendo entonces el objeto del debate únicamente lo que tiene que ver en este asunto con los intereses de mora; que conforme al cambio de criterio jurisprudencial el cual acoge en su integridad no existe justificación para negar la procedencia de los intereses moratorios al tratarse de reajustes o reliquidación pensional, accederá a su reconocimiento únicamente sobre el saldo tenido en la reliquidación efectuada a partir del 25 de mayo de 2012, respecto de la prestación pensional reconocida al demandante teniendo en cuenta la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago. Se releva del estudio de las excepciones, sin condena en costas.

APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

“Interpongo recurso de apelación frente al pago de intereses moratorios, conforme el art. 141 de la Ley 100 de 1993, mi representada a la fecha no adeuda ninguna mesada pensional por lo que se solicita a los Honorables Magistrados se sirvan aplicar el precedente constitucional en lo que respecta a los intereses moratorios; aunado a esto, los intereses moratorios son aplicables a las pensiones reconocidas bajo la Ley 100 y la Ley 797 de 2003, por lo que estos no operan para las reliquidaciones sino para los reconocimientos y adicional a esto, la pensión que fue reconocida al demandante se aplicó bajo el régimen de transición, por lo anterior, y conforme a que los intereses moratorios aplican únicamente en los reconocimientos pensionales más no en la reliquidación se solicita se aplique el precedente constitucional frente a los intereses moratorios y también se contemplen las fechas en las que se hizo el reconocimiento y la reliquidación pensional del demandante, solicito se revoque la decisión de primera instancia y subsidiariamente contemplando que debe aplicarse el precedente constitucional se absuelva a mi representada de los intereses moratorios”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta el punto de apelación que obedece a la inconformidad por la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 respecto de la reliquidación pensional conforme la Resolución GNR58957 del 24 de febrero de 2017, al



**Proceso Ordinario Laboral 01 – 2017 – 0127 – 02 DTE: CIRO ALTURO PERDOMO DDO:
COLPENSIONES**

considerar su improcedencia al no tratarse de un reconocimiento pensional o mora en el pago de mesadas pensionales.

En primer lugar, es importante recordar y aclarar que, la fijación del litigio se circunscribió únicamente sobre el reconocimiento y pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y conforme el reconocimiento que hizo la demandada en curso del presente proceso por medio de la Resolución GNR 58957 del 24 de febrero de 2017.

En el precitado acto administrativo se dispuso a modificar la Resolución GNR379681 del 14 de diciembre de 2016, en el sentido de reliquidar la pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo reconocida mediante la Resolución 01346 del 11 de abril de 2010 a partir del 1 de mayo de ese mismo año, en cuantía inicial de \$700.828, conforme el Decreto 2090 de 2003, que reglamentó el artículo 17 de la Ley 797 de 2003.

Luego, es claro que tanto la controversia o problema jurídico giró en torno a la procedencia de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre la mentada reliquidación, y que ahora, ante la imposición a la demandada de la obligación a pagar tales intereses, la apoderada judicial de la misma solicita que se revoque tal condena, al alegar su improcedencia.

Se menciona en el recurso la imposibilidad para acceder a los intereses moratorios al tratarse de una pensión que fue reconocida al demandante bajo el régimen de transición, y al tratarse de una reliquidación pensional; frente a lo primero, entiende la Sala que la recurrente hace alusión al régimen establecido en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, esto es, que *“quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto*



**Proceso Ordinario Laboral 01 – 2017 – 0127 – 02 DTE: CIRO ALTURO PERDOMO DDO:
COLPENSIONES**

hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta le sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

La norma agrega en el párrafo, lo siguiente: *“Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003”.*

La anterior alusión, es necesaria para indicar que el demandante no es beneficiario del régimen de transición establecido en el Decreto 2090 de 2003 como lo refiere la apoderada de la demandada, puesto que incluso el extinto ISS mediante la Resolución inicial de reconocimiento (01346 de 14 de abril de 2010) señaló que el actor cotizó entre junio de 1994 y julio de 2003 un total de 467 semanas con porcentaje adicional, lo cual quiere decir que no alcanzó las 500 semanas requeridas en la norma, no obstante, para la fecha en que le fue reconocida la prestación contaba con 765 semanas con los 10 puntos adicionales, lo cual lo hizo beneficiario de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

Por otro lado, sobre la procedencia de intereses moratorios sobre al tratarse de una reliquidación a la que accedió la entidad mediante la Resolución GNR58957 del 24 de febrero de 2017, sea esta la oportunidad para recoger la posición que se venía adoptando frente a su improcedencia, por lo que, en adelante se acoge plenamente el precedente de la Sala de



**Proceso Ordinario Laboral 01 – 2017 – 0127 – 02 DTE: CIRO ALTURO PERDOMO DDO:
COLPENSIONES**

Casación Laboral, en el sentido que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden en eventos de reliquidaciones pensionales conforme la sentencia SL3130 de 2020 del 19 de agosto de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán., y en consecuencia, se despachará desfavorablemente el recurso en este aspecto.

Conforme las consideraciones anteriores, se confirmará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, 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



M o - 1 0 - 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO - R

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-662-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ OMAIRA FIGUEROA

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 agosto 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 Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir, Colpensiones, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la UGPP, estas dos últimas solicitan se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora LUZ FIGUEROA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

traslado de régimen que realizara el 6 de septiembre de 1999 a través de Porvenir S.A., como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su CAI junto con rendimientos financieros y bonos pensionales, ordenando a Colpensiones realizar todas las gestiones encaminadas a anular dicho traslado al RAIS y a recibirla sin solución de continuidad como afiliada. (fl. 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 6 de junio de 1963, que cotizó a Cajanal y al ISS un total de 535 semanas y el 6 de septiembre de 1999, encontrándose cotizando al ISS, se trasladó al RAIS a través de Porvenir, decisión que fue aparentemente libre y voluntaria; no obstante, no estuvo precedida de la suficiente información por parte del fondo que promovió el mismo, no hubo información acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen y desde su afiliación a este, ha cotizado 997 semanas, acreditando un total de 1532 semanas cotizadas al sistema pensional, que Porvenir tampoco le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran 10 años para llegar a la edad requerida para pensionarse y el 14 de agosto de 2019, le solicitó a Porvenir la anulación de su traslado y en igual sentido elevó derecho de petición ante Colpensiones. (fls. 2 y 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, 2, 9 y 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe. (fl. 44).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMARA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por su parte, la UGPP, de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1 y 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, error de derecho no vicia el consentimiento y buena fe (fl. 60)

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones en lo tocante a dicha cartera ministerial, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y violación al principio de sostenibilidad financiera. (fl. 69)

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1 y 9 manifestó no constarle el No. 10 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 125).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad del traslado de régimen realizado por el demandante al RAIS, condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas que recibió por parte de la demandante por concepto de aportes junto con rendimiento sin efectuar descuento de suma alguna por concepto de gastos de administración o seguros, condenó a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado del mismo, condenó en costas a Porvenir y absolvió de las pretensiones a la UGPP y a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (fl. 186)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Sea lo primero señalar que en cuanto a la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en sentencia del 23 de septiembre del año 2009 radicación 36132 señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que los Ministerios Públicos por intermedio de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

sus procuradores judiciales están plenamente facultados para intervenir en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción del trabajo como expresamente lo indica el artículo 16 del CPTSS, por lo que podrán sin restricción de ninguna naturaleza ejercer sus actividades para la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia y la conducta oficial parece autorizar la CP artículo 118 y para la defensa del orden jurídico el patrimonio público o de los derechos y garantías numeral 7 artículo 177 de la Constitución; siendo claro que en el caso que nos ocupa que la Doctora María Margarita Manotas González estaba plenamente facultada para intervenir como a bien lo hizo participando en la práctica de pruebas y rindiendo el concepto final en donde solicita que se acceda a las pretensiones incoadas por la parte demandante.

Tendríamos que revisar ahora una de las demandadas es la administradora de pensiones Colpensiones aclarando que la vinculación de la UGPP, se hizo de oficio al considerar que estábamos en presencia de un litis consorcio, tendríamos que revisar si se acredita el cumplimiento al requisito de procedibilidad solo a Colpensiones, toda vez que la voluntad de la parte demandante era única y exclusivamente que dentro del proceso se vinculara a colpensiones y a Porvenir las otras 2 demandadas se vincularon reitera en auto del 17 de octubre del año 2019 que admite la demanda. Al revisar el expediente a folio 15 aparece copia del formulario radicado ante Colpensiones por la demandante el día 10 de septiembre del año 2019 en donde está solicitando su traslado de régimen acreditándose de esta manera el cumplimiento del requisito de procedibilidad, la ley 100 de 1993 organiza el sistema de seguridad social y establece dos regímenes pensionales claramente diferenciados siendo estos RPM y el RAIS, conforme al artículo 1 de la ley 100 de 1993 y el 48 de la CP consagra el derecho a la seguridad social, derecho que se le ha otorgado la connotación de fundamental, en la sentencia C 986 del año 2009, señaló la Corte que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, el artículo 13 de la ley 100 consagra las características del sistema integral de seguridad social y en el literal B que la selección de uno de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, por su parte, el artículo 11 del Decreto reglamentario 692 de 1994 indica la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este.

Es así como para el caso bajo estudio, al revisar la documental aportada al expediente a folio 144 aparece una impresión de la página de Asofondos en donde se indica que la demandante encontrándose afiliada a Colpensiones se traslada a Porvenir en el año de 1999 por lo que es claro que la demandante se encuentra afiliada en el RAIS de donde llegó después de trasladarse del RPM como se indica en la certificación, ahora cuando fue ese traslado de régimen, a folio 183 aparece el formulario en donde la demandante se traslada de Colpensiones a Porvenir el 6 de septiembre de 1999; en principio al revisar este documento a folio 183 del plenario pues se acreditaría el cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para que este traslado tuviese plenos efectos jurídicos; sin embargo la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en reiteradas sentencias ha explicado que deben cumplirse unos presupuestos básicos para que se entienda cumplido este deber de información, en fallos de tutela la Corte Suprema indica la obligatoriedad de seguir el precedente judicial, no estoy señalando que los fallos de tutela tengan el efecto de erga omnes, solamente aplican para el caso frente al cual se pronuncia, se señala a seguir la obligatoriedad de seguir el precedente de la sentencia SL1452 del año 2019, este último no es de tutela y si es el precedente que los fallos de tutela consagran como obligatorios, estos fallos de tutela serían el 58524, 57368, 57458, 57938, 58288, 58740 entre otros en donde se reitera la obligatoriedad de seguir el precedente que la sentencia SL1452 del año 2019 radicación 68852 siendo magistrada ponente la Doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, para la Corte es claro que desde su fundación las administradoras ya se encontraban obligadas a dar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, más adelante señala la Corte en esta misma sentencia sobre el deber de información a fin de que puedan tomar una decisión consciente, de esta manera el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, usuario como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como de los riesgos y consecuencias del traslado, de la carga de la prueba inversiona a favor del afiliado según lo expuesto precedentemente es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen el que la virtud de generar en el juzgador la convicción que este contrato de aseguramiento goza de plena validez.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMARA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Lo primero que debe señalarse en el caso que nos ocupa es que el proceso laboral admite libertad, lo que indica que los hechos que constituyen el fundamento de las pretensiones y de las excepciones pueden acreditarse por cualquier medio probatorio siendo entonces pruebas válidas, los documentos, testimonios o lo confesado por la parte en el interrogatorio. Procedemos entonces a revisar de las pruebas halladas en el expediente si la parte demandada Porvenir cumplió con su carga, esto es si demostró que en el momento de traslado de régimen del demandante septiembre de 1999 le suministró la información clara, completa y comprensible que le permitiese tener un conocimiento pleno de las características, consecuencias e implicaciones del traslado, esto es si su consentimiento fue en forma; de la prueba documental aportada al expediente pues no se puede inferir válidamente que se cumplió con este deber de información, procedemos a revisar si de lo confesado por la demandante se puede inferir que si recibió este consentimiento informado, ella dice que se afilió en septiembre de 1999, estaba trabajando en Comcel, que gestión Humana les hizo una convocatoria porque había una persona de Porvenir que iba a dar una información que su dinero estaba en juego porque el ISS se iba a acabar, igualmente dice que se acercó una persona de Porvenir que llenó el formulario y ella lo firmó, que no hizo ninguna pregunta, que no se ejerció ninguna presión, sencillamente ella confió que el ISS se iba acabar y que se iba a pensionar más joven y con una mejor pensión, que no recibió ninguna asesoría por parte de Porvenir ni en el momento de la afiliación ni después.

Lo que es claro en el caso que nos ocupa como bien lo resalta la señora procuradora la Doctora María Margarita Manotas, la demandante no recibió ningún tipo de información por lo que en el caso que nos ocupa es claro que la parte demandada Porvenir no cumplió con su carga, esto es no demostró que en el momento del traslado de régimen suministro a la parte demandante la información clara y completa que le permitiera brindar un consentimiento informado, esto es no cumplió con los requisitos establecidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 68852 del 3 de abril del año 2019 entre otra cantidad de sentencias, por lo que en el caso que nos ocupa deberá accederse a las pretensiones incoadas por la parte demandante, esto es deberá declararse la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y en consecuencia deberá declararse que la demandante se encuentra válidamente afiliada RPM administrado por Colpensiones. en cuanto a la parte demandada Porvenir deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes junto con los intereses y los rendimientos sin que pueda descontar suma alguna correspondiente a gastos de administración o seguros entre otros, deberá condenarse a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen, en cuanto a las vinculadas a la litis pues este estrado judicial no va a imponer condena alguna indicando obviamente que deberán cumplir con las obligaciones que les competen frente al sistema de seguridad social integral por los períodos en que la demandante cotizó eventualmente a entidades del sector público.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir** recurrió señalando:

Este apoderado se aparta de manera respetuosa de la consideración hecha por el despacho en lo que corresponde a la aplicación del precedente jurisprudencial habida cuenta de que aun cuando el despacho refiere que no hace una aplicación de cada uno de los fallos de tutela si es de indicar que para este apoderado se evidencia que se hace una aplicación extensiva de dichos fallos, que según lo establecido en el artículo 86 de la CP como el decreto 2591, el control constitucional que hace la acción de tutela es en casos particulares y para el caso concreto es de indicar que aun cuando se imparte a los otros operadores judiciales a que acaten el precedente jurisprudencial es de indicar que también se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico colombiano que no se puede apartar el operador judicial de la aplicación del precedente jurisprudencial en el caso de que encuentre particularidades que le permiten hacer dicha distinción y para el caso concreto nos encontramos también refiriéndonos a lo que establece esa sentencia SL1452



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del 2019 que en su salvamento de votos establece que para la procedencia de estos traslados de régimen pensional por cuanto a la ineficacia se debe verificar si se causó un daño con el traslado de régimen pensional que realizó la demandante y se debe verificar si la señora Luz Omaira en el momento que realizó su traslado se le vulneró alguna expectativa pensional legítima consolidado bajo un ordenamiento jurídico anterior a la ley 100 de 1993 lo cual daría por acreditado ese perjuicio y para el caso concreto verificada la documental con la que se cuenta en el presente proceso pues no se encuentra acreditada dicha situación, con lo cual en ese sentido pues podría el despacho apartar el precedente jurisprudencial en ese sentido habida cuenta de que los fallos de tutela aplican es por la indebida o no aplicación de ese precedente respecto a esos casos concretos que tuvo oportunidad de estudiar la corte suprema.

En segunda medida es de indicar que de acuerdo a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se encontraba acreditado cuál era ese tipo de información clara y específica que se le debía otorgar a los afiliados con lo cual pues de acuerdo a lo establecido en los artículos 11 y 15 del Decreto 656 del año 1994 la prueba que daba cuenta de que ese traslado había surtido plenos efectos era la suscripción del formulario de vinculación situación que se acreditó en el presente proceso y que además de ello pues nos permite concluir que el acto de traslado pues tuvo plena eficacia en la medida en que para la época no se solicitaban pruebas adicionales lo cual pues no es dable darle aplicación a un acto jurídico que se consolidó bajo normas que no estaban en su momento y para hoy se juzgan con normas que nació de manera posterior y con ocasión a la expedición de normativa que no se aplicaba para ese momento téngase por tal la ley 1328 del 2009 y la ley 1748 del año 2014; así mismo el tercer aspecto de acuerdo a lo que se puede leer de manera conjunta entre el literal B del artículo 13 y el 271 de la ley 100 de 1993 tendría que verse que la ineficacia al sancionar ese acto que nació a la vida con ciertas falencias, esa sanción y por norma general del decreto de derecho las sanciones deben ser restrictivas y en este caso se restringen única y exclusivamente a las situaciones en las que se le encuentre acreditado que se dio un constreñimiento a la voluntad que tenía en su momento la demandante para expresar de manera clara su voluntad y en el caso concreto de lo que se puede ver en el interrogatorio de parte así como lo que se pudo establecer con la documental que se encontró en el expediente no se puede acreditar que la señora demandante hubiere sufrido algún tipo de situación específica que la hubiere coaccionado para manifestar su voluntad de manera oportuna y en ese sentido pues que le hubiese generado alguna presión para tomar una o otra decisión con lo cual pues este traslado cobró pleno su efecto jurídico en ese sentido su señoría y cerrando ese argumento considero que no procede la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Indicar que en lo que le corresponde a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual téngase en cuenta que los gastos de administración así como las primas de seguros cumplen una función específica en esa cuenta de ahorro individual y es primero mantener que los aportes que la señora demandante tiene en su cuenta genere unos rendimientos financieros que se ha mantenido durante más de los 20 años que haya estado vinculada con mi representada y de igual manera es de indicar su señoría que también pues cubren esos riesgos de invalidez y muerte situación que se encuentra también normada para el régimen de prima media en la cual también se descuentan unos gastos de administración que no se evidencian de la misma manera como se evidencian en el régimen de ahorro individual por cuenta de que en el régimen de reparto nos encontramos ante un fondo común pero igual se descuentan con lo cual que mi representada retorne dichos gastos sería tanto como dar lugar a que se diera un enriquecimiento sin causa por gastos que ya cumplieron una función dentro del historial pensional tal como lo ha establecido la superintendencia financiera de Colombia en concepto del día 17 de enero del año 2019, con lo cual también se va en contra de lo que establece el artículo 1746 del CC pues no se estaría retornando a la situación exactamente anterior al traslado de régimen sino al de la señora demandante, así las cosas su señoría y en la medida que no se encuentra probada situación alguna que dé lugar a la ineficacia ni es procedente la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante pues la conclusión es también que se revoque la condena en costas impuesta a mi representada por no cumplirse con lo estipulado en el Art 365 del CGP en su parte fáctica.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora LUZ FIGUEROA, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 6 de septiembre de 1999, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 183 del plenario, allegado por la demandada en mención.

En este orden, la figura de 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 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 y contrario a lo manifestado por Colpensiones 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 la recurrente Porvenir S.A. ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Luz Omaira Figueroa, 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 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP 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.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., este ha sido enfático 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 a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora LUZ FIGUEROA, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la señora Luz, toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por la demandada Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó tal circunstancia, de igual forma, la parte actora alegó la nulidad del traslado bajo estudio, por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMARA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; razón por la cual, este tipo de acción, se reitera, 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 ineffectividad 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.

De igual forma, tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en sus alegaciones, 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, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Sentado lo anterior, de igual forma procede señalar a la AFP recurrente que el concepto a que alude expedido por la Superintendencia Financiera, no es de obligatoria observancia para esta instancia judicial, como quiera que los únicos pronunciamientos que ostentan tal carácter, son los proferidos por el organismo de cierre de esta jurisdicción, esto es, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; alta Corporación que de igual forma ha señalado que **todos** lo afiliados del sistema pensional pueden acudir a la vía judicial alegando la ineficacia de traslado de régimen pensional, independientemente de si tienen una expectativa legítima pensional o son beneficiarios del régimen de transición; 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 del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, no se puede considerar libre



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

y voluntario; 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 el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

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: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora LUZ OMAIRA FIGUEROA, en el año de 1999.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31201900662-01 Dte: LUZ OMAIRA FIGUEROA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-0587-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: PERSONERIA DE BOGOTÁ D.C.

DEMANDADOS: COOMEVA EPS

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

Previo a proferir la sentencia correspondiente, se resolverá la solicitud de la demandada COOMEVA EPS de ordenar la suspensión del proceso, hasta tanto se proceda con la notificación personal al agente interventor.

Al respecto se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución N°006045 de 2021, ordenó la toma de posesión inmediata de bienes, haberes, negocios y para tales efectos por medio del artículo tercero de dicho acto administrativo, literal d) de aquel, advierte que en adelante, no se podrá iniciar, ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al agente especial, so pena de nulidad.

Tales normas consagran la imposibilidad de continuar o admitir demanda de ejecución en contra de la entidad objeto de toma de posesión;



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

presupuesto que no se configura en el presente asunto por cuanto éste proceso es de distinta naturaleza a los señalados en las referidas disposiciones, dado que el presente litigio corresponde a un proceso ordinario laboral de carácter declarativo, diferente a un proceso ejecutivo, por cuanto las pretensiones y excepciones no giran en torno a reclamar por la vía ejecutiva una obligación, clara, expresa y actualmente exigible, por el contrario, en el presente caso está en discusión la existencia de las obligaciones reclamadas en contra de la pasiva.

Por último, por medio del artículo 5° de la Resolución 006045 de 2021 la Superintendencia Nacional de Salud dispuso separar de COOMEVA EPS al Gerente o Representante Legal de la misma, y en el artículo siguiente, procedió a designar un agente especial, respecto del cual, el solicitante conforme el literal d) del artículo tercero del mentado acto administrativo, advierte que *“en adelante no se podrá continuar o iniciar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente el agente especial, so pena de nulidad”*, frente a lo cual, basta con decir, que en virtud de la designación del agente especial, este debe entenderse notificado por conducta concluyente, al quedar a cargo de la entidad.

En consecuencia, conforme las razones antes expuestas se rechaza la petición presentada.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a proferir, la presente decisión.



SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante Personería de Bogotá.

ANTECEDENTES

La Personería de Bogotá por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que la EPS COOMEVA incumplió lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 al no pronunciarse dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento, autorización y pago de prestaciones económicas, incapacidades y licencias de maternidad y paternidad canceladas por la Personería, para así obtener el reembolso de lo pagado a los siguientes trabajadores:

- Alicia Rosero Zambrano, vigencia 2014
- María Nery Marín Martínez, Farid Alberto Rodríguez García y Alicia Rosero, vigencia 2015



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

- María Constanza Marín Martínez y Carlos Guillermo Sánchez, vigencia 2016
- Luis Alejandro Sierra Montoya, Temenusca Bolívar Molino, Alexandra Castillo, Mónica Teresa Mejía y Diana Carolina Vélez, vigencia 2017
- Mónica Liliana Caicedo y María Inés Sánchez, vigencia 2019

Que, como consecuencia de los conceptos antes descritos, la demandada debe pagar las siguientes sumas:

- 2014: \$1.185.600
- 2015: \$8.437.000
- 2016: \$174.600
- 2017 Y 2018: \$51.062.966
- 2019: \$9.318.900

Para un total de \$70.179.066

Solicita se condena a la demandada al pago de los intereses moratorios conforme el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida por la DIAN, por el no pago de los aportes para las vigencias comprendidas entre el año 2014 a 2019, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, pagó oportunamente los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud por cada uno de los antes citados trabajadores, sin que se encuentre en mora, para las vigencias del año 2014 a 2019; que pese a que solicitó para cada anualidad el reembolso para cada periodo, teniendo en cuenta el término prescriptivo, la demandada no pagó lo reclamado, por lo que, por medio de petición de fecha



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

5 de febrero de 2019 solicitó a Coomeva información sobre los periodos sin pago por parte de la Personería de Bogotá D.C., y que había impedido el pago de algunas incapacidades; con fecha 18 de febrero de 2019 Coomeva dio respuesta indicando que a los trabajadores o afiliados objeto de reclamación no les había sido reconocido prestaciones económicas debido al incumplimiento de pagos, sin señalar los periodos en mora.

Que la demandada pagó parcialmente algunas incapacidades; que para el caso del afiliado Álvaro José Giraldo negó el pago de la licencia de paternidad al considerar que no cumplía con los requisitos, y que había excedido el tiempo para efectuar la solicitud; que para el caso de Temenusca Bolívar, la demandada indicó que por haber sido expedida la incapacidad por un médico que no hacía parte de la red de la EPS, teniendo ésta el término de 60 días para la transcripción de la incapacidad, tiempo que se superó; que la demandada indicó que el reconocimiento no se hacía debido a la existencia de cartera por el aportante, sin señalar los periodos en mora y afiliados; que finalmente, a la fecha de radicación de la demanda la convocada no ha dado respuesta a la petición de fecha de 17 de junio de 2019, en la que relaciona peticiones anteriores que no fueron respondidas de fondo y de manera clara, precisa y congruente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3.5, 3.6, 3.9, 3.12, 3.15, 3.18, 3.19 a 3.26, negó el 3.1, 3.2 y 3.27, y aceptó parcialmente los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó valores cobrados extemporáneamente; no reconocimiento de



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

prestaciones económicas por mora del aportante y cumplimiento de Coomeva EPS por reconocimiento y pago de incapacidades.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada COOMEVA EPS S.A. a reconocer y pagar a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ Distrito Capital la suma de **\$63.831.766** correspondientes a incapacidades por enfermedades de origen común y licencias de maternidad como ya se refirió en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COOMEVA EPS S.A. a reconocer y pagar a la parte demandante los intereses moratorios de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2012; 15 días después de radicada la solicitud para el cobro de cada incapacidad.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Se notifica

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“Que conforme el Decreto 4023 del año 2011 publicado el 28 de octubre de 2011, artículo 24; el Decreto 780 del 2016 capítulo primero, título tercero, consagra el pago



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

de prestaciones económicas, artículo 2.2.3.1.1.; que se debe determinar cual era el plazo para la liquidación y pago de aportes a los subsistemas de protección social para aportantes de 200 o más cotizantes y aquí se aplicaría el decreto 1670 de 2007 que establece el plazo para autoliquidación para los primeros días hábiles de cada mes; que se debe acreditar la afiliación a la EPS demandada de cada una de las personas por las que se reclama, si esta acreditado el pago de los aportes a seguridad social en salud a la demandada, la existencia de la incapacidad, el IBC, y cual sería el valor real de la misma; que para el año 2014 con fecha de radicación 25 de noviembre de 2014 se radicó solicitud a favor de Alicia Rosero Zambrano con la incapacidad 583909, que conforme los documentos allegados se acredita descuento de salud, aparece probada la incapacidad que inició el 18 de octubre de 2014 y que finalizó el 1 de noviembre de 2014 por un periodo de 15 días, IBC de \$2.964.000 y el valor del recobro que se pretende es de \$856.300; que el mismo 25 de noviembre de 2014 respecto de igual trabajadora aparece radicada incapacidad 594236 incapacidad con inicio del 1 de noviembre de 2014 al 5 de noviembre de 2014 por 5 días que correspondía a una prórroga, IBC \$2.964.000 y un valor de \$329.300, que los descuentos en salud de la trabajadora se acreditan con los documentos que obran a folios 71 a 83 del expediente.

Que respecto de Farid Alberto Rodríguez García obra incapacidad con fecha de radicación 20 de marzo del 2015, descuentos de folios 82 a 94, que se pagó el aporte a folio 100, que inicio el 4 de enero de 2015 y terminó el 6 de enero de 2015 por 3 días, salario \$2.130.000 por \$47.300; que en otra incapacidad, que se solicita del 7 de enero de 2015 al 22 de enero de 2015 no se encuentra la incapacidad, si aparecen los descuentos folio 82, 94, el aporte se hizo conforme a folio 100, 16 días de incapacidad, que existió una prórroga, el IBC es de \$2.130.000 y el valor de la incapacidad sería de \$757.300. Que obra otra incapacidad radicada el 14 de mayo de 2015 no aparece la incapacidad, que hay una fecha de radicación del 14 de mayo de 2015, que aparecen los descuentos que se le realizaron folio 82, 94, se acredita el aporte dentro de los 10 primeros días conforme folio 100, inicia el 23 de enero de 2015 y termina el 28 de enero de 2015 por 6 días, hay una prórroga, el salario \$2.130.000 y el valor de la incapacidad sería de \$213.100. Que obra nueva incapacidad radicada el 14 de mayo del 2015 N°151030, descuento para salud a folio 85, 97, incapacidad del 29 de enero de 2015 al 27 de febrero de 2015 por 30 días con una prórroga, con salario de \$2.130.000, y el valor de la incapacidad de ¿?. Otra incapacidad 615904 radicada el 20 de marzo del 2015, descuento a folio 88, aporte a folio 100, inició el 28 de febrero de 2015 al 29 de marzo de 2015 por 30 días por \$2.130.000, y el valor de la incapacidad de \$1.420.000; otra incapacidad 623791 radicada el 14 de mayo de 2015, folios 95 a 107 se acreditan los pagos, inicia el 30 de marzo de 2015 al 28 de abril de 2015 por 30 días, el salario es \$2130000, y el valor de la incapacidad de \$1.065.000; otra incapacidad 627768 radicada el 11 de junio de 2015, pago de aporte folio 91, 103, inicia el 29 de abril de 2015 al 28 de mayo de 2015 por 30 días con prórroga y el valor de la incapacidad de \$1.065.200; otra incapacidad 642246 radicación del 11 de junio de 2015, descuentos en salud para el mes de junio a folio 93 pagina 105, aporte a folio 100, inicia el 29 de mayo de 2015 al 6 de junio de 2015 por 9 días sin mas prorrogas, igual salario, valor incapacidad \$319.500.

Que en el caso de Alicia Rosero no se encuentra la radicación, la incapacidad, fecha de radicación del 18 de febrero, a folio 108 no aparecen los aportes de enero, inicia el 10 de enero de 2015 y termina el 23 de enero, por 14 días, con salario de \$2.371.000 y el valor de la incapacidad de \$632.300.

Sobre la incapacidad de Temenusca de Alba Molino no está el número de la misma, no se prueba la fecha de radicación de la solicitud de la incapacidad, se prueba el



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

descuento de salud para mayo de 2017 folio 143, con inicio del 21 de marzo de 2017 hasta el 24 de marzo de 2017 por 4 días, sin prórroga, salario de \$7.251.000, valor incapacidad de \$322.300. Otra, la 10588363, no se encontró ninguna radicación, se prueban los descuentos folio 135, página 148, pago aportes folio 143, incapacidad del 28 de junio de 2017 al 12 de julio de 2017 por 15 días, salario de \$6.289.640 y valor de la incapacidad \$1.817.000; otra, 10824750 no se encuentra radicación, descuento a folio 137, pago de aporte folio 225, inicio el 21 de junio de 2017 al 20 de octubre de 2017 por 30 días, salario \$2.690.600 y valor de incapacidad \$1.674.100; otra, 10910330 no se encontró radicación de incapacidad, descuentos a folio 139, pago de aportes folio 225, inicia el 21 de octubre de 2017 al 26 de octubre de 2017, 6 días, valor incapacidad \$358.700; otra incapacidad 809385 radicada el 15 de noviembre de 2017 folio 142, descuentos a folio 141, aportes a folio 225; que hay licencia de maternidad del 27 de octubre de 2017 al 9 de abril de 2018 165 días, salario \$5.453.000 y el valor de \$29.991.000.

Que frente a Álvaro José Giraldo Cadavid obra licencia de paternidad no existe prueba alguna que indique que tendría derecho a disfrutar de esa licencia del 15 de agosto de 2017 al 25 de agosto de 2017, no hay una certificación del nacimiento de hijo, no hay registro civil, no hay ninguna prueba.

Que una vez revisada la documental aportada por la parte demandante debe resaltarse que la demandada no acredita haber realizado el pago de dichas incapacidades, que no todos estos recobros proceden, porque por ejemplo para el pago de la incapacidad por paternidad no se acredita de manera alguna que el funcionario haya tenido derecho al reconocimiento y pago de la incapacidad, no se acredita.

Que al hacer la sumatoria de todas las incapacidades que fueron solicitadas, acreditada la incapacidad, el descuento al afiliado a la EPS y acreditado el pago del aporte resulta entonces que la demandada adeuda a la parte demandante la suma de \$61.831.766, por concepto de incapacidades, se reitera, por cuanto no existe prueba alguna de la procedencia de las incapacidades como el pago de la paternidad de José Giraldo, como tampoco esta acreditado otras incapacidades como la del 21 de marzo de 2017 al 24 de marzo de 2017 de Temenusca de Alba Bolívar, tampoco aparece la de Alicia Rosero por \$632.300 del 10 de enero de 2015 al 23 de enero de 2015, no se acredita tampoco respecto de Farid Alberto Rodríguez del 23 de enero a 28 de enero de 2015, del 7 de enero al 22 de enero de 2015, por lo que el monto a cancelar por la parte demandada descontando las incapacidades que fueron referidas arroja la suma objeto de condena.

Se solicita al pago de intereses moratorios, los que aparecían consagrados desde el Decreto 4023 del 2011, reiterados por el Decreto 780 del año 2016 por cuanto la entidad disponía de un plazo de 15 días una vez se radicaba la solicitud para proceder al pago de la respectiva incapacidad, está acreditada la radicación del pago de dichas incapacidades, por lo que la parte demandada conforme el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 debe pagar intereses moratorios.

Sobre la prescripción manifestó que la ley 1438 de 2011, artículo 28, respecto del reembolso de prestaciones económicas ante las EPS, prescribe en tres años, contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador, que aquí no fue una solicitud sino muchas de reconocimiento de prestaciones económicas en donde la demandante solicitó a la demandada su reconocimiento, que frente a cada una de estas incapacidades se observan varias solicitudes por lo que no puede predicarse que haya operado término prescriptivo alguno, ya que las únicas solicitudes donde no se acredita reclamación son las del año 2017 en adelante, pero como la demanda fue presentada en el año 2019 antes



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

de los tres años es por lo que no puede alegarse que operó prescripción alguna, declarándose no probada a excepción de prescripción alegada.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Que a partir de una atención clara de los enunciados que fijó su despacho respecto a las incapacidades presentadas o reclamadas por parte de la Personería de Bogotá se encuentra armonía respecto de la suma de los \$61.831.766 a los que se condenó a la demandada sobre lo que no haré ningún tipo de consideración, y tampoco respecto a la condena por intereses moratorios como consecuencia del no pago de las incapacidades y la condena en costas.

Que las incapacidades de acuerdo con el criterio del despacho no podían ser reconocidas porque no se había acreditado la realización de su pago o porque algunos de los elementos requeridos para proceder a su reconocimiento se echaban de menos en los elementos de prueba allegados al despacho; que de manera cuidadosa se hizo seguimiento a cada una de las peticiones enlistadas por parte de su despacho y puntualmente refirió las incapacidades de tres trabajadores:

Que en lo que tiene que ver con Alicia del Socorro Rosero Zambrano frente a la incapacidad que se generó a partir del año 2015 que va del 10 de enero de 2015 al 23 de enero de 2015 con una duración de 14 días, en esta el Despacho argumentó que no se encontró un soporte de radicación de la incapacidad, que no obstante al verificar los anexos que obran dentro del expediente se puede evidenciar a partir del folio 103 al 106 la relación de la incapacidad que precisamente fue la cobrada ante la EPS COOMEVA y que no fue cancelada como ninguna de las otras a las cuales se hizo referencia por su despacho, por lo que no encontramos el sustento para proceder a su negativa.

Que respecto de las incapacidades de la señora Temenusca de Alba Bolívar Molino sobre las incapacidades para el inicio de la vigencia del año 2017, que a partir del folio 132 a 138, se hizo una relación específica de cada una de las incapacidades que fueron otorgados en su momento por parte de médicos inscritos a las IPS de las EPS CCOMEVA y del respectivo soporte de radicación que se tenía de cada una de ellas, que en esta medida esta reclamación se encuentra en la misma situación jurídica de las otras incapacidades puesto que la EPS la reconoció de acuerdo con los soportes allegados por parte del trabajador respecto a la incapacidad, fue radicada ante la EPS con cada uno de los soportes respectivos y tampoco se dio respuesta o si se respondió se dijo que era ante una eventual cartera en el pago de mora que evidentemente de acuerdo con las consideraciones del despacho no se encuentra satisfecho, que se precisa que al encontrarse copias de las incapacidades médicas que en su momento fueron expedidas por parte de médicos adscritos a la EPS y al tener cada una de ellas el sello de recibido de la EPS se entiende satisfecho el requisito de la radicación de la incapacidad y en esa medida la EPS debió proceder a su pago, no lo hizo, se procedió con este proceso y no comparte el argumento del Despacho toda vez que la evidencia documental es clara al certificar la existencia de la incapacidad y su radicación con el sello de visto bueno de parte de la EPS.

Que lo mismo se predica de las incapacidades del señor Farid Alberto Rodríguez García de quien a partir del folio 81 del expediente se encuentra la relación de cada



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

una de las incapacidades haciendo una referencia específica si se trata de la incapacidad inicial o de la prórroga de la misma en la cual se deja certeza precisamente de la existencia de esta radicación y cada una de ellas a su vez cuenta con el respectivo sello de recibido de la EPS lo que en principio agotaría el requisito que extraña el despacho de haber radicado las incapacidades ante la EPS, y finalmente,

Respecto de la incapacidad del señor Álvaro José Giraldo Cadavid de la revisión del expediente es evidente que no se aporta registro civil en la cual se de cuenta de la incapacidad pero que si fue allegado directamente a la EPS en el momento en que se realizó la reclamación y que al momento de revisar cada una de las respuestas se observa que la negativa de parte de la EPS en ningún momento se da respecto de la falta de legitimación del trabajador para obtener la licencia de paternidad sino que se da por el mismo argumento precario que se utilizó a lo largo de todas las reclamaciones, respecto a la presunta mora del aportante que evidentemente como en su momento intentó mostrar la EPS y en esta instancia judicial se demostró a cabalidad, pues no se daba en ningún momento o circunstancia.

Que de igual manera esta situación es importante predicarla de las demás incapacidades respecto de las cuales se presenta el recurso de apelación y es que la EPS en ningún momento ha señalado que no fueron radicadas en debida forma, en término o que no se satisfacían los requisitos para ello, sino que siempre el argumento fue una presunta mora que no se presenta en este caso y por tanto debe reconocerse la totalidad de las incapacidades que fueron demandadas. En este sentido dejo sustentado el recurso y solicito se revoque parcialmente la sentencia, para que reconozca las incapacidades de los trabajadores descritos y se condene a pagar el valor total de \$70.179.066, dejando incólume las restantes reclamaciones de incapacidades, la condena de los intereses moratorios y costas.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Personería de Bogotá D.C., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen en síntesis a: la incapacidad médica de la trabajadora Alicia del Socorro Rosero Zambrano para la vigencia del año 2015 comprendida entre el 10 y 23 de enero de 2015 para un total de 14 días, frente a lo cual considera el recurrente que los soportes de la radicación se encuentran a folios 103 a 106 del plenario.



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

Así mismo, centra la inconformidad parcial frente a la decisión de instancia sobre la incapacidad de la señora Temenusca De Alba Bolívar Molino, por las incapacidades que se originaron a favor de ella para la vigencia 2017, frente a lo cual refiere que los soportes que acreditan la radicación ante la demandada obra a folios 132 a 138, que igual sucede con el señor Farid Alberto Rodríguez García del que señala el folio 81 del plenario.

Por otra parte, respecto del trabajador Álvaro José Giraldo Cadavid el apoderado en el recurso reconoce que no se aportó registro civil de nacimiento, ya que la pretensión dirigida en este caso se origina en la licencia de paternidad concedida al citado, y en su lugar refiere que fue allegada a directamente ante la EPS demandada al momento de la reclamación, aclarando que de todas maneras, la convocada no se opuso a su reconocimiento y pago por falta de legitimación del asegurado frente a esa licencia, sino que su omisión deviene por la razón que es común a todas las incapacidades reclamadas como es la presunta mora en el pago de aportes, con todo, solicita se acceda al pago de las incapacidades referidas en el recurso, para que así tenga prosperidad las pretensiones que suman \$70.179.066.

Previo a revisar los anteriores puntos de apelación, es importante precisar y contextualizar la decisión que eventualmente se adopte en materia del reconocimiento y pago de incapacidades específicamente por parte de entidades que integran el Sistema General de Salud, en este caso la EPS COOMEVA.

Así, el artículo 24 del Decreto 4023 del 23 de octubre de 2011, mediante el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA-, y se fijan las reglas para el control del recaudo de cotizaciones al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, norma compilada en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, dispone lo siguiente:

“Artículo 24. Pago de prestaciones económicas. A partir de la entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través del reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La liquidación y revisión de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas las EPS y las EOC, deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002. (Subraya el Tribunal)

(...)

Conforme con la norma en cita, son claras las obligaciones de las EPS en el trámite de liquidación, revisión y pago de las prestaciones a su cargo como son las incapacidades, entre otras, y las sanciones ante su incumplimiento, no obstante, en el caso de los aportantes, calidad en la



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

que funge la demandante, para que las encargadas del reconocimiento procedan a ello, los segundos deben encontrarse al día en el pago de la cotización.

Con base en lo anterior, en el caso de la señora Alicia Del Socorro Rosero Zambrano, tal como lo afirmó el juzgado no se encuentra acreditado en el proceso el pago del aporte por el periodo de enero del año 2015 de la trabajadora, situación que impide que la EPS proceda con el reconocimiento de la incapacidad médica comprendida entre el 10 al 23 de enero de igual año, por valor de \$632.300.

Ahora, en atención al llamado del recurrente para que se revisen los soportes de radicación de la incapacidad ante la EPS según folios 103 a 106, se encuentra que los mismos corresponden a una parte de la historia clínica de la señora Rosero Zambrano impresa el 27 de enero de 2015 y el pago de nómina por parte de la Personería de Bogotá a la trabajadora, que evidentemente no obedecen a los requeridos por la EPS para el pago de la incapacidad que le reconoció la demandante a la funcionaria (fl.106); aclarando que el documento radicado ante COOMEVA EPS que obra a folio 107 del proceso fue recibido con la advertencia del faltante de un registro civil y el certificado de la incapacidad original, sin que la accionante haya demostrada que suplió esa exigencia, por consiguiente, se confirmará la decisión en lo que respecta a la incapacidad médica de la señora Alicia Del Socorro Rosero Zambrano.

En cuanto a lo relacionado con la señora Temenusca De Alba Bolívar Molino, por las incapacidades que se originaron a favor de ella para la vigencia 2017, debe recordarse el alcance de las pretensiones y los supuestos fácticos de las mismas respecto de la trabajadora, plasmados en



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

el escrito inicial, para indicar que, si bien al interior de la pretensión primera se solicita el pago de incapacidades médicas para la vigencia 2017, lo cierto es que los hechos en los que se cimenta la pretensión y que refieren a los numerales 3.1, 3.13, 3.14, 3.15, 3.20, 3.22 y 3.23, describen como periodo de incapacidad, entre otros que no están en discusión en esta instancia, el que inició el día 21 al 24 de marzo de 2017 para un total de 4 días por valor de \$322.300, respecto de la cual con los documentos advertidos por el recurrente a folios 132 a 138 únicamente se logra probar que aquella existió, más no, que se surtió el trámite administrativo de cobro ante la demandada.

Por otro lado, en lo pertinente al señor Farid Alberto Rodríguez, entiende la Sala que la inconformidad recae sobre los periodos a los que no accedió el juzgado a su pago, estos son, del 7 al 22 de enero de 2015 y del 23 al 28 de enero de 2015, para lo cual se solicita al Tribunal revisar el folio 81, que dicho sea de paso, el mismo trata de una incapacidad médica que escasamente se logra leer ya que no es legible en su integridad, y aunque se logra saber con esfuerzo que hace referencia al señor Rodríguez, y que la misma es expedida por el Hospital Universitario San Ignacio, de todas maneras, tampoco corresponde a la gestión de cobro ante la EPS.

Sin embargo, acudiendo a las demás pruebas documentales, y con fundamento en los artículos 164 del CGP y 61 del CPT y de la SS, correspondientes a la necesidad de la prueba y la posibilidad de formar libremente el convencimiento, respectivamente, de la valoración del radicado ante Coomeva EPS de fecha 20 de marzo de 2015 obrante a folio 97 del plenario, se infiere que con éste no se alcanza a probar sin asomo de duda, que la incapacidad comprendida entre el 7 al 22 de enero de 2015 se haya reclamado en legal forma, comoquiera que, por un lado, el



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

contenido del mismo se encuentra tachado sin que se precise la razón, y por otro parte, de todas maneras, dicho periodo no se encuentra consignado en la casilla correspondiente, sino que muy tenuemente esta al margen como si no hiciera parte de aquel, razones que resultan suficientes para restarle valor probatorio al documento.

No ocurre lo mismo respecto del periodo del 23 al 28 de enero de 2015 para un total de 6 días, del que, si emerge con claridad la gestión de reclamación ante la demandada, tal como se observa a folio 98 del recibido por parte de la EPS Coomeva con fecha 14 de mayo de 2015, situación que en principio redundaría en la obligación de la accionada al pago y reconocimiento, sin embargo, conforme el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 el fenómeno prescriptivo operó respecto de este, por las siguientes razones:

La norma prevé que: *“El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (03) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador, que para el caso del señor Farid Rodríguez a folio 100 aparece que el pago realizado por la Personería de Bogotá para periodo de enero de 2015 se realizó el día 26 de diciembre de 2014, y que la incapacidad deprecada fue reclamada el día 14 de mayo de 2015, por lo que en principio la misma se realizó dentro del término legal, sin embargo, se desconoce la posible respuesta que la demandada pudo haber brindado, y solo hasta el mes de febrero de 2019 la demandante volvió a insistir en el cumplimiento de la obligación e incoando la presente acción el 4 de septiembre de 2019, por consiguiente, se encuentra prescrito.*



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

Por último, en lo que tiene que ver con el trabajador Álvaro José Giraldo Cadavid, específicamente la licencia de paternidad, el juzgado motivo la negativa en la ausencia del registro civil que sustentara la misma, aspecto en lo que le asiste razón al recurrente al indicar que la demandada no se opuso a su reconocimiento por falta de legitimación de la prestación, que dicho sea de paso, de la radicación de la reclamación efectuada el 29 de septiembre de 2017 (fl.153) se desconoce si hubo o no respuesta, en todo caso, del contenido de la misma se aprecia que la solicitud fue interpuesta junto con el registro civil de nacimiento, documento que no fue desconocido por la convocada, circunstancias que resultan suficientes para la prosperidad del recurso en tal sentido.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la licencia de paternidad tuvo lugar entre el 15 y 25 de agosto de 2017 para un total de 11 días por valor de \$6.744.600, se deberá modificar el numeral primero de la sentencia, en el sentido de indicar que la suma a reconocer y pagar a la Personería de Bogotá por concepto de incapacidades de origen común y licencias de maternidad y paternidad corresponde a \$ 68.576.366.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a COOMEVA EPS S.A., al reconocimiento y pago a favor de



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0587 – 01 DTE: PERSONERÍA DE BOGOTÁ DDO:
COOMEVA EPS**

la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C., por concepto de incapacidades de origen común y licencias de maternidad y paternidad en la suma de **\$ 68.576.366**, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

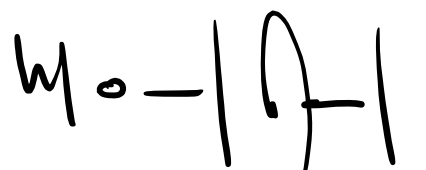
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

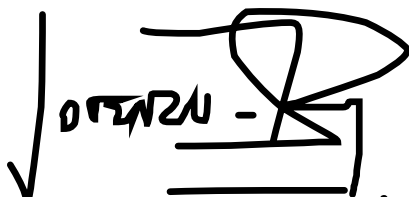
Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSÝ
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-0502-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ

DEMANDADOS: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. KATHERINE MARTINEZ ROA identificada con C.C. 67.002.374 y T.P. 129.961 del C.S. de la J., en calidad de apoderada de la demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 18 de junio de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora Adriana Niño por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se **DECLARE** que la demandada incumplió con el deber de protección y seguridad que tenía con la actora, que es culpable de las enfermedades que padece, que la convocada la debe indemnizar conforme el artículo 216 del CST; por lo anterior, solicita se condene a la demandada a la indemnización plena de perjuicios que estima en la suma de \$163.392.700, o el valor que resulte probado, en la modalidad de lucro cesante consolidado, lucro cesante futuro, y perjuicios morales, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 8 de agosto de 2006 y el 26 de junio de 2016, desempeñando el cargo de oficinista de atención al usuario, que no fue capacitada sobre prevención de enfermedades laborales, riesgos ergonómicos, que no contaba con un puesto de trabajo adaptado para no realizar movimientos forzados, los cuales debía realizar fuera de ángulos de confort; que le fue diagnosticado Bursitis del hombro y tenosinovitis de estiloides; que en el examen de ingreso tenía identificados



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM**

los riesgos ergonómicos y de movimientos repetitivos, pero que no realizó controles a fin de evitar enfermedades por esos riesgos; que informó en la encuesta de riesgo psicosocial del 8 de noviembre de 2007 sobre dolores en el cuello y espalda o tensión muscular, oportunidad en la que se evidenció alto nivel de estrés ocupacional; que en el examen del 20 de mayo de 2010 quedó registrado que la demandante cumplía jornadas extralaborales y sobrecarga de trabajo; que el 12 de julio de 2013 se hizo por parte de la ARL Bolívar estudio del puesto de trabajo, quedando registrado que la actora solo contaba con 30 min de descanso diarios, que no realizaba pausas activas, que fue expuesta a sobrecarga laboral, que le eran negado los permisos para citas médicas, que la empresa realizó investigación de la enfermedad laboral y concluyó en síntesis que, había riesgo ergonómico para miembros superiores, y que como hacia movimientos por encima de la altura de estos entonces fue posible establecer la causalidad para patología de hombro, y que había riesgo para los dedos en las tareas de atención a usuarios; que entre el 2006 al 2016 no existía al interior de la demandada COPASST; que en la inspección al puesto de trabajo del 26 de diciembre de 2013 se evidenció posición anti gravitacional en miembros superiores al no contar con apoyo en antebrazos aumentando los síntomas, que se dejaron recomendaciones que la empresa no cumplió; que no implementó medidas de control, en la fuente, medio y trabajador; que la empresa no tiene implementado un sistema de vigilancia epidemiológica de riesgo ergonómico; que Compensar emitió dictamen el 26 de enero de 2015 calificando la patología de bursitis de hombro y tenosinovitis de estiloides de origen común; que la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Bogotá y C/marca con fecha 4 de marzo de 2016 calificó las enfermedades tenosinovitis de estiloides radial izquierdo y bursitis del hombro izquierdo de origen laboral, quedando en firme el mismo al no ser recurrido.



Que Cafam realizó el reporte de la enfermedad laboral de la demandante, sin indicar los factores de riesgo ni las evaluaciones médicas; que el 9 de junio de 2017 la ARL Bolívar emite calificación del 12.80% de pérdida de capacidad laboral por patologías de bursitis de hombro izquierdo y tenosinovitis de estiloides radial de Quervain, y que la Junta de Calificación Regional de Bogotá con fecha 14 de diciembre de 2017 aumentó el porcentaje en 17.55%, frente al cual la Junta Nacional de Calificación con dictamen de 17 de julio de 2018 lo confirmó; que el 28 de octubre de 2016 medicina laboral hizo recomendaciones por 12 meses, y que no obstante, para el 23 de junio de ese año la demandante ya había sido desvinculada, por lo que las recomendaciones no se cumplieron, afirma. Que desde la desvinculación laboral de CAFAM, la demandante no se ha reubicado laboralmente, ya que las secuelas de las enfermedades son permanentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia del contrato de trabajo, el cargo de oficinista atención al usuario, y manifestó no aceptar o no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción; falta de título y causa en la demandante; inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido; buena fe; pago y compensación e inexistencia de culpa patronal.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante Adriana Janeth Niño González, a la demandada Caja de Compensación Familiar CAFAM.

SEGUNDO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandante Adriana Janeth Niño González, en cuantía de medio smlmv.

TERCERO: Se concede el grado jurisdiccional de consulta en caso de que la sentencia no sea apelada.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

Apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida. Se concede el recurso apelación interpuesto.

Se notifica.

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“En primer lugar revisa la prescripción conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT SS, que al tratarse de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios del artículo 216 del CST, la Sala de casación laboral ha señalado que el término prescriptivo no comienza a contarse a partir de la terminación del contrato de trabajo, y que el mismo comienza a contarse a partir del momento en que existe un



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, conforme la sentencia 6809 del 15 de febrero de 1995; que en el caso no hay discusión que el contrato terminó en junio del año 2016 y la demanda fue radicada el 30 de julio de 2019, sin embargo no es el termino de terminación del contrato para determinar si el término prescriptivo trienal ya transcurrió sino la fecha de calificación de la invalidez y en este caso se tiene frente a las enfermedades profesionales dos dictámenes diferentes de cpcl, el primero a folio 119, que es el dictamen de fecha 4 de marzo de 2016 frente al cual podría predicarse prescripción pero fue impugnado por la extrabajadora y aparece un dictamen de la junta nacional de calificación folios 133 en donde se confirma el anterior, el cual es de fecha 17 de julio del año 2018 en donde se determina pcl del 17.55%, fecha de estructuración del 17 de enero del 2017 como diagnostico bursitis del hombro izquierdo tenosinovitis de estiloides radial por lo que es claro en el caso que nos ocupa que, entre el momento en que se profiere el segundo dictamen 7 de julio de 2018 y la radicación de la demanda 30 de julio de 2019 no operó el termino prescriptivo trienal. Declara no probada la excepción de prescripción de la parte demandada.

Se solicita se condene a la culpa patronal conforme el art 216 del CST, el artículo 8 del decreto 1295 de 1994 define los riesgos profesionales, que la enfermedad profesional es definida por el artículo 200 del CST, que la Ley 1562 del año 2012 define la enfermedad laboral, por lo que se requiere que exista nexo de causalidad para que una patología sea catalogada como laboral, que de manera alguna este nexo de causalidad por si conlleva a la culpa patronal como pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante en los alegatos de conclusión, por el contrario, el nexo de causalidad es requisito para que la enfermedad sea catalogada como profesional y no de origen común.

La carga de la prueba en sentencia del 7 de octubre de 2015 con radicación 49681, señaló que las sentencias SL17216-2014, SL4350-2015, que no basta solo con la afirmación genérica de falta de vigilancia y control del programa de salud ocupacional en la demanda sino que es menester delimitar en qué consistió el incumplimiento del empleador de las obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo, el cual ha de tener nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo, y con los perjuicios lo que debe ser precisado por el demandante.

Que a folio 35 del expediente dictamen de calificación 52500324 de 26 de enero de 2015 del cual se desprende que no hay posturas forzadas, no hay manejo de cargas, para los movimientos de primer dedo mano izquierda se encuentra en neutro para el 100% de la jornada laboral, no hay factor ergonómico laboral que explique y genere las dos patologías de miembro superior izquierdo, documento aportado por la misma parte demandante; a folio 37 análisis de puesto de trabajo condiciones ergonómicas que aporta la misma parte demandante, que no obstante los hechos de la demanda, dice que este no existió, que en este análisis de puesto de trabajo a folio 50, se concluye que solo hay posturas inadecuadas y anti gravitacionales cuando realiza llamadas; que el porcentaje que emplea la dte para realizar llamadas es mínimo; que la organización temporal se consigna que la jornada trabajo lunes a viernes de 7 am a 3 y 30, si contabilizamos el numero de horas transcurridas solo hay de continuo 8 horas y 30 min, pero se advierte que tiene 30 min de descanso, por lo que la jornada laboral no excede la jornada máxima legal vigente; que a folio 51 se lee 30min para almorzar la trabajadora envía carta a la empresa en la cual solicita que le coloquen 30 min para almorzar con el fin de salir 30 min antes de la jornada, según lo referido por la jefe y la empresa lo acepta, por lo que es claro que la circunstancia que no tuviera una hora al medio día correspondió a la voluntad de la trabajadora quien deseaba salir media hora antes, que en todo caso cumplía con la jornada legal, que el



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

numeral 10 del mismo documento, descripción de la demanda de fuerza levantamiento y transporte de carga, aparece consignado por el tipo de trabajo que ejecuta la trabajadora no realiza ninguna actividad que le genere esfuerzo físico, que en el punto 11, descripción de objetos, equipos y herramientas para cada ocupación aparece la descripción ninguna observación, utiliza el mouse, el teclado, el computador y el teléfono, todos plásticos; aparece el peso década uno de ellos, cada uno pesa aprox una libra, que es un peso razonable; aparecen otros esfuerzos, empujar halar, desacerar, no hace ningún otro esfuerzo; descripción de espacio físico y planos de trabajo para cada tarea, antropometría, y frente a cada uno de ellos aparece una calificación, atención al usuario, entrega de turnos, quitar quejas y en todos aparece la calificación de espacio suficiente, por lo que no es cierto que los espacios de la trabajadora fueran insuficientes, porque esto aparece plasmado en el mismo documento que aporta como prueba de la culpa patronal la parte demandante; a folio 54 se puede las conclusiones y en estas conclusiones no se puede advertir culpa patronal alguna, se dice: la trabajadora tiene una historia laboral con la empresa Cafam sa de 7 años como oficinista atención al usuario, se evaluó el puesto de trabajo, en el cual se ejecutan funciones de atención, entrega turnos, radicar quejas, la trabajadora permanece más del 75% de la jornada en posición sedente, por más de dos horas sin realizar cambios de postura por lo que realiza posturas prolongadas y mantenidas, la concentración de movimientos es baja, ya que realiza movimientos de pulgar izquierdo en 50% del ciclo de trabajo, cabe resaltar que la primera actividad toma un 70% de la jornada de trabajo, sin embargo máximo se contabiliza máximo 200 caracteres digitados, en un tiempo de tres minutos que es lo que toma para realizar un correo, las demás actividades de entrega de turno y digitar quejas, se realizan en 3.9%, y el 19.7% de la jornada, el plano de trabajo para realizar las actividades se consideran normales, en espacio y altura, para las diferentes actividades se considera que según la carga metabólica del trabajo es calificado como ligero, que en la aplicación de la metodología ansis se puede observar que para la sub atención al usuario los valores de referencia son superados para los dedos de manera bilateral, por lo que en este documento que aporta la misma parte actora - análisis puesto de trabajo y condiciones ergonómicas – que indica que no existe pero sin embargo las aporta no se advierte ninguna violación por parte del empleador.

Que dentro del expediente a folio 117 concepto de medicina laboral, el cual es del 28 de octubre del año 2016, y esta aceptado tanto por la demandante como por demandada que el contrato terminó en junio de 2016 por lo que este concepto del 28 de octubre de 2016 no corresponde con el término de ejecución del contrato de trabajo, porque es claro que fue expedido varios meses con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo de la dte por lo que mal podría imputarse al empleador que conociera el concepto en vigencia del contrato de trabajo, cuando fue despedida con posterioridad, que a folios 119 y siguientes, aparece el dictamen de la junta regional de calificación de invalidez y de este dictamen a folio 122, se puede leer que también es un hecho que se indica en la demanda y que se resalta porque con el se prueba que uno de los testigos mintió, faltó a la verdad bajo la gravedad de juramento, en este dictamen folio 122 se lee: con la jefe de oficinas y trabajadoras se realizaron las estadísticas en donde se encontraron en octubre del año 2012 58 usuarios diarios atendidos, 24 de julio de 2013, 70 usuarios diarios, 8 de julio 67 usuarios diarios, estas estadísticas se toman en los digiturnos emitidos estos días, sistema que se implementó el 10 de marzo de 2013, que antes de marzo de 2013 atendía entre el 40 y 50 menos de pacientes, es decir menos de 35 usuarios diarios, y hay conclusiones que dicen que para las sub actividades la concentración de movimientos es baja, ya que realiza movimientos del pulgar izquierdo en menos del



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

50% del ciclo de trabajo, espacios normales en espacio y altura. A folio 123 se diagnostican las patologías bursitis de hombro izquierdo tenosinovitis de estileoide; a folio 133 obra dictamen de la junta nacional de calificación de invalidez. A folios 142 y siguientes aparece copia de la historia clínica y aquí es importante resaltar que si bien es cierto al revisar la documental obrante dentro del expediente folio 42 se lee un incidente violento con una usuaria, y a la que hace alusión una de las testigos de la parte actora, al revisar la historia clínica ella no registra alguna por lo que es claro que el incidente no fue accidente que no generó ningún tipo de consecuencias; a folio 492 copia de la historia clínica de la dte y aquí aparece que el 8 de febrero de 2013 ella consultó porque ella se pegó con un monitor, dice: me pegué con un monitor, pero al incidente que pretende darle tanta importancia con los testimonios que es el de marzo del mismo año, ni si quiera asistió a consulta médica de ningún tipo, dentro de la documental aportada al expediente se acredita que a la dte se le entregó reglamento interno de trabajo conforme el folio 698, de folios 720 a 793 reglamento de higiene y seguridad industrial, también se aporta una matriz de identificación de riesgos.

Que es importante resaltar porque el mismo apoderado de la parte actora lo señala en los alegatos, folios 834 y siguientes, que a la dte se le realizó **evaluación de factores psicosociales** documento con el que pretende fundamentar la culpa patronal, evaluación de factores sicosociales del 7 de nov de 2014, cuestionario de factores sicosociales, extra laborales, cuestionario para la evaluación de estrés, es claro que si corresponde porque el mismo apoderado de la parte dte lo cita en sus alegatos, folio 834 consentimiento informado firmado por la dte del 7 de nov de 2014 cuestionario de factores de riesgo sicosocial intralaboral y a folio 837 dice que el espacio donde trabaja es cómodo marcando siempre, o es cómodo o es incomodo como se plantea en los hechos de la demanda, que con el cuestionario que diligencia la misma dte probado esta que el espacio donde trabajaba era cómodo; el numeral 9 los equipos y herramientas con los que trabaja son cómodos? Y marcó casi siempre, y que de la lectura de este documento folio 837 ella marca nunca, marca que nunca le preocupa estar expuesta a sustancias químicas que afecten su salud, entre otras, por lo que es claro que no se evidencia incumplimiento por parte del empleador en las obligaciones contractuales, que se puede leer folio 839 otro cuestionario sobre preguntas relacionadas con decisiones o el control que le permite su trabajo, folios 841 responde que recibe capacitaciones, por lo que no es cierto lo que se pretende hacer ver en los hechos de la demanda y con los testigos que trae la parte demandante que nunca recibió capacitaciones; a folio 846 factores sicosociales extralaborales en donde no evidencia dificultad alguna; a folio 855 cuestionario de calificación del estrés, que si bien es cierto se puede advertir que tiene dolores musculares que tiene casi siempre, que las patologías que aquejan a la dte no se relacionan con patologías de tipo mental o psicológico, son patologías de origen físico, se señala que no existió en la empresa copass y que solo fue creado en el año 2003, puesto tiene una explicación lógica antes existía el copaso y esta probado a folio 859 del expediente que desde el año 2000 antes de la vinculación de la dte cuando la normatividad vigente le exigía al empleador crear esta figura, este existía porque se reitera a folio 859 del expediente aparece acta 01 del 14 de julio de 2000 copaso por lo que esta probado que la parte demandada cumplió con sus obligaciones frente al copaso hoy copass.

Que el representante legal no confesó alguna situación que deje entrever su incumplimiento de sus obligaciones frente al sistema de sssi.

Que conforme los documentos 834 a 858 la dte mintió al decir que desconocía los mismos siendo que aparece las encuestas contestadas por ella, que no conoce las capacitaciones de la plataforma digital dice que no las conoce.



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

Henry Ramírez como testigo su dicho no ofrece motivos de credibilidad, dice que conoció a la dte en el año 2012, pero más adelante dice que la tarea que realizó con ella en el año 2016 cuando ella se afilia al sindicato, por lo que tuvo conocimiento solo hasta ese año, dice que el sitio de trabajo de la dte no era el adecuado de acuerdo a las políticas de atención al cliente, hace la descripción, sin embargo, dice que no dejó constancias de lo que según el testigo había observado. Más adelante dice que atendía más o menos 200 o 300 usuarios ella sola cuando esto esta en contravía con la documental visible a folios 122 del expediente, por lo que hay una gran diferencia entre 58 personas a 200 personas, siendo que antes de ponerse los digiturnos atendía menos personas.

Mario Rubén Contreras manifiesta que la conoce por la afiliación de ella en mayo de 2016, por lo que no puede dar cuenta de lo acaecido con anterioridad, habla de incomodidad en el puesto de trabajo de la dte, que los equipos no están ubicados de manera ergonómica, que las pantallas fueron colocadas de manera inadecuada, también en contravía con la documental que ya fue referida. Que el caso de la dte no fue investigado, habla de un comité de salud ocupacional entre los años 2010 y 2012 que inicialmente era un copaso cuando está probado folio 859 que este copaso empieza a funcionar desde el año 2000.

Que tanto lo que aparece en los dictámenes de pérdida de capacidad laboral como lo que aparece contestado por la dte en la evaluación de factores sicosociales del 7 de nov de 2014 cuando claramente refiere que existe comodidad de espacios, equipos y herramientas.

Dice el apoderado de la parte actora que los testigos de la contraparte son sospechosos sin embargo olvida que la tacha del testigo debe realizarse es en el momento en que el testigo da sus generales de ley. Que es obligación analizar el dicho de los testigos, conforme a las reglas de la sana critica; Ruby Cristina Manjarrez testigo que es claro, conteste y coincidente, con los otros medios probatorios, que es especialista en salud ocupacional de la empresa, desde marzo del año 2013, refiere todos los programas de salud ocupacional, ella indica, desde la fundación de Cafam inicio el programa de salud ocupacional a trabajadores, que la arl Bolívar hizo análisis del puesto de trabajo en el año 2013, que fue una fisioterapeuta quien realizó el mismo, explica cómo funciona el copaso, que se hacen recomendaciones de pausas activas, no se infiere violación alguna por parte de la demandada en sus obligaciones como empleador, que la dte participó en capacitaciones, que no se generaban movimientos repetitivos, que había suspensión de labores, que todas las labores tienen pautas activas.

Oswaldo Alfonso Salazar jefe de seguridad integral, que también es claro, conteste y coincidente con los demás medios probatorios allegados al expediente. Indicó que los programas de salud ocupacional van desde el año 1984 y mucho antes.

Del análisis de todos los medios probatorios allegados al expediente es claro que la parte demandante no cumplió con su carga, no demostró cual fue el incumplimiento del empleador en la ocurrencia de la enfermedad laboral, reiterando que no es suficiente el nexo de causalidad entre los factores de riesgo y la patología, porque este nexo de causalidad se exige para catalogar como profesional una enfermedad y no de origen común, aquí lo que se exige es que exista culpa suficientemente comprobada del empleador y esta se demuestra comprobando que fue lo que el empleador incumplió, cuales fueron las normas incumplidas por el empleador, cual fue el actuar dañoso, carga que no cumplió la carga dte, por el contrario al revisar la documental aportada al expediente se encuentra que no es cierto lo que se aduce en los hechos de la demanda.

Absolverá de todas y cada una de las pretensiones a la demandada, costas a cargo de la parte que resulte vencida, en este caso la demandante, medio smlmv.



APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpongo recurso de apelación, para lo cual haré una relación de los medios de prueba que tuvo en cuenta el despacho, para complementarlos con los que no se pronunció; el primero es que, que hay un error al analizar el dictamen del 26 de enero de 2015 de Compensar porque la EPS explica que el origen común lo fue porque Cafam no aportó la totalidad de las funciones o pruebas que se requerían para hacer la primera calificación de origen de las enfermedades, y que dejó de observar el dictamen que quedó en firme que el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que determinó que las enfermedades eran de origen laboral, que en este dictamen se explicó que el registro fotográfico aportado por la paciente se evidencia movimientos de miembros superiores por encima de la altura de los hombros en la recolección de documentos de la impresora así como la entrega y recepción de documentos de los pacientes por lo que es posible establecer un nexo de causalidad con la patología de hombro izquierdo, que en relación con la patología de tenosinovitis de estiloides radial de Quervain izquierdo se encontró que el resultado de valoración reporta valores por encima de la referencia, que no estoy afirmando que con la sola existencia de la patología laboral ya exista la culpa, en ningún momento he señalado eso como se afirma en la sentencia, lo que explico es que la junta regional cuando revocó el dictamen de compensar explicó cuales habían sido los motivos de la enfermedad laboral, por un lado explicó que la patología del hombro estaba relacionado con la recolección y la realización de un movimiento, que la junta lo que esta explicando es el motivo de la enfermedad, que con relación con la patología de Quervain explicó que era una enfermedad laboral era por la sobre limitación, que entonces estas son las razones por las cuales se generaron la enfermedad que tienen que ser contrastados con los medios de prueba para determinar que estas funciones o estos motivos fueron culpa de la empresa.

Que aquí es donde voy a hacer referencia a los demás medios de prueba, partiendo del error que tiene la sentencia, que el análisis del puesto de trabajo, en la demanda nunca se dijo que no se había hecho análisis del puesto de trabajo, por lo que no se entiende el análisis del juzgado, que lo que se dijo fue que no se tuvo en cuenta lo que dijo la Junta Regional, no se afirma en ninguna parte que el puesto de trabajo no tenga espacio ni que no sea cómodo, lo que se afirma es que no cumplía con las condiciones ergonómicas para que no se generara la enfermedad, y que por eso fue mal analizado el puesto de trabajo.

Que en cuanto a la jornada de trabajo la Corte Suprema en sentencias como la SL 1187 del 2020 ha mencionado que en nada tiene que ver que la dte haya sido quien solicitó la modificación en la jornada de trabajo para pasar de una hora de descanso a media hora, porque es la empresa la responsable en materia de seguridad en el trabajo respecto de los trabajadores. Que es por el inadecuada ubicación y distribución de los elementos de trabajo por lo cual se demanda la culpa, para la patología del hombro la ubicación de la impresora. Que Cafam no aportó la cantidad de trabajo que se realizaba antes del digiturno, que no se está argumentando que la causa sea el incremento de trabajo, porque la señora estaba trabajando desde el 2006 en el mismo puesto, pues el riesgo siempre ha existido.



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM**

Que la juez da mucha relevancia al accidente o incidente, lo que se quiso decir es que era un indicio sobre las condiciones que se estaban ejecutando el contrato, que había una alta carga de trabajo y psicosocial, que no se quiso decir que la causa del accidente o de la patología o que haya sido el accidente, lo que se quiso decir fue una señal de la carga que tenía la dte. Que sobre el reglamento interno de trabajo y de higiene y seguridad industrial, no es suficiente la entrega de los mismos, sino que tiene que acreditar su cumplimiento, que la existencia de un programa de epidemiología de ninguna manera acredita la prevención en la generación de accidentes y accidentes laborales. Que la encuesta de riesgo psicosocial no puede tomarse en cuenta para exonerar a la empresa de responsabilidad al ser una encuesta de percepción, y no determina las condiciones del puesto de trabajo sino una inspección del puesto de trabajo o un análisis del puesto de trabajo, que en la encuesta quedó que tenía una alta carga de trabajo.

Que el juzgado concluye que conforme la encuesta de riesgo psicosocial la dte si había recibido capacitaciones y que además lo había confesado cuando lo que se pregunta en la encuesta es si había disponibilidad para hacerlo, que no se demuestra que la dte haya hecho las capacitaciones; y que el copaso no basta que se tenga, con esto se deja indicado los que se tuvieron en cuenta.

Ahora vamos a ver los que no se tuvieron en cuenta: examen de ingreso de 1 de agosto de 2008 en el que se indica que el riesgo estaba como ergonómico por lo que era obligación de Cafam prevenir los riesgos; que los exámenes periódicos del 8 de noviembre de 2007 y 23 de dic de 2013 se podía observar el alto nivel de estrés del trabajo, que en el examen periódico del 2010 ni siquiera se identifican los riesgos a los que está expuesta la trabajadora; respecto a los correos electrónicos de dic de 2012 dan cuenta de la organización de la empresa en la cual había sobrecarga que no le permitía a la dte acudir a citas médicas, ni siquiera cambiando de turno con algun compañero contrariando el mismo reglamento interno de la empresa, que los correos con la jefe son muestra de que la empresa imponía los intereses; que los correos del 8 de febrero de 2013 y la historia clínica de esta fecha dan cuenta de la agresión de un afiliado a la dte lo cual demuestra el alto nivel de estrés al que estaba expuesta, como los correos de marzo mediante los cuales se informan alta carga laboral en atención al público como el numero de llamadas y correos escritos, informa que el tiempo no les alcanza para hacer descansos de 15 min, que se siente agotada físicamente, solicitan un apoyo sin recibir respuesta por parte de la empresa; los correos de abril de 2013 dan cuenta de una gran cantidad de usuarios que debían ser atendidos llegando a una hora de espera según registro de los correos, y sin respuesta de sus jefes; así como los correos de mayo, julio de 2013 en los que se informa que no se tomaron periodos de descanso; que la implementación del digiturno duplicó las labores por la remisión de pacientes por otras áreas. El recurrente hace un análisis de cada unos de los correos describiendo las situaciones. Que el análisis del puesto de trabajo de julio de 2013 por arl Bolívar se evidencia el aumento de trabajo a raíz de la implementación del digiturno, que la demandada tenía conocimiento de la historia clínica de la demandante, por lo que no tiene asidero la negación en la demanda de no conocer el estado clínico de la dte. Que el 23 de diciembre de 2013 se hace examen de reingreso en el que se indica que tiene riesgo psicosocial jornada extralaboral y sobrecarga de trabajo. Que en la inspección del puesto de trabajo del 26 de dic de 2013 se documentó que no tenía antebrazos, inspección del puesto de trabajo que no fue mencionado por la juez, que vuelve y se reitera que había una inadecuada posición del puesto de trabajo, se hacen una sugerencias al personal de mantenimiento para la ubicación de las herramientas del puesto de trabajo entre otras y reacomodación del puesto de trabajo, y que no se cumplió dentro del proceso que se haya cumplido con esas recomendaciones;



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

Que Cafam en la contestación indica que no hizo el reporte de las enfermedades a la arl, lo que es grave sino fuera porque está hecho por la misma empresa sin los factores de riesgo; que conforme el concepto de medicina laboral del 28 de octubre de 2016 posterior a la fecha de retiro de la dte lo que hace es confirmar la negligencia de Cafam de la salud de la dte, que pese a que la demandada entregó el dictamen a la junta regional manifestó que no conocía el estado de la dte.

Que el representante legal de Cafam informó que existía el programa de salud ocupacional y que se le había hecho visita al puesto y que se le había hecho supervisiones, no obstante, al proceso no se allegó el programa de salud ocupacional y las visitas que refiere; que sobre las recomendaciones indicó que de pronto había una sobre digitación pero que no estaba fuera de rango lo que contraría las documentales a las que no hizo referencia la juez, en cuanto al acatamiento de estas observaciones que había tomado medidas normales pero no se allegó prueba al proceso de ello, y en general manifiesta todo lo dicho por el representante legal de Cafam; que conforme las confesiones del representante legal se demuestra la omisión en la prevención y cuidado de los riesgos a la salud de la dte; que los testigos no merecieron credibilidad a la juez, menciona lo afirmado por los testigos “Henry”, Mario Rubén, mientras que los testigos de Cafam afirma que nunca conocieron a la testigo, que la juez debió ser más rigurosa con la valoración de la prueba testimonial, ya que la demandada intenta mostrar un sistema de gestión perfecto del que ellos son los responsables.

Que sobre los documentos aportados por Cafam esta la autoevaluación de estándares mínimos de 24 de enero de 2020 documento posterior a la generación de las enfermedades de la dte y que ellos mismos se están evaluando y no podría tenerse como el cumplimiento de sus funciones, que en cuanto a la encuesta de riesgo psicosocial que fue importante para el juzgado para tomar la decisión, en estas mismas encuestas informa que no tiene tiempo para descansar, que requiere mucho esfuerzo mental, que le exige estar concentrada, que no puede parar de trabajar casi nunca, que sigue pensando en el trabajo en la casa, que hay atención a clientes muy enojados, tristes, que la maltratan y que hay situaciones de violencia; que la encuesta del 6 de noviembre del 2014 informa dolores en el cuello y espalda y muscular, cansancio entre otras, se debe tener en cuenta que se trata de una encuesta psicosocial y no de un medio de prueba que acredite la prevención de las enfermedades laborales que se generaron a la dte de riesgo osteomuscular; que la encuesta del 2007 no acredita el debido cuidado durante toda la relación laboral, que existen planillas de asistencia en las que no se registran el nombre de la señora niño y no se indica a qué asistencia hace referencia; consulta de registro de capacitaciones que es ilegible y que no cumple con los requisitos para que se pueda tener como documento porque no se infiere de donde proviene, que sobre las actas del copasso la Corte ha dicho que lo relevante es que se compruebe el cumplimiento, que en la demanda se afirmó que no existía el copasso porque cuando los solicitaron ellos nunca los aportaron, pero que de los documentos que ellos traen a la demanda y los testigos pues claro que se concluye que el copasso si existía, pero que con ello no se acredita la debida diligencia y la pericia y prudencia de Cafam para prevenir las enfermedades laborales y por el contrario lo que se probó es que el copasso no cumplía correctamente con sus funciones porque estaba enfocado en la prevención de accidentes de trabajo, que también lo debe ser para la prevención de enfermedades y que más allá que los testigos no hayan cumplido con sus funciones también está compuesto por parte del empleador; que del interrogatorio de la dte en ningún momento confesó algo que le pudiera generar interés contrario entonces no se puede concluir que no podía hacer capacitaciones, ella siempre afirmó que no podía hacer capacitaciones, en materia de seguridad y salud en el trabajo.



Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

Que haciendo una conclusión holística de los medios de prueba debe concluir que si se acredita la culpa patronal, que estas enfermedades se generaron por culpa y negligencia de la empresa de manera que si debe salir adelante la pretensión de la existencia de la culpa patronal y por ende las consecuencias al estar comprobado que al trasladar la carga de la prueba respecto de las omisiones que le asisten y se afirma en la demanda, Cafam no aporta documentos que contraríen estas omisiones, que hay una interpretación indebida por el juzgado al decir que primero se debe acreditar la culpa para que posteriormente el demandado acredite el cumplimiento de sus obligaciones, esto no es así, es una obligación recíproca en la medida en que le corresponde al empleador probar que cumplió con todas sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, entonces al afirmarse que no se cumplió con las obligaciones le corresponde al empleador acreditar las mismas.

Solicito se revoque la sentencia y se condene a la indemnización que se está solicitando conforme las pretensiones en los parámetros de la Corte Suprema de Justicia en la materia.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta que el argumento de la inconformidad se dirige a que se revoque la decisión de instancia, y en su lugar, se declare la culpa del empleador conforme el artículo 216 del CST, y se condene a la demandada conforme las pretensiones consecuenciales de la demanda.

Sea lo primero precisar que, con el recurso se hace un extenso recuento de las actuaciones procesales surtidas al interior del presente trámite, así también, se hace una juiciosa descripción de la mayoría de los medios probatorios haciendo énfasis en los que la juez mencionó en las motivaciones de la decisión, y resalta los que a su parecer, se dejaron de valorar, pero en todo caso, entiende la Sala que lo que busca el recurrente al sustentar su inconformidad es que se tenga en cuenta todos los documentos, y en general, todas las pruebas, para que de esa manera se configure la culpa del empleador demandado.



Por lo antes referido, no debe olvidarse que en materia laboral conforme el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., *“el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su medio por otro medio”*, y agrega la norma, *“En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento”*.

Así las cosas, es importante puntualizar que, el hecho que el operador judicial no mencione o funde su decisión en todos los medios probatorios regular y oportunamente allegados al proceso, no quiere decir que, con ello tácitamente las esté desaprobando, pues ello, necesariamente no es así, sino que acoge las que soportan el sentido de la misma, y por tal razón, contrario a lo afirmado por el recurrente, lo que se observa es que la juez valoró los medios probatorios que le conllevaron a la convicción para absolver a la demandada, tal como lo permite el inciso 2° de la norma antes citada.

Aclarado lo anterior, téngase en cuenta que el problema jurídico consistió en determinar si la entidad demandada en calidad de empleadora de la actora, incurrió en culpa conforme el artículo 216 del CST con ocasión a las patologías laborales que padece la señora Niño González, como son: tenosinovitis de estiloides radial izquierdo y bursitis del hombro izquierdo, y como consecuencia de ello, si le asiste derecho al reconocimiento y pago



de los perjuicios solicitados como lucro cesante consolidado y futuro, y perjuicios morales.

Al respecto, sobre la carga de la prueba de la culpa establecida en el artículo 216 del CST, la Sala de Casación Laboral ha referido que la parte demandante es quien tiene el deber de probar aquella, y el empleador únicamente se exonera de la misma acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, como, por ejemplo, en la sentencia, entre otras, CSJ SL13653-2015, y reiterada en la CSJ SL5619-2016:

(...)

[...] esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que “...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...” (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior “...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores” (CSJ SL7181-2015)».

(...)

Significa lo anterior, que contrario a lo manifestado por el recurrente, a la juez si le estaba dado previamente verificar si la parte demandante había logrado probar o no la culpa del empleador, ya que, conforme el extracto jurisprudencial, ello era el presupuesto esencial para proceder a verificar si la demandada cumplió con sus obligaciones para con la trabajadora, como, por ejemplo, las contempladas en el numeral 2° del artículo 57 del CST., de todas maneras, de las motivaciones de la sentencia se precisa un



estudio serio y responsable frente al análisis del acervo probatorio, sin se adviertan conclusiones caprichosas por parte del a quo, puesto que, del recorrido que hizo por los medios de prueba aportados por las partes, encontró que en el caso de la demandada se acreditaba el cumplimiento de los dichos deberes de protección y salud de la trabajadora.

Ahora bien, como el problema jurídico versa en la determinación de la responsabilidad subjetiva respecto del empleador, esto es, la culpa exclusiva de este conforme el artículo 216 del CST, diferente a la de naturaleza objetiva o a cargo de las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, por ende, lo pertinente, tal como ha concluido la Sala de Casación Laboral, es ahondar sobre el análisis de si en el presente asunto quedó debidamente evidenciado el nexo causal entre las patologías que padece la actora, y el presunto actuar negligente del empleador, siendo el nexo de causalidad definido como *“una categoría lógica que permite inferir que entre un hecho antecedente y un hecho consecuente existe una relación de probabilidad”*, concepto reiterado en la sentencia SL3074-2018 del 25 de julio de 2018.

En este proceso, se echa de menos la actividad probatoria dirigida a evidenciar el nexo de causalidad que permita concluir la existencia de perjuicios ocasionados a la demandante por parte de la convocada en su calidad de empleadora, nótese que, tanto en la demanda, como al interior de los alegatos de conclusión de primera instancia y los allegados al Tribunal, la argumentación de centra en hacer descripciones de hechos que considera relevantes, y de cada uno de los medios de prueba no solo aportados por esa parte, sino también de los allegados por CAFAM, pero sin lograr conectar los mismos con las patologías que afirma padece la



demandante, y menos logra conectar esa situación con una eventual responsabilidad de la accionada.

Aunado a lo anterior, no se demuestra cual fue el incumplimiento u omisión de la empresa frente a las obligaciones de prevención y cuidado con la trabajadora en su momento, llamando la atención que el apoderado del recurso insiste en una omisión de cuidado y protección en la salud de la demandante sin que establezca con claridad y exactitud el fundamento fáctico y/o jurídico de la denuncia, que en gracia de discusión, al alegar la presunta negligencia lo mínimo esperado es que advirtiera la infracción a un deber legal y sus consecuencias, no obstante, ello no se verifica por parte de la convocante.

Contrario a lo anterior, lo que si se puede concluir es la ausencia de actos dañinos por parte de la demandada o en contra de la integridad de la trabajadora, y en su lugar, se muestran elementos de convicción de una relación laboral pacífica, inferencia a la que se arriba sin que esta se afecte por lo manifestado por el recurrente al momento de hacer un extenso recuento del contenido de las comunicaciones de correo electrónico en los que se compromete a la demandante, y que para el Tribunal no pasan de ser situaciones normales del desarrollo laboral y en fechas puntuales que no guardan sistematicidad que permitan concluir una permanente y dolosa conducta contraria a los derechos laborales de la actora en materia de prevención de riesgos laborales.

Con todo, sin perjuicio de la valoración probatoria que debe hacerse en conjunto de todos los medios aportados al proceso regular y oportunamente, no se incurre en una omisión en tal sentido si el análisis se concentra en unos más que otros, puesto que se reitera, al juez laboral



le asiste la facultad de formar libremente su convencimiento, y para el caso, por ejemplo, a folios 834 obra documento denominado consentimiento informado de fecha 7 de noviembre de 2014, es decir, más de 8 años posteriores al inicio de la relación laboral (8 de agosto de 2006), mediante el cual la demandante manifiesta que ha sido informada del objetivo y propósito del análisis de factores de riesgo psicosocial, que conoce y puede libremente participar aportando información para que sea utilizada dentro del sistema de vigilancia epidemiológica.

Téngase en cuenta que las patologías que se vinculan con la afectación del estado de salud de la demandante, y que, con el proceso intenta relacionar su causación con un presunto actuar negligente por parte de la demandada en su calidad de empleadora en su momento, comprometen enfermedades de orden fisiológico mas no, cuya causa se relacione con situaciones emocionales o mentales.

Por ejemplo, a folios 835 a 854 obran cuestionarios de factores de riesgo psicosocial intra y extralaboral de los que la demandante respondió, en lo que interesa a la decisión que, el espacio donde trabajaba era cómodo, que su trabajo no le exigía hacer mucho esfuerzo físico, que los equipos o herramientas con los que trabajo eran cómodos, que el lugar de trabajo era limpio y ordenado, que casi nunca por la cantidad de trabajo que tenía debía quedarse tiempo adicional, que siempre podía decidir la velocidad con la que trabajaba, y que siempre la empresa le permitía asistir a capacitaciones relacionadas con su trabajo, entre otras.

No obstante, aunque refiere que casi nunca le era posible tomar causas para descansar al mismo tiempo contesta que algunas veces podía tomar pausas cuando las necesita, de todas maneras, del análisis integral de las



respuestas dadas por la actora no se advierte que la misma se encontrara en situaciones de clara vulneración o que atentaran contra su salud o integridad física, por lo menos para esa oportunidad.

De lo anterior, también se logra colegir que, con la implementación del sistema de atención de usuarios “digiturno”, en marzo del año 2013, tampoco se expuso a la trabajadora a un presunto abuso laboral que comprometiera a la demandada al incurrir en actos de negligencia en el cuidado de la salud de la demandante, conforme se aprecia del dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Bogotá y C/marca de fecha 04 de marzo de 2016 (fls.122), al analizar que: *“con la jefe de oficina y trabajadora se revisaron las estadísticas en donde se encontraron en octubre de 2012 (58 usuarios diarios atendidos, el 24 de junio de 2013 (70 usuarios diarios) el 8 de julio (67 usuarios diarios atendidos) estas estadísticas se toman de los digiturnos emitidos esos días. Pero es importante resaltar aquí, que el sistema de digiturnos se implementó el 10 de marzo de 2013 cuando los cajeros quedaron en el mismo piso de atención al usuario, en donde según lo referido por la trabajadora incrementó el trabajo en un 40% a 50%. Es decir, antes de marzo de 2013 se atendía entre el 40% y 50% menos de pacientes”.*, lo cual permite deducir que, por lo menos, con anterioridad al sistema de digiturnos, esto es marzo de 2013, la demandante no tenía la carga laboral que se indica en la demanda y en el recurso de apelación.

Aparte de lo anterior, también entra en seria contradicción con los hechos de la demanda, lo referido a capacitaciones de las que quedó evidenciado que por lo menos para el año 2014 a la demandante se le impartían las mismas, que si podía realizar pausas en su trabajo, y, que también podía decidir sobre la intensidad de trabajo a realizar, todo, contrario a las



conclusiones a las que arriba el apoderado del recurso al analizar toda la información intercambiada por la trabajadora en los correos electrónicos reseñados, y llama la atención que la promotora contestó para el 2014, es decir posterior a los correos que se intentan hacer valer, que casi siempre su jefe le orientaba, ayudaba a organizar mejor el trabajo, a distribuir las tareas a su cargo, y que le comunicaba a tiempo la información relacionada con su trabajo, que siempre su jefe la trataba con respeto, que sentía que podía confiar en esa persona, que la escuchaba cuando tenía problemas, y que le brindaba apoyo cuando lo necesitaba, y por ello es que no se puede entender esas comunicaciones en la manera descontextualizada que lo pretende hacer ver el apoderado del recurso.

Aunado a lo anterior, a folios 859 a 861 se acredita la existencia del Comité Paritario de Salud Ocupacional – COPASO - para el año 2000, años antes de la vinculación laboral de la demandante, tal como se precisa del Acta de reunión del 14 de julio de esa anualidad; y para el año 2015 la instalación del Comité Paritario de Seguridad y Salud en el Trabajo – COPASST para la vigencia 2015-2017, folio 861, es decir, que por lo menos, en cuanto a la implementación de las herramientas de evaluación de riesgos psicosociales intra y extralaborales, no se advierte despreocupación en este sentido por parte del empleador demandado.

Así las cosas, por las razones antes expuestas se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

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

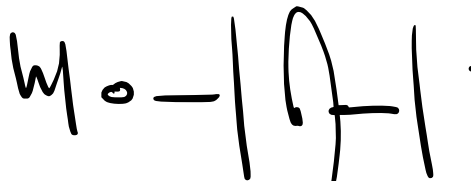
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



**Proceso Ordinario Laboral 31 – 2019 – 0502 – 01 DTE: ADRIANA JANETH NIÑO GONZÁLEZ
DDO: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - R', is written over a printed name and title.
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .



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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2019-0465-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE MARIÑO

DEMANDADOS: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la demandada Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la



Proceso Ordinario Laboral 08 – 2019 – 0465 – 01 DTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE MARIÑO DDO: UGPP

Protección Social – UGPP y la parte demandante, presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora María Mariño de Mariño por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se **DECLARE** que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge el señor Efrén Mariño Rojas, y que por esta razón, la UGPP reconoció la prestación a partir del 19 de septiembre de 2014 mediante Resolución RDP048069 del 26 de diciembre de 2017, por lo que solicita se declare que le asiste derecho a partir del día 4 de enero de 2011 fecha deceso del pensionado; por lo anterior, solicita se condene a la entidad al pago del retroactivo conformado por las mesadas dejadas de cancelar desde que adquirió el derecho, esto es, el 4 de enero de 2011 y hasta el 18 de septiembre de 2018, de manera indexada y con los reajustes correspondientes, junto con los intereses moratorios y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, al causante le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales a partir del 01 de enero de 1985 en cuantía inicial de \$68.373; que con ocasión al fallecimiento de su cónyuge solicitó la sustitución pensional, la que fue reconocida finalmente por la demandada por medio de la Resolución RDP048069 del 26 de diciembre de 2017 a partir del 19 de septiembre de 2014, tras haber sido negada por el ISS y la UGPP en varias oportunidades; que solicito el reconocimiento ante el ISS el 21 de enero de



Proceso Ordinario Laboral 08 – 2019 – 0465 – 01 DTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE MARIÑO DDO: UGPP

2011 la cual le fue negada por medio de Resolución 111 del 26 de enero de 2012; posteriormente ante la UGPP el día 24 de febrero de 2014, la cual fue negada por esa entidad el 10 de febrero de 2015 siendo confirmada la decisión el 25 de mayo de igual año; que el 19 de septiembre de 2017 solicitó nuevamente la prestación ante la UGPP, siendo reconocida a partir del 19 de septiembre de 2014 mediante Resolución RDP048069 del 26 de diciembre de 2017; que el 18 de septiembre de 2018 solicitó el pago del retroactivo a partir del 04 de enero de 2011 y hasta el 18 de septiembre de 2014; que la entidad mediante Resolución RDP040308 del 05 de octubre de 2018 negó lo pretendido al señalar que había operado la prescripción trienal. Que se encuentra agotada la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada UGPP con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó los enlistados en los numerales 4, 6, 7 y 15 y aceptó los demás. Como excepción previa propuso la de falta de integración del litisconsorcio necesario, y de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación; buena fe; inexistencia de intereses moratorios y prescripción de las mesadas y de los intereses.

Por su parte, la vinculada Colpensiones se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 6 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción y caducidad; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y falta de legitimación en la causa por pasiva.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UGPP y a la vinculada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARIA MARIÑO DE MARIÑO.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la UGPP.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

CUARTO: Comoquiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de la parte demandante, en caso de no ser apelada, remítanse las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

Notificados en estrados

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“Que en el presente caso no es objeto de debate la calidad de pensionada de la demandante, ya que se encuentra probado que a partir del 5 de enero de 2011 le fue reconocida pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Efrén Mariño Rojas por parte de la UGPP mediante la Resolución RDP 048069 del 26 de diciembre de 2017 reconociendo dicha prestación con efectos fiscales a partir del 19 de septiembre de 2014 del 2014; que de igual manera se acreditó que a la demandante también le fue reconocida pensión de sobrevivientes por parte de



Proceso Ordinario Laboral 08 – 2019 – 0465 – 01 DTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE MARIÑO DDO: UGPP

Colpensiones mediante Resolución GNR 212440 del 24 de febrero de 2013 a partir del 4 de enero de 2011 fecha del fallecimiento del causante, que no se discute la calidad de beneficiaria de la pensión de la demandante; que la controversia es la fecha procede el reconocimiento y pago de la prestación pensional a favor de la dte por parte de la UGPP, por la prescripción que aplicó la entidad al momento del reconocimiento, que en materia laboral la prescripción se estudia al margen de las disposiciones normativas particulares, que si bien la actora considera que la prescripción deriva de la aplicación del decreto 3135 del 68, lo cierto es que en materia laboral expresado por la Corte sentencia 14184 del 2000 que si bien el derecho pensional no prescribe las mesada pensionales si dentro del término trienal de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, el cual se interrumpe por una sola vez con el reclamo, siempre que se presente la demanda dentro de los 3 años siguientes a la interrupción del término.

Que en este caso el derecho se hizo exigible el día 4 de enero de 2011 fecha de fallecimiento del causante, acudió por primera vez a reclamar la prestación el 14 de diciembre de 2014, precisando que si bien la dte alega incoar una petición el 21 de enero de 2011 lo cierto es que no existe medio probatorio que demuestre tal situación, por ende, es con la solicitud del 14 de diciembre de 2014 con la que se interrumpió la prescripción quedando en suspenso hasta el 18 de marzo de 2015 fecha en que le fue notificada la Resolución RDP005232 del 10 de febrero de 2015 por la cual se resolvió la petición; que reanudado el término trienal se evidencia que la actora no acudió en tiempo a la jurisdicción, ya que la demanda se interpuso el 11 de julio de 2019, siendo el plazo máximo el 18 de marzo de 2018, razón por la cual la petición del 14 de diciembre de 2014 no interrumpió la prescripción, y en ese orden se encuentran afectadas por ésta las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de julio de 2016, por lo que no proceden las pretensiones, ya que la UGPP le reconoció la prestación pensional a partir del 5 de enero de 2011 con efectos fiscales a partir del 19 de septiembre de 2014, por lo que se absolverá a la UGPP de las pretensiones por el pago de retroactivo, y de las demás consecuenciales. Que respecto de Colpensiones la cual fue vinculada en razón al carácter compartido de la prestación, mediante Resolución GNR212440 del 24 de agosto de 2013 le reconoció la pensión a la dte a partir del 4 de enero de 2011. Se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por la UGPP relevándose del estudio de las demás. Sin costas.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito presentar recurso de apelación a fin que el fallo sea revocado; Que si bien es cierto con la desaparición del ISS las acreencias y prestaciones a cargo de este las asumió la UGPP es de anotar que el 21 de enero de 2011 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de su pensión ante el ISS la cual fue negada; que posteriormente el 24 de febrero de 2014 llevó a cabo la solicitud ante la UGPP del pago de la sustitución pensional, el que fue otorgado a través de la Resolución 048069 del 26 de diciembre de 2017, que a través de su artículo 1° indica que se debe reconocer a partir del 5 de enero de 2011 pero con efectos fiscales a partir del 19 de febrero de 2014 cuando en realidad el fenómeno de la prescripción ya estaba interrumpido, ya que inicialmente con fecha 21 de enero de 2011 se había solicitado



**Proceso Ordinario Laboral 08 – 2019 – 0465 – 01 DTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE
MARIÑO DDO: UGPP**

ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes entidad que negó el derecho varias veces; que posteriormente ante la UGPP hizo la solicitud en febrero de 2014, que desde ahí en adelante se ha interrumpido la prescripción razón por la cual la sustitución debe ser de manera retroactiva a partir del 4 de enero de 2011 hasta el 18 de septiembre de 2014, tiempo durante el cual dejó de pagar el valor correspondiente al derecho adquirido; que considera que las mesadas dejadas de cancelar no se encuentran prescritas conforme se ha determinado en el fallo.

Que igualmente no se dan los presupuestos procesales que se han indicado en el fallo para efectos de declarar probada la excepción de prescripción alegada por las demandadas, en estos términos dejó sustentado el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta el punto de apelación que obedece a la inconformidad por la declaración de prescripción de las mesadas pensionales causadas entre el 4 de enero de 2011 y el 18 de septiembre de 2014.

Desde ya la Sala considera que no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia debiendo ser confirmada la misma, en atención a que, contrario a lo considerado por el apoderado de la parte actora, en efecto, operó el fenómeno prescriptivo sobre las mesadas pensionales que conforman el retroactivo entre el 4 de enero de 2011, día del fallecimiento del causante, el señor Efrén Mariño Rojas y hasta el día 18 de septiembre, esto es, un día antes al inicio en que se reconoció el pago de las mesadas a la promotora.

Es así que, mediante la Resolución RDP048069 del 26 de diciembre de 2017 (fls.12 a 17) la demandada reconoció a la cónyuge supérstite la prestación pensional a partir del 5 de enero de 2011, no obstante, como acertadamente lo consideró la entidad y la juez a quo, solo era posible el



Proceso Ordinario Laboral 08 – 2019 – 0465 – 01 DTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE MARIÑO DDO: UGPP

pago de la misma a partir del 19 de septiembre de 2014, comoquiera que, la reclamación se hizo el mismo día y mes del año 2017.

Olvida el recurrente que la pensión en discusión es compartida con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y que para su financiación la convocada está a cargo del mayor valor, en caso de que haya lugar a ello, y echa de menos que mediante Resolución GNR 212440 del 24 de agosto de 2013 Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante a partir del 4 de enero de 2011 en proporción del 100%.

Ahora, no le asiste razón al recurrente al querer contabilizar el término prescriptivo en virtud del trámite administrativo de reclamación ante el extinto ISS, y que refiere inició con la solicitud elevada el día 21 de enero de 2011, de la cual, dicho sea de paso, no hay prueba de ello, no obstante, la demandada acepta al interior del acto de reconocimiento del 26 de diciembre de 2017, que el ISS había negado la prestación a la demandante mediante Resolución N°0111 del 26 de enero de 2012 al advertir que no había convivido con el causante por el tiempo requerido legalmente antes de su fallecimiento.

En todo caso, Colpensiones, como ya se indicó, reconoció la pensión de sobrevivientes a partir del 4 de enero de 2011, sin embargo, pero fue solo hasta el 14 de diciembre de 2014 que un primer momento la parte actora interrumpió la prescripción con la reclamación que fue resuelta por la UGPP mediante la Resolución RDP005232 del 10 de febrero de 2015 y que negó lo pretendido, culminando la vía gubernativa con la notificación de la Resolución RDP020880 del 25 de mayo de 2015 que resolvió el recurso de apelación en contra del acto administrativo del 10 de febrero de igual año,



Proceso Ordinario Laboral 08 – 2019 – 0465 – 01 DTE: MARIA NASARETH MARIÑO DE MARIÑO DDO: UGPP

notificación que una vez revisado el expediente administrativo de la actora ocurrió el día 17 de junio de 2015 (Pdf.285), y la demanda se interpuso solo hasta el 11 de julio de 2019, por lo que, conforme con los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPT y de la SS, respecto de ese trámite administrativo de reclamación ante la UGPP operó claramente el fenómeno prescriptivo al superar ampliamente el término trienal.

Posteriormente, la demandante nuevamente eleva reclamación el día 19 de septiembre de 2017, la cual concluye con la decisión por parte de la demandada UGPP con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del día 5 de enero de 2011 día siguiente al fallecimiento del causante, pero con pago a partir del 19 de septiembre de 2014 teniendo en cuenta la prescripción trienal de las mesadas pensionales, con anterioridad a esta última fecha.

Con todo, la decisión de primera instancia será confirmada por las razones antes expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



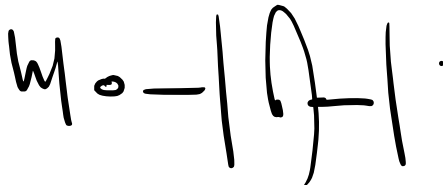
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 03 2019 522 01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las apoderadas de las demandas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS

Una vez corrido el traslado de ley, el apoderado de la parte actora y el apoderado de la demandada COLPENSIONES, procedieron a presentar sus alegatos de instancia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO****ANTECEDENTES**

Solicitó la parte actora que se declare la nulidad de la afiliación de la señora GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJAL y realizada en el mes de octubre de 2002 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. y los traslados realizados entre administradoras. Que se declare que la única afiliación válida al sistema general de pensiones de la señora GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO, es la efectuada al ISS. Qué como consecuencia de lo anterior se condene a la AFP OLD MUTUAL trasladar continúa con pensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la accionante. Que se condene en costas a la demandada y a las agencias en derecho. (fl.- -)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 15 de julio de 1963 y venía afiliada al ISS desde el 19 de abril de 1.982, hasta el día 31 de agosto de 1.988, fecha en la que efectuó el traslado a PROTECCIÓN S.A.
- Que en el mes de octubre de 2002 firmó el correspondiente formulario de vinculación a la AFP PORVENIR SA
- Que no recibió asesoría alguna por parte de porvenir para la supuesta afiliación al régimen de ahorro individual.
- Qué no se le hizo entrega del reglamento de funcionamiento de la accionada como lo establece el decreto 656 de 1994.
- que no se le informó por parte de la demandada las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.
- Que no se le informó por parte de la demandada que la fecha de redención normal de su bono pensional sería el cumplimiento de los 6 años de edad.
- Que no se le informó la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas en el régimen de ahorro individual.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que no se le entregó la información necesaria para escoger la mejor opción del mercado a través de elementos de juicio claros y objetivos
- Que no se le informó por parte de porvenir SA la inconveniencia de trasladarse de régimen de ahorro individual en su caso particular.
- Que posteriormente se trasladó a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL en el mes de junio de 2007.
- Que el 20 de junio de 2019 solicitó a col pensiones la recepción de aportes pensionales en virtud de la nulidad de la afiliación pero dicha petición fue despachada de manera desfavorable. (fl.- 6-7)

•

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **OLD MUTUAL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 14, 15 y 16, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 42-48).

Por su parte, la demanda **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que no son ciertos o que no le contestan. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (fl. 94-134).

Por su parte, la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 5, 14, 15 y 16, para los demás señaló que no lo son o que no le contestan. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

48 de la constitución política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (Cd. Folio 90).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 9 de diciembre del año 2020, declaró:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado de la demandante GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por PORVENIR SA realizado el 8 de agosto del 2002, así como la ineficacia del traslado horizontal realizado con posterioridad de PORVENIR SA a hoy OLD MUTUAL Y/O SKANDIA el 17 de mayo del 2007, para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por pensiones todo de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO Condenar a la AF OLD MUTUAL y/o SKANDIA S.A. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haber realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento algo, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros que efectúe OLD MUTUAL Y/O SKANDIA S.A., para que proceda a activar la filiación de la demandante GLORIA CONTRERAS CARVAJALINO como si nunca se hubiese trasladado el régimen de prima media con prestación definida y Asimismo actualizar la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO declarar no probada la excepción de prescripción por puesta por las demandas, conforme a la parte motiva.

QUINTO: Condenar en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas PORVENIR, OLD MUTUAL Y/O SKANDIA y COLPENSIONES, las que se tasa en la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas”.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que revisados en su conjunto tanto el escrito de la demanda como los escritos



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de contestación de esa demanda se puede extraer que lo discutido en el presente juicio radica en determinar si se presentó una ineficacia en el momento del traslado de la demandante al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 8 de agosto de 2002, la cual consiste en que se la hicieron inducir en error o engaño en razón a que no se suministra una información completa sobre las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen a otro.

Luego de realizar un recuento del acervo probatorio señaló que en la fecha del traslado ya existían normas que obligaban a los fondos administradores de pensiones a brindar una información completa, veraz y oportuna, en el momento de la promoción de la afiliación, así lo dejó establecido el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, cuando consagra obligaciones de los promotores, los promotores que emplea en la sociedad administradores del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho al afiliado, de suerte que al revisar los medios de prueba no se logró establecer cuál fue la información que se le brindó a la demandante, pese a que, en el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada manifiesta que se les capacitaba a sus promotores comerciales para brindar esa información completa acerca de uno y otro régimen, lo cierto es que no se logró establecer fehacientemente y con medios de prueba cuál fue esa información que se le brindó tanto un régimen de un régimen como del otro.

Igualmente indicó que tampoco se logró establecer cuál fue la capacitación que se le brindó exactamente al promotor comercial que abordó a la aquí demandante, no es suficiente con que lo afirme, sino que debe probarlo recuérdese que en su interrogatorio no manifiesta que se les brindaba y se les daba una capacitación específica de sus promotores comerciales, sobre las condiciones de uno y otro régimen de suerte que ni siquiera eso fue aportado al expediente.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Frente a la carga de la prueba e interpretando las normas vigentes para la época, se vino pronunciando las Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente lo hizo el 9 de septiembre del año 2008, entre el radicado 31.989 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, allí claramente preciso frente a la carga de la prueba en esas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino de los silencios que cuando el profesional que ha de tener la iniciativa proporcional todo aquello que resulta relevante para la toma decisiones que se persiga, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor, a la entidad demandada y si párrafo específico que habla de la carga de la prueba fue nuevamente retomada por la doctrina del presidente vertical emanada del órgano vértice máximo de esta jurisdicción dentro del radicado No 543814 del 14 de Noviembre del año 2018, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Gerardo Botero Zuluaga, pero allí adicionalmente específico en concreto qué es lo que se debe haber informado y como debe probarse, allí concluyó la alta Corporación de manera que conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que primero la insuficiencia de la información general, segundo no será suficiente la simple suscripción de formulario si no el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad de manera que aquí no hay forma de cotejar con la información brindada porque se echa de menos cuál fue la información que se le brindó a la demandante en el momento del traslado, y tercero términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradoras de fondo de pensiones, a llegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, y no sea llegó ningún dato de acuerdo con el análisis probatorio que ya tuvo oportunidad de hacer este operador judicial, de igual forma tampoco es suficiente la suscripción voluntaria del formulario tal y como lo tiene establecido la misma doctrina del precedente vertical y específicamente lo estudio dentro del radicado 68.852 del 3 de abril del año que transcurre, con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde indico la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que la afirmación consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre y espontánea sin presiones otro tipo de leyenda de este tipo va a llover acciones no son suficientes para dar por demostrar el deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora en los términos arriba señalados.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandada PORVENIR S.A., señaló:

“Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos, el juzgador dice que se presente el fenómeno de la ineficacia en razón a la falta de información y sin embargo no debería ser declarada por cuanto para que se de esta figura deberían existir actos que han o atenten contra la fe del trabajador es decir cuando se realizan actos con dolo con el ánimo de atentar contra esa libertad de afiliación o traslado supone entonces la intención de causar daño ni se demostró dolo por parte de mi representada por el contrario lo que se vio con claridad es que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria también ratifico lo señalado en los alegatos de conclusión en cuanto a que no se persuadió a la demandante para que se trasladara pues según confesó la demandante en el interrogatorio para el 2002 quien la persuadió y la llevó a trasladarse de régimen suscribiendo el formulario de afiliación fue su empleador por intermedio de una contadora entonces debió haber sido el empleador el que debió ser sancionado por haber impuesto la elección del organismo del sistema de seguridad social y que se escapa de la orbita de la nulidad e ineficacia, este hecho porque mi representada no es responsable de esta situación. También destacar que aunque haya una firma por parte de un asesor esto no es igual a que hubiere estado allí el asesor o que estaba otro representante, máxime cuando la demandante confesó que allí la única persona que estaba era la contadora, es que así lo confesó y nada tiene que ver la contadora con porvenir, luego no es dable presumir que hubo un asesor y que éste le tuvo que dar una información porque esto raya en contra de toda lógica no estaba ningún asesor allí quien le impuso la afiliación fue el empleador de manera que le solicito al Tribunal que estudie esta particularidad del caso. También se manifiesta que el expediente esta huérfano de pruebas y que no se puede evidenciar la información presentada en el año 2002 y yo reitero que hay que tener en cuenta esta situación porque no existió ningún asesor que le pudiera haber brindado una información y pese a que la inversión de la carga de la prueba se hizo contrario a lo allí dispuesto, tampoco se puede concluir que el formulario de afiliación sea alguna prueba y es que no es un simple formato y es que también hay que considerar que cuando se suscribe el formulario de afiliación esta materializando de que alguna información se le dio y ella aún así no se opuso, y la suscribió de manera libre y voluntaria, sin ningún problema, no formuló



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

preguntas, de manera despreocupada sin interesarle que de esto dependía su futuro pensional. Es un hecho demostrable que durante el tiempo que estuvo afiliada que solo fueron 5 años ella permitió que se le realizaran descuentos con destino al fondo que represento y bajo la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia pues esto debe considerarse como la verificación de la voluntad del afiliado, máxime cuando así lo ha señalado la sentencia con radicado 47236 del 6 de abril de 2016, es que ellos precisamente indican que esa voluntad es la que demuestra que de manera inequívoca ella quería permanecer en uno y otro régimen pensional. Señala el aquo, sentencias respecto de una línea jurisprudencial que aquí ya todos conocemos y que también precisa algo muy importante y es que en una de esas sentencias con ponencia de la dra, Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dijo que estos casos no importaba si se estudiaba con actores que estuvieron amparados con el régimen de transición, que eso era irrelevante pero llama la atención que nuevamente estos casos se estudian con personas que están amparadas con el régimen de transición luego aquí no hay una identidad fáctica con el caso que nos ocupa y en buena hora que algunos magistrados en esas sentencias aclararon voto, en donde el magistrado Rigoberto Echeverry, indicó que no se podía precisamente declarar de manera automática las ineficacias o las nulidades de traslado, porque hay que revisar si se produjo un perjuicio claro y cierto y es que hay unas personas que se les producía, por que claramente estaban amparadas con el régimen de transición aquí la presente actora no. también en sentencia de tutela con radicado No. 5912 del 13 de mayo, el Dr. Jorge Luis Quiroz Aleman, salvó voto indicando que tampoco considera que pudieran accederse de manera indiscriminada las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en una falta de información alegada por la demandante porque estimó que hacerlo de esta manera, pues estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el legislador, porque precisamente el legislador radicó esa libertad en cabeza del afiliado quien debe asumir entonces las consecuencias jurídicas que ello conlleva, máxime cuando la demandante era capaz y consiente de la decisión que estaba tomando y que reitero no fue una decisión impuesta por mi representada. De otra parte la parte demandante esta inmersa en la prohibición legal que establecen la ley 797 de 2003, norma que fue sometida al control previo por parte de la Corte Constitucional y que bueno, esta establecido conforme a la sentencia C 1024 de 2004 que fue declarada exequible previendo aspectos primero para garantizar el interés general sobre el particular para proteger el sistema general de pensiones y por otro lado, para no descapitalizar el régimen de prima media y también de paso para garantizar el principio de estabilidad financiera del RAIS, por cuanto no es dable que la demandante se escude en una supuesta falta de información, simplemente porque con el pasar del tiempo no resulta acorde con sus aspiraciones si ni siquiera tiene claro cuales son los beneficios ni cual es el valor con el que se pensionaría en el régimen de prima media en ese sentido le solicito al H. Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia de instancia y en su lugar absuelva de todas y a cada una de las pretensiones de la demanda a mi representada. Muchas Gracias”

Por su parte la apoderada de Skandia indicó:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Me permito interponer recurso de apelación en lo que refiere al traslado que se le ordena a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, a realizar a Colpensiones sin poder descontar efecto alguno por gastos de administración en este sentido, señores Magistrados me gustaría pronunciarme para que se entre a la revisión del mismo teniendo en cuenta que dicho descuento 1. se realiza por el tema de que nosotros tenemos que hacerlo por disposición normativa de la Ley 797 de 2003, que tiene una contraprestación de la cual la señora Gloria fue beneficiaria durante todo el tiempo de su afiliación, esto es la compra de una póliza de riesgos de invalidez y muerte, así como también de la administración de la cuenta de ahorro individual con solidaridad estas prestaciones que se hacen como resultado de dichos descuentos de gastos de administración se deben entender como una obligación para skandia pensiones y cesantías y no como un descuento caprichoso que hace la entidad, en este sentido señores magistrados que se debe tener en cuenta que como se esta aplicando la figura de retrotraer la actuación como si esta nunca hubiese sucedido se tiene que tener de presente las dos partes contractuales que se ven afectadas, en este caso la parte demandante y el fondo hoy skandia, en razón a que es quien actualmente administra los aportes, en este sentido al momento en que yo retrotraigo los efectos de como si esto nunca hubiese sucedido en ningún momento se hubiesen causado rendimientos y los frutos correspondientes a la administración de mi representada y que no se están teniendo en cuenta al momento de establecer si es requerido devolver los gastos de administración o no, por lo que el porcentaje correspondiente al momento de liquidar la mesada pensional. Muchísimas gracias.”

Finalmente la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

“le solicito a los H. Magistrados absolver a mi representada Colpensiones en razón a los siguientes términos: en primer lugar el Juez dentro de sus consideraciones señala que si bien la demandante en su interrogatorio de parte precisa o expone que su afiliación con la AFP PORVENIR se dio a través De la contadora de la entidad en la cual iba a iniciar su vinculación laboral, no debe desconocerse que existe dentro del expediente un formulario de afiliación que se encuentra suscrito por un asesor de la AFP Porvenir, lo que significa entonces que en el presente caso nos encontramos frente a una contradicción con respecto a lo que manifiesta la demandante tanto en los fundamentos fácticos de la demanda como en el mismo interrogatorio de parte por cuanto si la demandante manifiesta que no hubo ningún tipo de injerencia de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

asesor alguno en el momento en que realizó su traslado primigenio, porque entonces se presente en el expediente un formulario suscrito por un asesor, es esta contradicción la que generaría que en el presente caso se declare entonces que la contradicción efectuada no trae como consecuencia la declaratoria de una ineficacia de la vinculación de la demandante, por cuanto al parecer ni siquiera esta segura de la manera en que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y si tomamos como cierta la manifestación esbozada por la demandante en su interrogatorio de parte que no hubo ningún tipo de injerencia por parte de la AFP, así las cosas primero la demandante no conocía la manera en como realizó su afiliación al régimen o segundo no hubo injerencia por parte de los asesores y por lo tanto no hay presunta falta de información. De igual manera se encuentra por ella fueron incumplidas razón por la cual también, como segundo aparte de este recurso de apelación le solicito a los H. Magistrados absolver a mi representada COLPENSIONES. Finalmente es importante resaltar que el principio de sostenibilidad financiera no se ve salvaguardado por el hecho de que OLD Mutual tenga que devolver a mi representada todos los valores que fueron cotizados por la demandante con motivo de su afiliación, por cuanto aún se presenta una descapitalización del fondo común por cuanto estamos en un sistema de reparto por cuanto su financiación es en modelo de escalera circunstancia que en estos casos de ineficacia no se está teniendo en cuenta al momento de proferir las decisiones con respecto a efectuar ese paralelo con el principio que Colpensiones busca guardar presentando oposición en esta pluralidad de procesos.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y teniendo en cuenta los recursos interpuestos por las demandas, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA JUDITH CONTRERAS CARVAJALINO, se circunscribe a la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PORVENIR S.A., y el posterior cambio de AFP a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Ahora bien, en el presente caso, se encuentra que la parte demandada acepta en su recurso que no le fue brindada a la actora ninguna clase de asesoría al momento de la suscripción del formulario, argumentando para ello que la actora en su interrogatorio de parte señaló que fue su empleador en compañía de la contadora de la empresa quien le entregó el formulario para su firma, hecho éste que para las apelantes es razón suficiente para negar el traslado deprecado.

En cuanto a lo anterior, y contrario a lo señalado por las apelantes, esta circunstancia hace que adquiera mayor fuerza la ineficacia deprecada por el Juez de Primer Grado, ya que es responsabilidad de las AFP, brindar la información necesaria al momento en que los posibles afiliados suscriben y materializan dicha afiliación y no entregar a terceros los formularios para que éstos se encarguen y suplan dicha función.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 522 01 Dte: GLORIA JUDITH
CONTRERAS CARVAJALINO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 02 2019 243 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS RAFAEL GARCÍA CORONADO
DEMANDADO: COLPENSIONES

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 4 de noviembre de 2020, dada la apelación presentada por la apoderada de la parte actora.

ANTECEDENTES

El señor LUIS RAFAEL GARCÍA CORONADO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de la condena y a las costas del proceso. (fl. 7).

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue pensionado por el ISS, mediante Resolución No. 006121 2006, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, que contrajo matrimonio católico con la señora MARIA ROBLES DE GARCÍA; que su esposa depende en su totalidad de sus ingresos; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos, por medio de derecho de petición, pero los mismo fueron negados. (fls. 6 - 7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3, 6 y 8, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación prescripción de los incrementos, inexistencia de la indexación e intereses moratorios, imposibilidad del reconocimiento de la mesada 14, buena fe e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fls. 33-43).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 4 de noviembre de 2020, ABSOLVIÓ a la demandada al pago del incremento solicitado y condenó en costas a la parte actora. (fl. 229).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que, si bien el actor cumple con los requisitos del art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, no es menos cierto que a la fecha los mismo no se encuentran vigentes

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

“Me permito formular el recurso de apelación en cuanto a la sentencia proferida por su H. Despacho, toda vez que a mi cliente al ser beneficiario del régimen de transición, le es aplicable el art. 21 del acuerdo 049 de 1990, el que establece los incrementos pensionales, reuniendo para ello los requisitos facticos que exige la norma como lo fueron la dependencia y la convivencia y toda vez que la acción se inició antes de ser proferida SU 140 el 2019, consideramos que la aplicación retroactiva e esta providencia, podría vulnerar los principios de la

Buena fe, favorabilidad, e la confianza legítima y de la seguridad jurídica. Es todo su señoría, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a revisar en apelación el fallo proferido, dando el recurso de apelación presentado por la parte actora, por lo que se determinará si le asiste derecho al demandante, a percibir el incremento pensional por cónyuge a cargo.

Para resolver el problema jurídico y al revisar el acervo probatorio, se encuentra que, en este caso al LUIS RAFAEL GARCÍA CORONADO, COLPENSIONES, mediante Resolución No. 006121 del 27 de febrero de 2006, le reconoció pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así las cosas, previo a abordar el estudio del recurso interpuesto, es necesario establecer si tal prestación se encuentra vigente, para luego sí analizar si existe o no el derecho al pago del incremento pensional.

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

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

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

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, en la presente la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 del 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

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

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

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, sin que sea dable como lo pretende el apoderado de la parte actora, la inaplicación de la sentencia SU, la cual se encontraba vigente al momento en que se profirió el fallo de primera instancia.

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor LUIS RAFAEL GARCÍA CORONADO, a partir del 1 de marzo de 2006, cuando cumplió los 60 años de edad (fl.- 21), se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto de habrá de confirmar la sentencia recurrida, pero por las razones acá expuestas.

SIN COSTAS. En esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

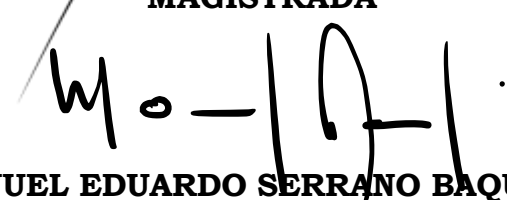
**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2019 243 01 Dte.: LUIS RAFAEL GARCÍA
CORONADO Ddo.: COLPENSIONES**

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**



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

PROCESO ORDINARIO No.38-2018-0047-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO, BENITO
SUESCUN Y CARLOS ENRIQUE GONZALEZ

DEMANDADOS: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de julio de 2020.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

ANTECEDENTES

Los señores Ricardo Enrique Páez, Benito Suescun y Carlos Enrique González, por intermedio de apoderada judicial interponen demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que laboraron al servicio de la demandada en los cargos de supervisor técnico, operario grupo técnico de línea energizada y operador de grúa respectivamente; que prestaron sus servicios en los siguientes periodos: del 18/08/2015 al 15/06/2017; 03/12/2015 al 15/06/2017 y 17/02/2017 al 15/06/2017, respectivamente; percibiendo los salarios de \$3.431.294, \$2.912.905 y \$1.650.000; que las cartas de renuncia son nulas, que los contratos de trabajo permanecen vigentes, que tienen derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 1 de junio de 2017, que no prestaron el servicio por culpa del empleador y tienen derecho a percibir los salarios conforme el artículo 140 del CST, que tienen derecho al pago de salarios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y primas de 2017, y de manera proporcional para el año 2018 y hasta que se haga el pago.

Como declaraciones subsidiarias solicitan el pago de los últimos 15 días laborados y a partir del 16 de junio de 2017 de todos los salarios junto con



las prestaciones correspondientes, indemnización por despido sin justa causa, del artículo 65 del CST.

Solicitan se condene a la demandada para que proceda al reintegro de los tres, a los cargos que venían desempeñando o uno superior a los que venían desempeñando al momento que presentaron la renuncia; al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago de las cesantías conforme la Ley 52 de 1975; primas de servicios; vacaciones; indexación, intereses moratorios conforme jurisprudencia de la Corte Constitucional, y costas del proceso; que en caso de no acceder al reintegro, solicitan el pago de la indemnización por despido sin justa causa y la moratoria del artículo 65 del CST.

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones al señalar que, por parte del señor Ricardo Páez que inició a laborar para la demandada a partir del 18 de agosto de 2015 por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de supervisor grupo técnico de línea energizada, que el último salario ascendió a \$3.431.294; que presentó carta de renuncia el 15 de junio de 2017 advirtiendo coacción en la suscripción; que ese mismo día fue aceptada la renuncia; que el 25 de julio de 2017 elevó petición a la demandada exigiendo el pago de prestaciones adeudadas, de la cual no obtuvo respuesta; que le entregaron documento contentivo de liquidación final de prestaciones sociales, la cual se encuentra insoluta y por ellos manifiesta que tiene derecho a la indemnización del artículo 65 del CST.



Por su parte, el señor Benito Suescun, manifiesta que suscribió contrato de trabajo con la demandada a partir del 3 de diciembre de 2015, para desempeñar el cargo de operario grupo técnico de línea energizada, devengando como último salario la suma de \$2.912.905, que también presentó renuncia al cargo el día 15 de junio de 2017 en las mismas circunstancias que el primero, presentando la petición de pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas el 18 de julio de 2017, a lo que también agrega que nunca le dieron respuesta, pero que le entregaron un documento contentivo de la liquidación definitiva, sin que la misma de haya pagado, considerando que en su caso también procede la condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

En cuanto al señor Carlos Enrique González indicó que inició a laborar por medio de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 16 de febrero de 2017, en el cargo de operador de grúa, percibiendo como último salario la suma de \$1.650.000, que presentó renuncia al cargo a partir del 15 de junio de 2017, en las mismas circunstancias de coacción, y que nunca le pagaron tales conceptos, concluyendo que le asiste derecho al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Como hechos comunes a los demandantes se expone que el acto de renuncia no fue voluntario, que conforme al certificación de existencia y representación legal de la demandada la sociedad mutó de limitada a sociedad por acciones simplificada S.A.S., y que el representante legal es Carlos Alberto Gaona Romero, que los demandantes fueron retirados del Sistema de Seguridad Social Integral a partir del 1 de septiembre de 2017, y que la empresa hizo saber su situación de déficit económico y no cuenta con recursos para cumplir obligaciones laborales.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos no aceptó los relacionados con las circunstancias en que los demandantes suscribieron la renuncia, y que seguros SURAMERICANA intentó comunicarse con los demandantes para el pago de las acreencias laborales, pero que no fue posible contactarlos, y que el salario del señor Carlos Enrique González era de \$1650.000., y aceptó los demás. Como excepción previa formuló *no comprender la demanda a todos los litisconsortes*, y de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones que se reclaman; buena fe y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S. a pagar al demandante RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- a) \$1.715.647 por salarios insolutos
- b) \$1.572.676 por cesantía
- c) \$337.442 por intereses de cesantías incluida la sanción por no pago
- d) \$1.572.676 por primas de servicios
- e) \$786.338 por compensación en dinero de vacaciones
- f) \$82.351.056 a título de indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST, causada entre el 16 de junio de 2017 y el 15 de junio de 2019.



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0047 – 01 DTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO Y
OTROS DDO: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S.**

Los valores relacionados en los literales c y e, deberán ser indexados tomando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE.

Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al mes de junio de 2015 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la demandada.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S. a pagar al demandante BENITO SUESCUN, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- a) \$1.456.453 por salarios insolutos
- b) \$1.335.081 por cesantía
- c) \$320.420 por intereses de cesantías incluida la sanción por no pago
- d) \$1.335.081 por primas de servicios
- e) \$667.541 por compensación en dinero de vacaciones
- f) \$69.909.720 a título de indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST, causada entre el 16 de junio de 2017 y el 15 de junio de 2019.

Los valores relacionados en los literales c y e, deberán ser indexados tomando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE.

Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al mes de junio de 2015 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la demandada.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S. a pagar al demandante CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- a) \$1.124.061 por salarios insolutos
- b) \$749.374 por cesantía
- c) \$179.850 por intereses de cesantías incluida la sanción por no pago
- d) \$749.374 por primas de servicios
- e) \$374.687 por compensación en dinero de vacaciones



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0047 – 01 DTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO Y
OTROS DDO: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S.**

f) \$53.954.928 a título de indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST, causada entre el 16 de junio de 2017 y el 15 de junio de 2019.

Los valores relacionados en los literales c y e, deberán ser indexados tomando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE.

Como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al mes de junio de 2015 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la demandada.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S. de las demás pretensiones formuladas en la demanda por RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO, BENITO SUESCUN Y CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto a las condenas infligidas y se considera relevado del estudio de las planteadas, frente a las absoluciones producidas.

SEXTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 a favor de cada uno de los demandantes.

Las partes quedan legalmente notificadas en **ESTRADOS**

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Procede a proferir la decisión advirtiendo que no es objeto de controversia la vinculación contractual de los demandantes que lo fue mediante contratos de trabajo a término indefinido, lo cual fue admitido por la demandada, tanto los extremos de la relación de trabajo como los cargos ejercidos por ellos; que los salarios se logran probar con las liquidaciones allegadas por la demandada.

Con relación a la declaración de ilegalidad de los contratos de trabajo o nulidad de las renunciaciones, advierte con relación a Ricardo Páez a folio 37 obra renuncia del 15 de junio de 2017 en donde comunica que renuncia de manera irrevocable a partir del 17



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0047 – 01 DTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO Y
OTROS DDO: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S.**

de junio de 2017 al cargo de supervisor grupo técnico de línea energizada en el cual se venía desempeñando desde el 18 de agosto del 2015, que la decisión se funda en motivos personales; que con relación con Benito Suescun y Carlos Enrique González igualmente obra la renuncia y aceptación de la misma.

El representante legal de la demandada rindió interrogatorio de parte quien manifestó que la empresa se encuentra en estado de liquidación hace unos dos meses motivada en la falta de liquidez desde el momento en que terminó un contrato con codensa hace tres años, que 58 trabajadores recibieron liquidación por parte de un seguro que tenía la empresa salvo los tres demandantes, que la empresa en ningún momento los obligó a renunciar, que no tiene conocimiento si alguien de la empresa elaboró las cartas a los trabajadores y que a la terminación del contrato de los demandantes no se les canceló las acreencias laborales por falta de liquidez de la empresa y que con posterioridad a la finalización del contrato no se les ha efectuado pago alguno.

Ricardo Páez indicó que renunció por solicitud de Carlos Alberto Gaona, que su jefe inmediato era Luis Enrique Giraldo, que la secretaria de nombre Yanira les entregó la carta de renuncia a cada uno de los trabajadores, que él no la leyó porque todas decían lo mismo, pero si lo suscribió, que dos días después recibió la respuesta de la empresa aceptando la misma, que recibió una llamada de suramericana para el pago de acreencias laborales, que le enviaron una copia de la liquidación pero que la misma no correspondía a la realidad, que no lo volvieron a llamar, que laboró desde el 15 de agosto de 2015 y hasta el 15 de junio de 2017 como coordinador de operaciones, que su salario era de \$2.700.000 con un bono del 20% de productividad y auxilio de alimentación de \$1.200.000.

Benito Suescun manifestó que presentó renuncia por solicitud del señor Gaona y que no tenían cómo pagar las indemnizaciones, que debían renunciar porque la empresa no les podía terminar el contrato y que entonces los debían indemnizar y que no había dinero, que lo llamaron de suramericana para el pago de sus acreencias pero solo le ofrecieron la mitad de lo que le debían, que laboró desde dic del 2015 hasta el 15 de junio de 2017, que su salario era de \$2.200.000 más \$900.000 bonificación por movilización, que después de la terminación laboral no recibió pago alguno.

Ricardo Páez indicó que si renunciaban al cargo porque el señor Gaona les dijo que si la firmaban les darían pronto la liquidación, porque no había mas trabajo y lo mejor era renunciar, que la secretaria de recursos humanos les entregó la carta, que no le dieron respuesta, que seguros suramericana lo llamó para pagarle la liquidación, pero como le debían los últimos 15 días de salario no recibió el dinero, que laboró desde el 2 de enero al 15 de junio de 2017 y que ganaba \$1.650.000.

Carlos Mauricio Suaza indicó haber sido el contador de la empresa, que conoce a los demandantes, que hacían parte de un grupo de 58 trabajadores que pasaron la carta de renuncia, y que a los únicos a los que no se les pagó por parte de la aseguradora fue a ellos.

Concluye el despacho que no puede afirmarse que se acredite que fueron coaccionados u obligados a presentar su renuncia, precisando que no basta con que los accionantes afirmen haber renunciado siendo obligados sin que se acredite así; que para declarar la ilegalidad de un acto de renuncia presentada por un trabajador, le corresponde a este la carga de demostrar las conductas que originaron la coacción por parte de su empleador para que se pueda declararse la ilegalidad de la desvinculación; que no es irregular que las comunicaciones de renuncia vengan en escritos proformas siempre y cuando se evidencie que los trabajadores leyeron el documento y lo suscribieron en constancia de aceptación de lo consignado, por lo que en ese contexto no puede predicarse la existencia de una coacción o fuerza que



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0047 – 01 DTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO Y
OTROS DDO: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S.**

haya viciado su consentimiento para la suscripción del documento; que si se parte de la premisa que se les indicó que la empresa se encontraba en una situación de crisis y que era viable la renuncia, los trabajadores eran libres de acogerse o esperar lo que sucediera a futuro, que eran conscientes de los efectos de su decisión; que no hay prueba alguna sobre fuerza por parte del empleador sobre los actores para que suscribieran las renunciaciones o constreñimiento ilegal para obtener fraudulentamente su consentimiento, ya que tuvieron la oportunidad de leer el documento y de conformidad con lo que en el se consignaba lo firmaron, absolverá de las pretensiones de reintegro, reinstalación, y pago de acreencias laborales causadas con posterioridad a la desvinculación y hasta cuando se produjere el reintegro.

Que teniendo en cuenta lo anterior, procede al estudio de las pretensiones subsidiarias relacionadas con el pago de salarios, indemnización por despido sin justa causa, moratoria y acreencias causadas a la terminación del contrato de trabajo. Sobre la indemnización por despido sin justa causa, no se configuró en el presente caso un despido indirecto y menos que a la terminación del contrato hayan dicho al empleador causas en las que hubiere incurrido para dar por terminado el contrato, por lo que no hay lugar a esa pretensión, ya que se configuró la terminación por mutuo consentimiento.

Sobre el pago de los salarios por los últimos 15 días anteriores a la terminación del vínculo, entre el 1 y el 15 de junio de 2017, que por la parte de la demandada no se acredita que a los demandantes se les haya pagado esos salarios por lo que procede su condena, al igual que por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y conforme con el artículo 5 del Decreto 116 de 1976, primas de servicios del año 2017, compensación en dinero por vacaciones.

Indemnización por falta de pago del artículo 65 del CST al no haber sufragado las acreencias prestacionales y salarios a la terminación del contrato, que a pesar que existió una entidad aseguradora que realizó un ofrecimiento monetario a los demandantes para asumir el pago de la prestación final, estos se rehusaron a recibirla porque no estaban de acuerdo con el pago correspondiente siendo pertinente señalar que en los términos del art 65 cuando no haya acuerdo entre las partes en el monto de la deuda de lo debido, le corresponde al empleador consignar ante el juez del trabajo o ante la primera autoridad pública del lugar la suma que confiese deber mientras la justicia del trabajo decide la controversia, que si los demandantes no estaban de acuerdo con los valores que les iban a reconocer la aseguradora a la que los remitieron para el pago de su liquidación, le correspondía al empleador realizar la consignación correspondiente en un título de depósito judicial para acreditar su buena fe, circunstancia que no aconteció ya que no acredita que el empleador a la terminación del contrato les haya pagado las prestaciones y salarios, y que ante la reticencia de los trabajadores en recibir lo que se les estaba ofreciendo tampoco procedió a hacer el depósito en un título de depósito judicial en favor de los trabajadores hasta que la justicia lo decidiera, por lo que no es posible ubicar a la demandada dentro de la buena fe para eximirla de la sanción, que la buena fe del empleador no se acredita que presenta problemas económicos o financieros que le impiden cumplir con el pago de las obligaciones para con sus trabajadores, pues sabido es que el principio del derecho laboral que a los trabajadores no se les puede hacer extensivo los riesgos o las pérdidas del empleador sino únicamente los beneficios que pueda llegar a otorgar, que el trabajador solo cuenta con posterioridad a la terminación del contrato con el importe de la liquidación de acreencias laborales respectivas y que es por ello que es tan exigente el cumplimiento de la norma en este tipo de obligaciones, por lo que no se acredita que se haya obrado con buena fe por la demandada, que tampoco hizo el depósito judicial correspondiente se impone



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0047 – 01 DTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO Y
OTROS DDO: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S.**

condena a la indemnización por falta de pago por un día de salario a partir del 16 de junio de 2017 y hasta el 15 de junio del año 2019.

Sobre la indexación al prosperar la indemnización por falta de pago en ella se subsume la pérdida de poder adquisitivo de la moneda que pueda afectar a las condenas correspondientes, la cual únicamente procede por las acreencias que no tienen carácter salarial o prestacional como son las vacaciones y los intereses a las cesantías, conforme le ipc que certifique el pago.

Excepciones se declaran no probadas respecto de las condenas, y se considera relevado del estudio de las planteadas frente a las absoluciones. Costas a cargo de la demandada, agencias en derecho a favor de cada uno de los demandantes la suma de \$3.000.000

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpongo recurso de apelación en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria, encuentro que por su despacho no hubo una debida valoración de las pruebas tal como lo manifesté en la contestación y fue explicado; no se realizó ni se ha realizado el pago debido a la falta de recursos económicos tal como se señaló a través de la declaración juramentada del representante de la sociedad; no existe recursos económicos o flujo de caja alguno para cancelar las acreencias laborales pendientes; frente a esa situación de incapacidad financiera y a un no querer o por una situación caprichosa de no querer pagar tal como lo ha señalado el denominado órgano de cierre, donde ha expuesto esa buena fe de la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del CST y que le ha servido si se halla suficientemente probada para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se encuentre judicialmente responsable de la falta de pagos de salarios y las prestaciones a la terminación del contrato, que es una creencia debidamente fundamentada, pues aunque se ha admitido la buena fe simple que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada debe entenderse como todo, que es aquello que se define como conciencia de haber obrado legítimamente y animo exento de fraude, que es aquí donde debo precisar sobre la sanción moratoria, existiendo para el caso particular dos situaciones, primera, haber solicitado a su cliente codensa realizar la afectación de la póliza de seguros de la Compañía Suramericana en relación con el pago de todas las acreencias laborales del personal de la demandada hoy en liquidación, y segundo, la situación que evidencia la buena fe de mi cliente es ciertamente creía no deber, pues de su conocimiento que a los trabajadores les fueron pagados los valores debidos hasta el momento del retiro por parte de la aseguradora, situación que tomó mayor fuerza y queda plenamente acreditado con el testimonio del señor Carlos Suaza contador de la empresa para la época; que añadiendo a lo dicho, que existían razones serias de falta de recursos económicos pues al momento de la finalización del contrato suscrito con su cliente codensa existió pagos pendientes por el valor de 40 millones de pesos que fueron cedidos por mi poderdante para el pago de acreencias laborales pendientes, las sanciones y penalidades originadas de la finalización del contrato, quedando demostrado una buena fe simple pues no existió por parte de la demandada un ánimo de fraude obrando de manera legítima y de forma leal con sus trabajadores”.



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta el punto de apelación que obedece a la inconformidad por la condena indemnización por sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Conforme el acervo probatorio obrante en el proceso, en el que se incluye la aceptación por parte del representante legal de la demandada en punto a la falta de pago de los salarios y prestaciones al término de los contratos de trabajo de cada uno de los demandantes, omisión que se reitera en la contestación de la demanda y al interior de los alegatos de conclusión allegados a esta instancia por los apoderados de las partes, téngase en cuenta que, en todo momento se ha intentado por la sociedad demandada demostrar que su conducta estuvo revestida de buena fe, ante la imposibilidad de cumplir con las obligaciones laborales a su cargo debido a su precaria situación económica o financiera, que incluso la llevó a la liquidación.

Luego, no hay duda sobre la falta de pago a los trabajadores demandantes de los salarios correspondientes entre el 1 y el 16 de junio de 2017, y demás prestaciones sociales al término de la relación laboral, cumpliéndose el supuesto de hecho del artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que verificó el a quo para imponer la condena en tal sentido, la cual se confirmará.



Ahora, sobre la reiterada justificación de la parte demandada en relación a la imposibilidad de cumplir con las obligaciones laborales debido a su situación financiera desfavorable, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 28 del CST, norma que señala que: *“el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”*, y si bien el criterio vigente de la Sala de Casación Laboral frente a la procedencia de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, dispone como regla que en cada caso debe estudiarse si la conducta del ex empleador en el pago de los salarios y prestaciones al término de la relación laboral, estuvo revestida de buena o mala fe, lo cierto es que, en el presente caso no se encuentran acreditadas circunstancias que impidieran proceder al pago de los derechos laborales de los demandantes.

Así las cosas, si bien se aducen situaciones de liquidación de la sociedad convocada, de todas maneras, al revisar el acervo probatorio no emerge prueba alguna sobre circunstancias de insolvencia o de fuerza mayor que denotaran, que, aunque la demandada quisiese cumplir con las obligaciones laborales, tales eventos no se lo hubiesen permitido, y contrario a ello, lo que subsiste es una plena orfandad probatoria al respecto, quedando en simples manifestaciones que no se soportan jurídicamente.

Ahora bien, en cuanto a la aseguradora suramericana, la misma se intentó integrar al proceso por medio de la excepción previa formulada por la demandada al insistir en la necesidad de traerla a la litis, sin embargo, la excepción fue declarada no probada, advirtiendo que, pese a ello, tampoco se observan gestiones tendientes a vincular la misma como llamada en garantía, y en tal orden de ideas, las acciones que pudo haber desplegado



esa aseguradora en el pago de lo debido a los demandantes, resultan extrañas a la conducta reticente del ex empleador en procurar pagar a los demandantes lo correspondiente a los salarios y prestaciones al término del contrato de trabajo, dicho sea de paso, la conducta omisiva tampoco se justifica si se tiene en cuenta que por parte de la sociedad se elaboraron para cada uno de los actores, las liquidaciones finales de sus contratos, es decir, que se tenía la convicción sobre la deuda laboral y aun así, no se procedió a sufragar aquellas.

Por último, si una de las razones que entrega la demandada para no proceder con el pago de los derechos laborales a los demandantes, se erigió en la negación a recibir por parte de ellos el ofrecimiento que en su momento hizo la aseguradora, lo propio era proceder conforme el numeral 2° del artículo 65 del CST, esto es, que si no había acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, como en efecto quedó acreditado en este caso, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo, y es su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo, decide la controversia, lo cual tampoco ocurrió, y por consiguiente, no es posible inferir que la intención de la sociedad demandada estuvo dirigida a reconocer a los ex trabajadores lo que les correspondía legalmente por sus servicios prestados a esta, circunstancias que ubican su conducta en el terreno de la mala fe, y permiten ordenar el pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

En consecuencia, por todo lo antes considerado se confirmará la decisión de primera instancia.



Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, 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



**Proceso Ordinario Laboral 38 – 2018 – 0047 – 01 DTE: RICARDO ENRIQUE PAEZ FRANCO Y
OTROS DDO: COMPAÑÍA COLOMBIANA LINEA VIVA S.A.S.**


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 36-2018-0538-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la apoderada de la demandada Colpensiones presentó escrito de alegatos de conclusión,



aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora Franquelina Alfonso Galindo por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se REVOQUE la Resolución DIR9532 del 18 de mayo de 2018 proferida por Colpensiones mediante la cual la entidad negó la pensión de sobrevivientes; que, como consecuencia de lo anterior, solicita que Colpensiones emita nueva resolución concediendo la prestación, junto con los correspondientes reajustes, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, convivió con el causante el señor Fernando Cardona Parra en unión marital de hecho desde el mes de septiembre de 1991, por un lapso de 24 años, hasta el 1 de agosto de 2015, de manera permanente e ininterrumpida; que en el tiempo de convivencia la pareja tuvo varios domicilios; que procrearon tres hijos YULI CATHERINE, DIEGO FERNANDO y GINETH CAMILA CARDONA ALFONSO; que el causante se desempeñó como conductor; que para el momento en que enfermó el causante, éste se encontraba en la ciudad de Bogotá por encontrarse allí laborando, pero que de todas maneras la demandante seguía en comunicación con él; que su hijo Diego Fernando se trasladó a Bogotá a atender los gastos de su padre y encargarse de los cuidados de éste; que el hermano del causante el señor Mario Cardona era compañero permanente de la señora Matilde Castaño De Giraldo; que la última mencionada para el año 2014 sostuvo una relación sentimental con el señor



**Proceso Ordinario Laboral 36 – 2018 – 0538 – 01 DTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO
DDO: COLPENSIONES**

Fernando Cardona Parra, sin que esa situación impidiera que la demandante guardara comunicación y cuidara del señor Fernando, quien falleció el 1 de agosto de 2015, momento hasta el cual afirma la demandante convivió de manera permanente e ininterrumpida con el causante. Que la entidad negó el derecho pensional de sobreviviente a la demandante mediante la Resolución DIR 9532 del 18 de mayo de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de los hijos de la demandante, la afiliación a Colpensiones del causante y el acto administrativo que negó la pensión, y manifestó no constarle ni aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:



(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora FRANQUELINA ALFONSO GALINDO.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la accionante. En su liquidación inclúyase la suma de \$600.000 a título de agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Notificados en estrados

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“Que con los documentos a folios 20 a 29 se acredita agotada el requisito de la reclamación previa administrativa; que Colpensiones desde los actos administrativos y la contestación de la demanda, y reiterado en los alegatos de conclusión se opone al reconocimiento pensional ya que no se acredita la convivencia de los compañeros al momento del deceso del causante; que el fallecimiento ocurrió el 1 de agosto de 2015 conforme el registro civil de defunción visible a folio 36, por lo que es claro que la norma aplicable no es otra que la Ley 100 de 1993 art 47 modificado por el art 13 de la Ley 797 de 2003, lo cual no fue objeto de discusión; que conforme los requisitos exigidos, para el caso del deceso de un afiliado y no de un pensionado no se deben exigir esos cinco años de convivencia pero si que se daba la comunidad de vida para el momento del deceso del afiliado, y que los cinco años son para el caso de los pensionados, lo anterior desde la sentencia SL 4078 del 11 de julio de 2018 con radicado 71816 aclarando la Corte que conforme el análisis efectuado al literal a del artículo 13 de la Ley 797 de 2003; que teniendo claro la norma aplicable y las directrices de orden jurisprudencial se tiene como pruebas la resolución DIR 9532 del 18 de mayo de 2018 folios 20 a 29 negando la pensión; registro civil de nacimiento de la actora, folios 30 y 31 y de los hijos; que en el expediente administrativo obra la investigación por Colpensiones cd folio 93, efectuada en febrero de 2016 del cual se extrae que con relación a la señora Matilde Castaño de Giraldo, conforme entrevistas realizadas de manera aleatoria, que si hubo una



Proceso Ordinario Laboral 36 – 2018 – 0538 – 01 DTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO
DDO: COLPENSIONES

convivencia por un periodo inferior a tres años desde el 2012, que lo mismo fue ratificado por las hermanas del causante, que durante el tiempo de convivencia el causante estuvo hospitalizado el ultimo año y medio antes de la muerte; que respecto de la dte tuvo una relación con el causante por un periodo de 14 años y que tuvieron tres hijos pero que ante situaciones de infidelidad la pareja se separó por un tiempo de aprox de 7 años contados desde la fecha del fallecimiento del causante hacia atrás y que cuatro años después de la separación fue que se inició la relación con la señora Matilde Castaño y se concluyó que no hubo simultaneidad de convivencia entre las pretendidas beneficiarias.

Que en cuanto al otro informe investigativo del 15 de febrero de 2016 en lo que tiene que ver con la convivencia con la dte se estableció que inició en el año 1989 que perduró hasta el año 2008, que posterior a ello el afiliado siguió aportando a la casa para el sostenimiento ya que tenía sus hijos menores de edad, que siempre veló por el cuidado de ellos, hasta el último año en que trabajó por su enfermedad que lo fue en el 2013, que el hijo de la pareja Diego Cardona manifestó que se vino a vivir a Bogotá con su hermana Catherine porque empezaron a estudiar, que el papa venía y se quedaba con ellos, que debido al estado de salud de su padre él se fue a vivir con su padre y con la nueva compañera sentimental que es la señora Matilde Castaño en el barrio el recodo para el año 2014, y que la señora Castaño Cardona se encuentra radicada en la ciudad de Manizales donde reside la familia pero que después del fallecimiento del causante no tuvieron más comunicación con ella y que no tienen dirección o teléfono para poderla localizar.

Que lo expuesto por la propia demandante en el interrogatorio, corroborando que el causante enfermó de manera delicada para el año 2013, que ella supo de una relación que sostenía de una relación que sostenía con la señora Matilde Castaño que era la esposa de cuñado Mario, relación de la que se enteró cuando el afiliado estaba hospitalizado, que un hijo estaba estudiando en Bogotá y que por ello vivía allí, que si supo que Matilde vivía en la casa con el causante, que se le había dado vivienda en ese apartamento, que su hijo Diego y los hermanos del causante fueron los que estuvieron atentos a todas las contingencias de salud, hospitalizaciones y demás; que para el despacho resulta relevante del interrogatorio aspectos como: que la dte por un lado dijo que no sabía cuanto tiempo había vivido la señora Matilde en ese apto donde vivía el causante y al menos uno de los hijos de la dte, que al preguntársele si había ido alguna vez a ese apto ella dijo que si, a llevar unos mercados para sus hijos, que venía a Bogotá cada 8 días, pero que no se quedaba a dormir en ese apto, que se regresaba al Municipio donde vive el mismo día, que es decir que ella no compartió ningún espacio físico, ni siquiera cuando su supuesto compañero hospitalizado, no pernoctó nunca en ese lugar, que la última vez que había pernoctado con el afiliado era aprox un año y medio antes del deceso de aquel, que el causante no la tenía afiliada como su beneficiaria al sistema de seguridad social en salud, que la señora Matilde le comentó era la que cobraba donde trabajaba el señor fernando los dineros del salario y que de allí tomaba el dinero para sufragar los gastos de ese apto y demás que requiriera el señor cardona parra, situaciones que no permiten de manera alguna determinar esa convivencia que se reclama para el año 2015, ni menos en los años anteriores, que es una separación de la pareja, que ni siquiera la dte era la que estaba al frente de cobrar los dineros del salario de su supuesto compañero, que no estaba afiliada a la seguridad social, no pernoctaba con él, no se quedaba en el apto donde el vivía cuando venía supuestamente a visitarlo en el hospital y demás circunstancias que de manera clara con una convivencia real y efectiva que no permite tampoco entender que hayan sido esas circunstancias frente al estado de salud del causante que hayan impedido o dificultado esa convivencia, no se advierte ningún tipo de vocación del afiliado de mantener una relación con la dte y



Proceso Ordinario Laboral 36 – 2018 – 0538 – 01 DTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO
DDO: COLPENSIONES

de continuar tratando de mantener un vínculo con ella como compañeros permanentes.

Que el único testigo escuchado tampoco evidencia la situación, el señor Rodolfo Ramírez quien dijo que vive en la Mesa C/marca desde hace 28 años, que hace 18 años conoció a la dte a través de su esposo, quien tenía un carro y le hacía transportes al testigo, que cuando el despacho le pregunto por el nombre del esposo de la accionante en un primer momento no lo recordó, ya más adelante recordó que se llamaba Fernando, que había compartido eventos como cumpleaños, cafés, y demás en algunas ocasiones, que el causante había fallecido en la ciudad de Bogotá porque tenía cáncer, pero que el testigo contrario a lo que manifestó la propia dte y lo que se extrae de esas investigaciones administrativas, dijo que el señor Fernando siempre había vivido en el Municipio de la Mesa, incluso para el momento del deceso, que no supo que el causante haya vivido en la ciudad de Bogotá, por el contrario manifestó que trabajaba en Bogotá y que iba cada 8 días a la mesa lo cual se sabe que no ocurrió, mucho menos si por el propio dicho de la dte se sabe que el causante estuvo un año y medio hospitalizado, lo que demuestra como el testigo no conoció como sucedieron los hechos durante los últimos años de vida del causante, hizo suposiciones, que se imagina, que el afiliado fallecido era quien sufragaba los gastos del hogar, que no conocía el testigo los hechos, que si bien se refirió a la convivencia de la pareja, pues no le consta para los últimos años de vida del causante que son los que interesan para efectos de resolver las pretensiones, por lo que la accionante no cumplió con la carga probatoria para acreditar que tuvo la condición de compañera permanente del causante para el momento del fallecimiento de este, no se probó que ella cumpliera con esos deberes de socorro, ayuda mutua y solidaridad para con su compañero, por el contrario aparentemente y en ese punto el despacho no puede entrar a hacer manifestaciones se dio una relación con la señora Matilde Castaño, que incluso el Despacho ordenó que se le pusiera en conocimiento de la existencia del presente asunto para que eventualmente compareciera a formular pretensiones respecto de la pensión de sobrevivientes si esa era su intención conforme el art 63 del CGP, lo que se dispuso en auto de folio 39, que el 18 de marzo de 2019 a folio 80 el despacho requirió a Colpensiones para que reportara la dirección que registraba la señora Castaño y en auto del 8 de noviembre del mismo año a folio 94 se ordenó notificar a dicha persona en esa dirección y la comunicación se envió el 20 de enero de 2020, pero fue devuelta como se lee a folio 101, por lo que nada puede entrarse a considerar con relación a esa otra persona que en su momento alegó condición de beneficiaria pero que finalmente no pudo ser ubicada y no compareció al proceso.

Por lo antes expuesto, no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que reclama la dte al no darse las exigencias de orden legal para el efecto y se deberá absolver a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra. Costas a cargo de la dte como agencias en derecho la suma de \$600.000.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos: que habiendo demostrado la unión marital de hecho, unión permanente e ininterrumpida



**Proceso Ordinario Laboral 36 – 2018 – 0538 – 01 DTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO
DDO: COLPENSIONES**

de la dte con el señor Fernando Cardona, durante más de 24, donde existió la presencia de tres hijos, donde el causante y la señora Matilde no demostraron la unión marital de hecho y que en el presente caso Colpensiones atentó contra los principios orientadores de las actividades administrativas al no decidir ni conceder el 50% de la pensión de sobrevivientes junto con los reajustes teniendo en cuenta que el despacho no tuvo en cuenta la unión marital que tuvo la dte con el causante.

Solicito al Tribunal revocar la sentencia y como consecuencia conceda las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda.

El Despacho consideró que el recurso no estaba sustentado en debida forma el recurso y requirió a la apoderada para que procediera a ello, para lo cual manifestó:

Señora Juez sustento el recurso de apelación interpuesto ya que la señora Franquelina Alfonso y el señor Fernando mantuvieron una unión marital de hecho permanente e ininterrumpida por más de 24 años de la que nacieron tres hijos de esa relación y donde el señor Fernando Cardona fue quien estuvo de manera permanente aportando económicamente al hogar por ellos conformado, donde la señora Franquelina fue quien ayudó al señor Fernando durante los dos años que estuvo hospitalizado, que ella ayudó a aportar económicamente al hogar por ellos dos conformado, donde la señora Franquelina estuvo visitando al señor Fernando y a sus hijos en la ciudad de Bogotá durante su estadía por más de año y medio mientras el señor Fernando se encontraba hospitalizado y la dte estuvo pendiente del señor Fernando y en compañía de sus hijos estuvieron del cuidado del señor Fernando durante el año y medio que estuvo el señor hospitalizado en la ciudad de Bogotá.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y los puntos de apelación formulados que obedecen a que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, esto es, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte del señor Fernando Cardona Parra, al advertir que la demandante convivió de manera permanente e ininterrumpida por más de 24 años con el causante.

Conforme el alcance del recurso formulado por la apoderada de la parte actora es claro que la inconformidad frente a la denegación de la pretensión principal, esto es, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante con ocasión al fallecimiento del causante,



Proceso Ordinario Laboral 36 – 2018 – 0538 – 01 DTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO
DDO: COLPENSIONES

el señor Fernando Cardona Parra, a partir del 1 de agosto de 2015, gira en torno a la convivencia o vida marital, que insiste, si existió entre los mencionados con anterioridad a su deceso.

Al respecto, claro es, que en consideración a la fecha del fallecimiento del causante la norma aplicable al caso no es otra que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cual señala:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

Por su parte, la Sala de Casación Laboral ha fijado reglas frente a la aplicación de la norma antes citada, tal es el caso cuando fallece un afiliado, circunstancia en la que, para acreditar la calidad de cónyuge o compañero o compañera supérstite de aquel, no es necesario probar un tiempo mínimo de convivencia, sino la existencia del núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del deceso del causante, siendo exigible la convivencia mínima de cinco (05) años de que trata el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, únicamente cuando la prestación se pretende respecto de un pensionado, criterio que se puede consultar entre otras sentencias, en el proveído de fecha 16 de junio de 2021, SL2820-2021, radicación 73255, situación esta última que no ocurre en este



**Proceso Ordinario Laboral 36 – 2018 – 0538 – 01 DTE: FRANQUELINA ALFONSO GALINDO
DDO: COLPENSIONES**

proceso, ya que la demandante al afirmar que fue compañera permanente del fallecido, debía acreditar esa ayuda mutua con vocación de permanencia en el marco de una vida marital, como en efecto no ocurrió conforme las razones que se explicarán más adelante.

Ahora bien, en cuanto a la carga de la prueba que le correspondía a la demandante de acreditar que, para el momento del deceso del señor Cardona Parra, tenía conformado con este un núcleo familiar con vocación de permanencia, se observa que la actora no logró demostrar ese supuesto de hecho relacionado con la convivencia o vida marital y ayuda mutua que debió existir para el 1° de agosto de 2015, fecha del fallecimiento del causante, y por tal razón, se infiere con claridad que la decisión de primera instancia de absolver sobre la prestación de sobrevivientes a Colpensiones, resulta acertada, por ende, será confirmada.

Y es que no es para menos, puesto que, al analizar el acervo probatorio en su conjunto no se colige una decisión distinta, ya que, por ejemplo, las manifestaciones hechas por la demandante al responder el interrogatorio de parte logra evidenciar la inexistencia del derecho pensional que reclama, al decir que tenía conocimiento de una relación sentimental que el señor Fernando Cardona tenía con la señora Matilde Castaño, persona de la que refirió era esposa de un hermano del causante, y que posterior al año 2013 cuando este último enfermo gravemente fue que se enteró de ese vínculo.

Agrega la demandante, que para la época en que el afiliado se encontraba hospitalizado previo a su muerte, ella vivía en el Municipio de la Mesa C/marca, que viajaba esporádicamente a la capital, que un hijo de los concebidos con el causante era quien vivía con él en Bogotá, ya que estaba



estudiando en esa ciudad y que sabía que la señora Matilde convivió con el señor Fernando.

Lo anterior, no permite arribar a la conclusión de que la demandante con anterioridad al deceso del señor Fernando Cardona era la compañera permanente de éste, pues si bien procrearon tres hijos, lo que se logra probar es que la pareja se separó, y que posteriormente el afiliado inició convivencia o vida marital con la señora Matilde Castaño, tal como dan cuenta las investigaciones administrativas de las que informó Colpensiones, elaboró y que sirvieron de fundamento a los actos administrativos que negaron el derecho pensional a la peticionaria.

Y ni que decir del dicho del único testigo, el señor Rodolfo Ramírez, versión que en nada guarda similitud con lo manifestado por la demandante, pues mientras esta última reconoce que por lo menos el causante estuvo alrededor de año y medio hospitalizado en la ciudad de Bogotá, el segundo indicó que el afiliado siempre había vivido en el municipio de la Mesa C/marca, incluso hasta el día de su fallecimiento, de todas maneras, de su dicho no extrae que tenga conocimiento de los hechos ocurridos para los años anteriores al 1 de agosto de 2015, y que menos en los que se comprometa a la actora con el causante.

Con todo, al no lograrse probar el supuesto de hecho del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y menos conforme las reglas fijadas por la Sala de Casación Laboral según el precedente antes citado, es por lo que, no le asiste razón a la abogada recurrente al exponer la inconformidad aludida, y menos, si se tiene en cuenta que no entregó razones distintas a las expuestas en la demanda y alegatos de conclusión.



Con todo, la decisión de primera instancia será confirmada por las razones antes expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

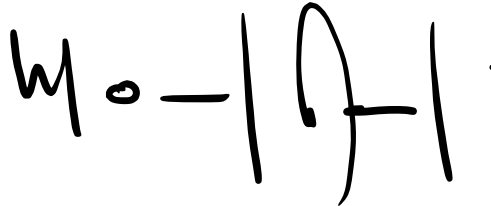
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-0644-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: RAUL AUGUSTO JUNCA TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES; AFP PORVENIR S.A.; AFP
PROTECCIÓN S.A. y AFP SKANDIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante, la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, presentaron alegaciones, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos.

ANTECEDENTES

El señor Raúl Augusto Junca por intermedio de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP Protección S.A, y como consecuencia, se declare la nulidad de todas las afiliaciones posteriores dentro del RAIS; solicita se condene a OLD MUTUAL, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado, para que retorne la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, que se declare que nunca dejó de estar afiliado al régimen de prima media; que se condene a Colpensiones para que active la afiliación, que tiene derecho a que la mesada pensional le sea reconocida y pagada por Colpensiones bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 reformada por la Ley 797 de 2003. Subsidiariamente, solicitó la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 3 de septiembre de 1956; que se afilió al ISS el 1 de octubre de 1984, que suscribió formulario de afiliación al RAIS por medio de la AFP Protección S.A., el 25 de abril de abril de 1995, fecha para la cual afirma cumplió 38 años de edad y contaba con 526 semanas cotizadas, que se trasladó a Old Mutual en el mes de noviembre de 2010; que para el momento de traslado inicial con Protección S.A., no se hicieron cálculos financieros, ni se informó al actor sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen; que nunca se le informó que el valor de la mesada pensional en el RAIS estaría en menos de la mitad de la otorgada en el régimen de prima media; que no le brindaron información especial, profesional y las consecuencias de uno y otro régimen. Que para el momento de la presentación de la demanda cuenta con 62 años acreditando más de 1700 semanas de cotización. Contario a lo mencionado en las pretensiones afirma que se encuentra actualmente afiliado a la AFP Porvenir S.A., que nunca recibió asesoría y que posteriormente se dio cuenta que había sido engañado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 13 y 15, y manifestó no contarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de



nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe.

Protección S.A., contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 3 y 13, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las 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 de pensiones.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 7, 13, 15 y 20, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

La AFP Skandia contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 6 y 13, sin aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó buena fe; prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y pago.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor RAUL AUGUSTO JUNCA TORRES al RAIS con fecha 17 de marzo de 1995, por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** por ser la entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos su 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 del señor RAUL AUGUSTO JUNCA TORRES quien se identifica con c.c.19.337.204 a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor RAUL AUGUSTO JUNCA TORRES a partir de la fecha en que se acredite la fecha del retiro del sistema y/o desafiliación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, con IBL de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el actor durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, mesada pensional que deberá ser calculada conforme el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, en todo caso, la prestación no podrá ser inferior al SMLMV, y la prestación deberá reconocerse por 13 mesadas.



QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: Las costas de esta instancia están a cargo de las entidades demandadas, señalándose como agencias en derecho la suma \$400.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior, por ser adversa a los intereses de Colpensiones.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, teniendo en cuenta que el demandante se vinculó al ISS a partir del 1 de octubre de 1984 cotizando un total de 527 semanas conforme el reporte de semanas a folio 20 del expediente, que el 17 de marzo de 1995 el actor suscribió el formulario de afiliación ante la AFP Protección S.A., a folios 168; que el 13 de agosto de 2001 y el 10 de julio de 2003, suscribió formularios de afiliación a la AFP Santander hoy Protección S.A., y que el 8 de septiembre de 2010 se trasladó a Skandia, que en la actualidad se encuentra vinculado a la AFP Porvenir S.A., según certificación a folio 204; que el estudio de las pretensiones se hace desde la ineficacia por ser la consecuencia jurídica que consagró el legislador en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, más no desde la nulidad, conforme a la sentencia radicado 68838 de 2019 y reiterado en sentencias SL 3464 de 2019 entre otras.

Que frente a las implicaciones prácticas tanto de la nulidad como de la ineficacia son idénticas conforme la sentencia SC3201 del 2018; sobre la ineficacia del traslado le correspondía a la AFP Protección demostrar las



circunstancias en que se le otorgó el traslado de régimen, si se le brindó información veraz y oportuna frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviese debidamente informado para que pudiera escoger el que mejor le convenga.

Que no se logra acreditar que el demandante haya recibido información por parte de la AFP Protección S.A., sobre las ventajas y desventajas que le conllevaban su cambio de régimen pensional, que valoradas las pruebas en conjunto concluye que el mentado fondo no acreditó haber suministrado información al demandante de manera clara, veraz y oportuna, junto con las consecuencias del traslado, lo cual constituye su omisión a su deber de información.

Que, si bien a folio 168 obra formulario de afiliación a la AFP Protección en cuya parte inferior se consignó la voluntad de afiliación, lo cierto es que este no resulta ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se haya proporcionado toda la información del traslado al señor Junca, conforme lo ha dicho la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452 del año 2019, con el mismo a lo sumo se acredita un consentimiento, pero no informado, por lo consideró declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen del día 25 de abril de 1995 por medio de Protección S.A, que trae como consecuencia del movimiento del demandante entre las administradoras del RAIS aquí comprometidas.

Que frente al reconocimiento pensional conforme lo establecido por la Ley 797 de 2003, a folio 19 obra copia de cedula de ciudadanía del actor en el se corrobora que cumplió la edad requerida el 3 de septiembre de 2018, sobre el número de semanas de cotización conforme el reporte expedido por



Colpensiones, observa que el actor cotizó 527 entre el 1 de octubre de 1984 el 31 de marzo de 1995 a las cuales se adicionan 1.146 semanas reconocidas por Porvenir según la historia laboral de fecha 2 de octubre de 2017 folios 24 a 29 del expediente, para un total de 1673 semanas cotizadas en el régimen de prima media dada la declaratoria de ineficacia, con lo que se cumplen los requisitos para acceder al reconocimiento pensional a partir de la fecha en que se acredite el retiro del sistema, conforme lo establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, por remisión expresa del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta un IBL conforme el artículo 21 de la misma disposición, con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de cotizaciones, sin que sea inferior al smmlv por trece mesadas.

Costas a cargo de cada una de las demandadas ante la oposición a las pretensiones de la demanda. En cuanto a las excepciones se declararán no probadas conforme el resultado del proceso.

APELACIÓN

AFP PORVENIR S.A.

“Presento recurso de apelación, que no se comparte la decisión de declarar la ineficacia con la afiliación con Santander hoy Protección, ni las consecuencias jurídicas que se establece a Porvenir. Que si bien en la parte motiva de la sentencia se acierta en el sentido de establecer que no puede abordar por el régimen de nulidades sino por la ineficacia, ello se contradice con la parte declarativa de la sentencia al ordenar a mi representada a restituir los gastos de administración, ya que si bien es cierto la consecuencia en sentido amplio de las ineficacias, de las nulidades, es precisamente la ineficacia, y su consecuencia es diferente a las nulidades, que la ineficacia no retrotrae las cosas a su estado original y que por tanto no existe fundamento para que se obligue a mi representada a trasladar no solo los aportes que están en la cuenta de ahorro individual sino los gastos de administración, que son obligaciones de tracto sucesivo y la ley establece que están no pueden propenderse a las restituciones en los términos de la nulidad, que así las cosas es importante resaltar que si se le obliga a trasladar los gastos de administración junto con todos los rendimientos financieros pues se debió obligar a la demandante a restituir los ejercicios financieros que estos dineros crearon ya que no existe fundamento jurídico, al crearse la ficción jurídica que



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0644 – 01 DTE: RAUL AUGUSTO JUNCA TORRES DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

no están en el régimen de ahorro individual, que no existe ningún fundamento para establecer que esos dineros debían trasladarse. Que sobre la excepción de prescripción respecto de los gastos de administración esta llamada a prosperar debido a que los mismos son netamente económicos, no hacen parte de los dineros destinados a la pensión, no tienen la protección del artículo 48 del CP de imprescriptibilidad y que al ser emolumentos netamente económicos se debió declarar la prescripción al respecto, solicito se revoque la sentencia en su integridad.

COLPENSIONES

“Me permito interponer recurso de apelación solicitando al Superior revocarla en su totalidad, que siendo el presente caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran la no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, además que no se denota que las alegadas falencias, engaño o falta de información sean contrarias al perfeccionamiento, que no podemos concluir que hizo varios traslados en el régimen de ahorro individual, exprese que nunca se le dio la información correcta, y tampoco se puede desconocer su conocimiento respecto de las utilidades de los fondos a los que ha hecho parte, que el acto ineficaz se perfecciona conforme el artículo 898 del Código de Comercio y en atención al conocimiento de la parte actora sobre las características del mismos, se tiene que cumplió con los deberes que trata el decreto 2255 de 2010, igualmente téngase en cuenta que el artículo 1604 respecto de la prueba de diligencia y cuidado que debió actuar la parte actora, tenía pleno conocimiento y es más, en atención a las utilidades que no recibió a las expectativas de él, hizo los cambios lo que sugiere que si existió la diligencia y cuidado por la parte actora y tiene pleno conocimiento de hacer parte del régimen de ahorro individual por las características del mismo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados por los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Junca Torres, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Protección S.A., el día 25 de abril de 1995, como se verifica de copia de formulario de afiliación visible a folio 168 del plenario, así como respecto de los traslados posteriores efectuados dentro de dicho régimen, por medio de las AFP Santander y finalmente con Porvenir S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliado.



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, y que de todas maneras esta última figura se peticiona de manera subsidiaria en el demanda, la cual 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 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 **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 el deseo de 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.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por los apoderados recurrentes, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Junca Torres, 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 1995; por lo que se debe dar por demostrado que tanto Protección S.A., como posteriormente los demás fondos privados demandados, faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

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

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho



con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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, contrario a lo afirmado por los apoderados en el recurso, 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 AFP Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información al demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte del demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Protección S.A.), 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 ineffectividad 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, y en gracia de discusión, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineffectividad 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 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 los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., 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 caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, 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 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.

Conforme lo anterior, no le asiste razón al apoderado de la AFP Porvenir S.A. ante la inconformidad a la orden de trasladar a Colpensiones de igual manera los conceptos por gastos de administración como acertadamente lo hizo la juez a quo, decisión que no es caprichosa y que encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

En igual sentido tampoco le asiste razón al recurrente al advertir que en el caso de los gastos de administración debe darse aplicación al fenómeno extintivo, comoquiera que, la acción de ineficacia de traslado pensional, como es la pretensión principal de este proceso y de la cual dependían las demás, es imprescriptible, al estar ligado con el derecho pensional del actor, por ende, tal declaratoria conllevó también a la orden de enviar tales gastos a Colpensiones.

Por otro lado, 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 1995**, 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.



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: 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



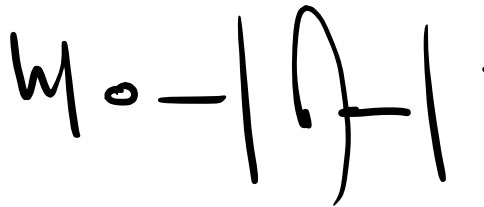
**Proceso Ordinario Laboral 28 - 2018 - 0644 - 01 DTE: RAUL AUGUSTO JUNCA TORRES DDO:
COLPENSIONES Y OTROS**

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 14 2018 401 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BEATRIZ PEREZ GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 13 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Catorce laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los demandados y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A, y el apoderado de la parte demandante, presentaron alegatos de conclusión.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ANTECEDENTES

Solicita la parte actora se Declare la **NULIDAD DE LA AFILIACIÓN EN PENSIÓN** realizada por la Señora **BEATRIZ PEREZ GIRANDO**, el régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Que se declare válida vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la Sra BEATRIZ PEREZ GIRALDO al régimen de prima media con prestación definida. Que se declare que PORVENIR SA en virtud del regreso automático al régimen de prima media está obligado a devolver los aportes realizados por la Sra BEATRIZ PÉREZ GIRALDO al régimen de ahorro individual con solidaridad sin efectuar ningún tipo de deducción de los mismos. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la señora BEATRIZ PÉREZ GIRALDO al régimen de prima media con prestación definida. Que se condene a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales y agencias en derecho. (fl.- 31)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. Que nació el 25 de enero de 1.962.
2. Que fue afiliada al ISS el 9 de enero de 1.987 y hasta el 30 de junio de 1.995.
3. Que el día 30 de mayo de 1.995 suscribió un formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.
4. Que asesora comercial de la demandada la llamó, se reunieron en Villavicencio y le hizo firmar el formulario de afiliación el día 30 de mayo de 1995.
5. que dicha asesora no le suministro de información consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de individual es decir con que IBC se debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

6. Que no le indicaron las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional pues no le manifestó que con su traslado perdería la posibilidad de pensionarse a los 55 años de edad y con una tasa de reemplazo del 85%.
7. Que no cumplió con su deber de información y buen Consejo al momento de efectuar el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.
8. Que en ningún momento le suministró a mi poderdante información oportuna y adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen que le permitiera a tomar una decisión consciente conociendo las desventajas que acarrearía su traslado solo se limitó a efectuar la afiliación.
9. Que no le indicaron las ventajas y desventajas económicas que le traería a la hora del reconocimiento pensional
10. Que ha cotizado al régimen de ahorro individual un total de 1169 semanas.
11. Que la mesada pensional en el Instituto de seguros sociales sería mucho mayor a la recibida en el fondo privado.
12. Que la demandada COLPENSIONES negó el traslado solicitado mediante comunicación del 9 de mayo del 2018. (fl.- 28-30)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **PORVENIR S.A** contestó por intermedio de curador ad litem, quien señaló que no se oponía ni aceptaba las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos señaló que no le constan. Propuso como excepción de fondo la que denominó prescripción. (fl. 90-94).

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 4 y 31, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, el error no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 71-84).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 13 de agosto de 2020, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante Sra Beatriz Pérez Giraldo, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado PORVENIR.

SEGUNDO: como consecuencia de esta ineficacia se declara que ningún efecto jurídico surgió el acto de traslado y por tanto siempre ha estado afiliada la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: se ordena la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro de la actora incluyendo rendimientos financieros y a COLPENSIONES a validarlos dentro de la historia laboral de la accionante.

CUARTO se condena en costas de la acción a las demandadas las cuales en su oportunidad serán tasadas.

QUINTO se declara no probados los medios escépticos que propusieron las demandas.

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez de primer grado en síntesis que a efectos de resolver el problema jurídico planteado necesariamente se remite en primer lugar a la elección de régimen pensional, dispuso el artículo segundo de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

93 literal E al establecer que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, una vez efectuada la selección inicial estos solo podrán trasladarse del régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, después de un año de vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, norma que en examen de constitucionalidad fue declarada exequible a través de sentencias series de 24 de 2004 pero bajo el entendido de que no aplicaba para los afiliados sujetos al régimen de transición que acreditaron el 01/04/1994 una densidad de 750 semanas de cotización a los cuales se les permitió trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media en cualquier tiempo, dejando claro ese pronunciamiento que las demás personas incluyendo a los beneficiarios del régimen de transición por edad debían sujetarse al termino previsto en el literal E del artículo 13 de la ley 100 del 93.

Indicó que en el presente caso se solicita la nulidad y por ende no sufre efecto alguno la afiliación realizada por cuanto al faltar la administradora demandada al deber de información que le concernía respecto a las verdaderas implicaciones y consecuencias que tenía el cambio para su situación pensional se generó un error que le vicio su consentimiento luego siendo elemento de valides del acto jurídico la ausencia de vicios de la voluntad del traslado que celebraron las partes no debe producir efecto jurídico alguno argumentación que obliga al juzgado a referirse a lo que relaciona la forma de cómo debía producirse la vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales regulo el artículo 11 del decreto 692 del 94 al establecer que ese acto es libre y voluntario lo que implica la aceptación de las condiciones propias de cada uno de ellos para acceder a las pensiones de vejez, sobrevivientes e invalidez señalando la citada normal los requisitos de forma que debe contener el formulario que se debe diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, no obstante el deber de observar estos requisitos de formalidades tratándose de la elección de régimen pensional también se sabe por tenerlo así establecido la jurisprudencia laboral desde sentencia 31.989 de 09 de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

septiembre del 2008 en la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia que las administradoras de pensiones tienen una responsabilidad de carácter profesional en cuanto les imponen el deber de cumplir puntualmente no solo con las obligaciones que señala los artículos 14 y 15 del decreto 656 del 94 si no con las que emanan de la buena fe como el de transparencia, vigilancia y el deber de información que alude a la obligación de proporcionar a quienes estén interesados en vincularse al régimen pensional que administran información completa, suficiente y clara, no obstante ese deber se refuerza en aquellos casos donde dejar el régimen anterior implica la pérdida de beneficios o privilegios casos en los cuales los fondos de pensiones como expresión de ese deber imperativamente deben advertir las consecuencias negativas o desfavorables que esa nueva vinculación conlleva a futuro en la situación pensional pues de no hacerlo promoviendo el traslado se genera un vicio de voluntad que permite la anulabilidad del acto, obligación que ciertamente corroboro la corporación del trabajo cuando en reciente sentencia con radicación SL 1688 de 08/05/2019 al emprender el estudio de la evolución normativa que ha tenido en deber de información concluyo que siempre ha existido desde que se crearon las AFP, solo que con el transcurrir del tiempo su grado de intensidad ha cambiado para acumular más obligaciones pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría evidenciado entonces que la selección de régimen pensional comporta no solo la observancia de unos requisitos de forma tales como el diligenciamiento de un formulario si no la fecha en la que se produce el traslado.

Indicó que, en el presente caso, la demandada no demostró que información le fue dada a la actora al momento de su traslado pensional, por lo que declaró la ineficacia del mismo y la devolución de los aportes efectuados por la actora a COLPENSIONES, en los términos antes señalados.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Porvenir S.A.:

“Sí señora juez, me permito presentar recurso apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho fundamentado por los siguientes reparos en concreto, incluso comparto la decisión del despacho de declarar la ineficacia de pleno derecho de la afiliación que tiene completa validez y de la consecuencia jurídica o condena que se le dio a mi representada, lo anterior fundamentado en lo siguiente, como lo ha dicho la corte constitucional en sentencia C 345, que la ineficacia opera en dos sentidos, en un sentido amplio que es la consecuencia jurídica lógica de la inexistencia y la oponibilidad y el régimen de nulidad, y en sentido estricto que es en el cual la ley establece aspectos puntuales para que se de la ineficacia del pleno derecho y esta misma no requiere bajo ninguna circunstancia declaración del juez, según en los términos de la corte constitucional, en ese orden de ideas, para poder declarar entonces la ineficacia de pleno derecho tenemos es que ir a los deberes de información, a los medios donde están los deberes de información, y si estos propiamente traer como consecuencia jurídica la declaración de ineficacia pleno derecho y se observa que ninguna parte se establece que la inobservancia del derecho de información trae como consecuencia la declaración de ineficacia de pleno derecho, sin embargo, en un malabar jurídico la jurisprudencia de la corte suprema de justicia lo computa con el artículo 271, pero este artículo 271 habla de elementos que atenten o impidan la afiliación estando vedado a mi representada en los términos del artículo 112 de la misma ley, impedir o negar la afiliación cuando la demandante cumplía todas sus capacidades y condiciones para ingresar, ahora, sobre la condición de la prueba la carga de la prueba, pues esta si se cumplió toda vez que formulario afiliación que es un requisito sine qua non para la existencia y validez del contrato de administración de recursos de la seguridad social, pues es absolutamente válido, el artículo 12 del decreto 720 de 1994 lo establece el formulario de afiliación como ese requisito para probar la existencia y validez del contrato, por tanto no tiene sentido que un documento que no ha sido tachado de falso, lo ha sido desconocido y presume totalmente auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del código penal proceso, hoy por hoy se venga a desvirtuar, ahora también la sentencia desconocer el principio del artículo 29 de la constitución política toda vez que se está juzgando a mi representada con una información, con el deber de información con consentimiento informado, sin embargo, en los términos de la jurisprudencia el consentimiento informado solo hizo aparición en el año 2014 y en el término de la afiliación de este proceso, pues el consentimiento se logra acreditar con el formulario en los mismos términos de la jurisprudencia de la corte. En ese sentido, también si se declara la ineficacia de pleno derecho, pues se tendría que generar la restitución de los intereses que se generaron durante la administración por parte de Porvenir, toda vez que en el régimen de prima media todos estos intereses jamás se generan, ya que no es característico del carácter del régimen de prima media, en ese orden de ideas, solicito a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en su sala de derecho laboral, que se permita revocar en su totalidad la sentencia proferida por el despacho, muchas gracias.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

COLPENSIONES:

“Aportado y que se allegó al proceso, téngase que los testimonios de la señora maría del CARMEN GUTIÉRREZ y ELIZABETH GÓMEZ se dieron características propias, o en sus palabras se enunciaron circunstancias de lo que se podía concluir que esté efectivamente recibieron información por parte de la FP, igualmente y frente a la inversión de la carga de la prueba es necesario indicar que no nos encontramos frente a un afiliado lego en materia pensional en tanto el grado de educación que ostenta la demandante, que es el grado máximo de maestría. Por otro lado, de las documentales aportadas por el escrito se tiene que la demandante de manera voluntaria decidió afiliarse al fondo de pensión iniciando aportes con valor de para aquella data de 1999 por valor de 50.000 pesos, de lo que se concluye que la demandante conocía que era una manera alterna de ahorrar y de aumentar su capital que se encontraba consignado en la cuenta de ahorro individual, en ese sentido solicitó se revoque la sentencia proferida en tanto que la misma afecta los intereses de Colpensiones y la estabilidad financiera de la misma, muchas gracias”.

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y atendiendo a los recursos de apelación interpuestos, procede la Sala al estudio de la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora BEATRIZ PEREZ GIRALDO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., para que en su lugar, COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por ésta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

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

Ahora bien, en el presente caso, y dada la apelación de la demandada COLPENSIONES, de la revisión de los testimonios vertidos de las señoras ELIZABETH GÓMEZ LONDOÑO y MARIA DEL CARMEN GUTIERREZ, si bien



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

es cierto señalan que en la asesoría general se les indicó y enumeró algunas ventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual, lo cierto es que dicha afirmación no es suficiente para tener como cumplido el deber de información, en los términos señalados por la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, máxime si se tiene en cuenta que ninguna de ellas estuvo presente al momento de la firma del formulario de la actora, la cual fue en la casa de sus señores padres en la ciudad de Villavicencio.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 14 2018 401 01 Dte: BEATRIZ PEREZ
GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**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. 32-2019-585-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARCELA OSORIO GUARÍN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor MICHAEL GIONVANNY MUÑOZ, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado 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 agosto 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 las entidades demandadas Protección y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARCELA OSORIO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

traslado que efectuara del RPM al RAIS a través de la AFP Protección, subsidiariamente, solicita se declare la ineficacia de dicho traslado realizado en el mes de septiembre de 1996, declarando como única afiliación válida la que realizara al ISS hoy Colpensiones; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se ordene a Protección a trasladar a favor de Colpensiones los aportes por ella realizados en el RAIS, ordenándole a esta última contabilizar dichos aportes para efectos de pensión. (fls. 3 y 4 expediente digital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 27 de noviembre de 1957, contando con 61 años de edad, que se afilió en el año de 1985 al ISS hoy Colpensiones y cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones, contaba con 36 años de edad y 222 semanas cotizadas, que en septiembre de 1996 y cuando se encontraba vinculada con el empleador American Airlines, se afilia RAIS, a través de ING, luego se traslada a Colmena, hoy Protección S.A., que al momento de dicho traslado no fue asesorada ni informada por la AFP privada respecto de las diferencias de uno y otro régimen, las ventajas y desventajas que le representaba mantenerse en uno y otro y en general, las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar dicha decisión de traslado.

Afirma que en el mes de abril de 2002, se traslada a Colfondos S.A., oportunidad en que tampoco le fue brindada por parte de esa AFP toda la información relevante para tomar una adecuada y correcta decisión en cuanto al traslado de régimen, que actualmente ha cotizado 1342 semanas y realizada una proyección de su situación pensional, reveló que de haber permanecido afiliada a Colpensiones, su mesada pensional para el año 2019, ascendería a \$4.026.998, mientras que en el RAIS, esta sería de \$1.711.544.

Refiere por último que el 21 de febrero de 2019, solicitó ante Colpensiones la nulidad o ineficacia del traslado que realizara al RAIS, de igual forma procedió ante Protección y Colfondos S.A., solicitud que fue respondida de manera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORIO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

negativa por parte de Colpensiones y las AFP en mención, no han emitido respuesta alguna. (fls. 4 y 5).

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 y 11 a 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al RAIS, buena fe, prescripción, falta de causa para pedir e inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la CP. (fl. 118).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 4 y 12, negó los No. 5, 13, 14 y 16 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGP e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación. (fl. 146).

Por su parte, COLFONDOS S.A. aceptó los contenidos en numerales 1, 6, 13 y 16, negó el No. 7 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de que denominó buena fe, compensación y pago.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARCELA OSORIO GUARÍN a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 25 de septiembre de 1996, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORIO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CUARTO.- CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARCELA OSORIO GUARÍN como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en el proceso obraban documentos que daban cuenta que la demandante nació el 27 de noviembre de 1957, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición; de igual manera, había quedado probado que la demandante estuvo afiliada al ISS, previo traslado al RAIS, afiliándose a este último por intermedio de Colmena hoy Protección S.A., el 25 de septiembre de 1996, conforme formulario visible a folio 162 del expediente y encontrándose afiliada actualmente a Colfondos, respecto de lo cual si bien no obraba formulario de afiliación, se demostró que la demandante se trasladó a dicha administradora en el mes de marzo de 2002 y acreditando un total de cotizaciones de 1452 semanas al Sistema General de Pensiones, que la demandante en su interrogatorio de parte había manifestado que respecto del ISS, conocía que a sus compañeras de trabajo les había ido mejor, que el traslado promovido en primer momento al RAIS, había sido masivo, que se acercó a ella un asesor de Colmena indicándole que era mejor trasladarse pues iba a salir mejor pensionada y no recibió más información, que no sabía que iba a ser tan diferente la pensión y en cuanto al traslado a Colfondos, señaló que tenía cuenta en el Citibank y como eran del mismo grupo empresarial, se trasladó a dicho fondo, el que únicamente le dio información respecto al bono pensional, no siendo presionada ni coaccionada para la firma del formulario, ya que todo mundo comentaba que era más beneficioso trasladarse al RAIS y por ello lo hizo, que sólo le hablaron de consecuencias positivas y no negativas.

Señaló que teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, se evidenciaba que Colmena hoy Protección S.A. que fue la administradora a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

través de la cual el demandante se trasladó de régimen pensional, no había acreditado el cumplimiento del deber de información, el que conllevaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales, e incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 663 de 1993 y las disposiciones constitucionales relativas al derecho de información, lo anterior como lo indicó la sentencia SL1452 de 2019, razón por la cual, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había indicado que para casos como el que nos ocupa, existía una inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a la AFP que promovió el traslado del régimen, acreditar que le entregó al afiliado la información en los términos señalados, ya que el consentimiento informado, no se prueba con la simple firma del deber de información, obrando únicamente el formulario suscrito por la demandante a Colmena, no pudiéndose concluir del dicho de esta que la entonces Colmena la hubiera asesorado en debida forma respecto a su traslado pensional, ni menos que le hubiera indicado que era beneficiaria del régimen de transición y los derechos con que contaba en virtud de ello, así como que su traslado le implicaría la pérdida de dicho régimen, de lo que no obra prueba que haya sido advertida, siendo claro el incumplimiento de este deber por parte de Protección S.A., lo que conllevaba a declarar ineficaz su traslado, siendo la única afiliación válida la realizada a el entonces ISS hoy Colpensiones, aunado a que había señalado la Sala de Casación Laboral que el traslado entre fondos del RAIS, no convalidaba el inicial.

Advirtió que contrario a lo afirmado por la apoderada de Colpensiones, la consecuencia lógica de la ineficacia no puede ser que las administradoras de pensiones, en este caso, Colfondos o Protección, le reconozcan al demandante una pensión como si estuviera afiliado al régimen de prima media, pues las cosas deben retornar a su estado original, lo que conllevaba al traslado de aportes, rendimientos y gastos de administración, no violándose el principio de sostenibilidad financiera por cuenta del traslado de aportes ordenado y en cuanto a la excepción de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

prescripción, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha señalado que en eventos como el que aquí se debate es un derecho imprescriptible por lo tanto se declara no probada la excepción formulada.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección**, indicó en su recurso que no se encontraba conforme con el numeral tercero de sentencia recurrida en cuanto a la devolución de gastos de administración por cuanto se debía tener en cuenta que dichos descuentos no se realizaron de manera caprichosa sino en cumplimiento de disposición legal, aunado a lo cual, los mismos ya había sido destinados y pagados durante la administración del dinero de la CAI del demandante y dicha devolución sólo procedía de demostrarse que Protección S.A., no había realizado dicha gestión, contrario sensu, siempre la realizó de manera diligente, a más de ello, la declaratoria de ineficacia conllevaba a que las cosas retornaban a su estado anterior, lo que determinaba que únicamente debían ser objeto de traslado los aportes realizados por la demandante durante su vinculación a la AFP, sin los rendimientos que son de manera exclusiva, pues de no haber estado afiliada allí, no se hubieran generado.

Señaló que frente a la prima de seguro previsional, que esta ya se había girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro por muerte e invalidez, esta asumiera el pago de pensión en tales escenarios y ya no era procedente solicitar devolución de dichos recursos a la aseguradora, por ser un tercero de buena fe que no intervino en el acto de afiliación de la demandante.

Por su parte, **Colpensiones**, recurrió señalando que la decisión de primer grado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido de que Colpensiones, era un tercero de buena fe y no tuvo incidencia en el traslado realizado por la demandante, por lo que no podía ser perjudicada con la decisión de tomada, no debiéndose condenar a recibir como afiliada a la demandante ya que se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera previsto en el artículo 48 de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORIO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Constitución Política, lo que genera un impacto preocupante en la reserva pensional de dicha entidad, ya que a su cargo quedaba el reconocimiento pensional de la demandante, quien retorna luego de más de 24 años a un régimen que no la tuvo como su afiliada por este lapso de tiempo.

De no accederse lo anterior, solicitó condenar a la AFP Protección el pago a Colpensiones de los perjuicios económicos generados con el traslado pensional de la demandante, pues conforme la ley civil, quien causa el daño es quien debe repararlo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARCELA OSORIO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y subsidiariamente ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la entonces Colmena hoy Protección, el 25 de septiembre de 1996, como se verifica de copia dicha documental, visible a folios 162 del expediente digital, allegada por la demandada Protección.

Sobre el particular, se tiene que si bien se petitionó de manera principal la declaratoria de nulidad del traslado pensional, lo cierto es que procede estudiar lo petitionado a la luz de la figura de la ineficacia del mismo, como quiera que se alega la falta al deber de información en dicho acto de traslado; figura 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORIO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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, **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 de 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 como bien lo indica la parte demandante en sus alegaciones ninguna de ellas da cuenta respecto de que a la señora Marcela Osorio, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colmena hoy Protección S.A., fondo al que se trasladó el demandante en dicha oportunidad, faltó al deber de información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en 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)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se reitera que desde la creación de las AFP por virtud de la Ley 100 de 1993, estaban obligadas a un correcto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

y oportuno suministro de información al afiliado, para considerar que dicha decisión se realizó de manera ilustrada y bajo la figura del consentimiento informado, sin dejar de lado cuestiones tan importantes como la calidad de beneficiaria de la actora del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la normatividad legal en cita, ya que como lo indicó el juzgador de primer grado, de copia de documento de afiliación de la señora Marcela, visible a folio 21 del expediente digital, se logra evidenciar que para la fecha en que se promovió su traslado al RAIS, contaba con 38 años de edad; no obstante ello, cuestiones tan importantes no se le pusieron de presente a la afiliada en el año de 1996.

En cuanto al argumento de la recurrente 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 junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que dichos aportes objeto de traslado, pasarán a conformar el fondo común propio del régimen que administra.

Sobre este punto, de igual forma no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento***



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS**del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

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 1996**, como bien lo indica la parte demandante en sus alegaciones, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, del traslado de régimen pensional bajo estudio.

Finalmente, como lo pone de presente la recurrente Colpensiones, no hay lugar a emitir condena alguna en cuanto al pago de perjuicios reclamados en cuanto no fueron objeto de debate procesal; no obstante ello, se considera que hay lugar a DECLARAR que esta administradora 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, aspecto en el que se adicionará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220190058501 Dte: MARCELA OSORJO GUARÍN Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE ANTONIO MORENO VS
CARMEN STELLA PRIETO DE GUTIERREZ Y DAVID GUTIERREZ RAD
N° 20-2014-623-01**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida el catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual se ABSOLVIÓ a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas. (Expediente Digital).

HECHOS

El señor JOSE ANTONIO MORENO actuando en su propio nombre y en juicio ordinario laboral demandó a CARMEN STELLA PRIETO DE GUTIERREZ Y DAVID GUTIERREZ, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a termino indefinido que terminó sin justa causa. En consecuencia, solicita el pago de prestaciones, vacaciones, indemnización por despido injusto,

aportes, sanciones moratorias, indexación, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Fundamenta sus pretensiones en que entre las partes se dio un contrato de trabajo en las fechas indicadas, para desempeñar el cargo de obrero rural, en el predio denominado VILLA MARIA DORA, en mesitas de colegio, que como salario se pactó el mínimo legal, que el contrato se mantuvo hasta el 31 de mayo de 2014, que no fue afiliado a seguridad social, que no le dieron dotación, que no le pagaron prestaciones ni vacaciones. (Expediente Digital).

La demandada, se dio por no contestada. (Expediente Digital).

Para llegar a esa decisión afirmó en síntesis el Juez: “....*Problema jurídico. El problema jurídico que nos ocupa en esta oportunidad se circunscribe a determinar si entre el demandante y los demandados existió una relación laboral, sus extremos y si se le adeudan las acreencias laborales deprecadas en la demanda. Como marco normativo para tomar una decisión en derecho, el despacho se apoya en los artículos 22, 23, 24, 47, 58, 60, 62 y 64 entre otros del código sustantivo del trabajo que regula lo atinente al contrato de trabajo, al igual que el artículo 167 del código general del proceso, relacionado con la carga de la prueba, como pruebas relevantes que permiten al despacho llegar a una conclusión fáctica y tomar la correspondiente decisión, se trajeron al proceso únicamente los testimonios de olivo ladino y Lisandro moreno, quienes en un relato algo contradictorio depusieron sobre lo que creyeron fue el vínculo laboral entre el demandante y las demandadas, al igual que la forma como consideraron se ejecutó el mismo. Entonces, con los anteriores elementos de prueba traídos al proceso y con la normatividad vigente, el despacho llega a la siguiente conclusión: se aduce en el libelo introductorio que el demandante prestó su servicio personalmente a los demandados, realizando los oficios de obrero rural en la finca de propiedad de estos últimos ubicado en el municipio de mesitas del colegio, entre el 1 de junio de 2005 y el 31 de mayo de 2014, cumpliendo la labor encomendada, atendiendo a las instrucciones en un horario de 6 am a 5 pm. El artículo 22 del código sustantivo del trabajo define el contrato así: contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración. Por su parte, el artículo 23 del mismo ordenamiento señala como elementos del contrato de trabajo la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia y una remuneración o salario. Por ende, para que se configure un contrato de trabajo es necesario que concurren los anteriores elementos, de no ser así, estaríamos frente a una clase de contrato al que no se le podrían aplicar las normas de nuestro ordenamiento laboral. No obstante, el artículo 24 del mismo código sustantivo del trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regido por un contrato de trabajo, es decir, cuando se demuestre que un sujeto le prestó a otro sus servicios personales de manera subordinada entonces por ministerio de la ley debe presumirse que el vínculo era de*

carácter laboral, es así como el demandante solo tiene la carga de acreditar la prestación personal del servicio a favor del demandado, incluyendo los correspondientes extremos, y una vez acreditada se presume la existencia del contrato de trabajo, correspondiéndole al demandado desvirtuar la presunción legal por lo que se invierte la carga de la prueba, pues este último es quien debe demostrar que no se trata de un contrato de trabajo sino de una relación no subordinada. Ahora bien, para la demostración del nexo laboral alegado por el demandante es menester que se efectúe a través de la aportación de las pruebas actas y conducentes, imponiendo de esta forma a las partes su obligación de probar lo que solicita, al respecto, la corte suprema de justicia de vieja data ha señalado que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, la vieja máxima bonus probando incumbe actore, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia, siendo la prueba en medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad judicial pueda calificar. **Entonces, conforme a lo expuesto anteriormente y en desarrollo de las premisas atrás señaladas, es carga probatoria que incumbe a la parte demandante mediante la aportación de las pruebas aptas e idóneas, demostrar no solo la existencia del nexo laboral por el invocado en su demanda con la parte hoy accionada, sino igualmente los extremos que los rigieron, al menos, los extremos y el nexo de la prestación del servicio. Que analizada la prueba arrimada, o mejor, el escaso material probatorio traído no se obtiene prueba contundente tendiente a establecer la existencia de relación alguna de trabajo y sus extremos temporales como lo reclama el demandante, o al menos la prestación personal del servicio en un espacio temporal definido, pues como ya se dijo, los testigos fueron contradictorios en su deposición, asunto que le quita credibilidad a su dicho, además no permitieron al despacho inferir sin duda alguna la ejecución de la relación laboral.** El testigo olivo ladino manifestó que vivía en Bogotá, que ha distinguido al demandante por más de 35 años porque fueron vecinos de la finca del testigo en mesitas del colegio, manifestó que distinguió a Carmen estela prieto y David Gutiérrez porque a un kilómetro tienen una finca pequeña de una fanegada, que tiene piscina, comentó que nunca entró a la finca pero que la veía desde arriba y por eso sabe que tenía piscina y como era, que tienen conocimiento que el demandante trabajó bastante tiempo porque bajaba por la carretera, comentó que el demandante trabajó desde junio de 2005 al año 2014, que el señor Antonio moreno trabajaba en oficios varios hasta los domingos, el demandante trabaja de día y se iba para la casa, que el testigo del año 2006 a 2010 trabajaba en el galán en Bogotá y Soacha con cortina, comentó que en Bogotá vive en casa de los patrones y que actualmente cuando viene a Bogotá vive donde unas sobrinas o Soacha donde un hermano. Al ser interrogado por su apoderado indicó que el demandante en la finca de los demandados desempeñaba oficios varios, trabajaba en construcción, trabajaba de 7AM a 5pm de lunes a sábado, no sabe cuánto le pagaban los demandados al señor jose Antonio moreno, que no le pagan salud ni pensión, nada de primas, vacaciones, que hay casi 1 kilómetro de la finca donde trabajaba a la finca donde vivía el demandante, que no sabe por qué le terminaron el contrato de trabajo. Mientras que el testigo Lisandro moreno indicó que es comerciante de panela, que vive en bosa en Bogotá hace 40 años, manifestó que es el hermano de José Antonio moreno, que este último vive en mesitas del colegio en la vereda san José, que vivía con la esposa y

en temporadas con el hijo Oscar, que los hijos lo visitaban frecuentemente, que el visitaba también a la finca, que distingue al señor David Gutiérrez porque varias veces estuvo saludando al hermano allá cuando iba donde él, que el demandante trabajó desde junio de 2005 a mayo de 2014, que lo sabe porque iba a visitar a su hermano cada mes los fines de semana, manifestó que conoce a Carmen Estela Prieto porque es la esposa de él, comentó que ellos tienen una finca llamada Francia en la vereda del colegio, una finca mediana de 2 fanegadas aproximadamente que tenía una casa con árboles frutales, que no tenía piscina, que fue a la finca unas 4 veces cada año, manifestó que al demandante adicional de ser el cuidadero de lunes a sábado, empacaba frutas, que hacía todos los oficios, podar los árboles, limpiar el terreno, ayudar a la construcción, mantener la carretera en buen estado y todos los oficios que había que hacer en la finca, manifestó que el demandante no vive en la finca, que trabajaba de 7 a 5 pm. Al apoderado del demandante, adicionalmente, en su cuestionario le manifestó que le pagaban el mínimo y le pagaban semanal, que le pagaban los 7 días, comentó que nunca le pagaron prestaciones sociales, que no lo tenían afiliado a pensiones, a la arl, que la finca queda a unos 15 minutos a pie y 5 a 3 minutos en carro. Ahora, el despacho al analizar los testimonios encuentra que no son creíbles, que entran en contradicción, pues no saben exactamente a que distancia se encuentra la finca de los demandados con la finca donde vivía el demandante, entran en contradicción en el tamaño de la finca y su conformación, que tiene piscina, que no tiene piscina, no se tiene certeza de cuanto le pagaban al demandante, además no se puede dar credibilidad a los testigos de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se desarrolló la supuesta relación laboral, comoquiera que ellos no trabajaron con el mandante, tampoco vivían con él, pues los testigos siempre han vivido en Bogotá y Soacha, el testigo olivo ladino manifestó que no sabía cuanto le pagaban al demandante y no sabía si le habían pagado o no prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, tampoco sabía porque terminó la supuesta relación laboral, pues mucho menos puede tener conocimiento de los extremos de la relación laboral, por todo ello, se tiene además que no se demostró en juicio en forma cierta los extremos alegados por el demandante, es decir, cuando inicio y finalizó la labor del actor del servicio con los demandados y comoquiera que no existe prueba contundente que precise todos los aspectos y las fechas de iniciación terminación del nexo laboral, requisito indispensable para entrar a resolver las pretensiones de la demanda, toda vez que desde la existencia del tribunal supremo de trabajo, ha sido reiterado la jurisprudencia en señalar que la prueba del tiempo de servicios y extremos temporales, deben ser suministrada específicamente por la parte demandante, pues no le basta acreditar la existencia de la prestación del servicio para que se estime en su favor presunciones como tal. Así las cosas, y siguiendo el principio universal de la carga de la prueba establecido en el artículo 167 del código general del proceso, aplicable por integración en materia laboral, le correspondía a la parte actora, mediante la aportación de prueba exacta y conducente, demostrar la prestación del servicio y la temporalidad de la relación laboral, evento que no tuvo ocurrencia, pues el proceso se encuentra huérfano de prueba idónea y eficaz, con relación a los demandados que permita realmente establecer los extremos de la relación laboral, pues no son suficientes los testimonios contradictorios que se trajeron, y esta omisión probatoria genera la imposibilidad de realizar cálculos y operaciones de los presuntos derechos reclamados. Así las cosas, y ante las fallas de tipo probatorio el accionante al sufrir las consecuencias del incumplimiento de esa carga procesal, debiéndose absolver a la demandada de todas y cada una de las

pretensiones que se reclaman. Excepciones, no fueron propuestas por el curador ad litem. Costas, correrán a cargo de la parte vencida en juicio, tásense por secretaría. En mérito de lo expuesto, el juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

- 1. Absolver a los demandados Carmen stella prieto de Gutiérrez y David Gutiérrez de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia;*
- 2. Condenar en costas de esta instancia a la parte demandante, las que deben ser tasadas en el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente;*
- 3. De no ser apelada la presente decisión, se remitirá al tribunal superior de Bogotá, para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de consulta en su totalidad, teniendo en cuenta que fue complementamente adversa a los intereses del demandante....”*

CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la sentencia no fue apelada.

Desde ya advierte la Sala que el argumento del Juez de primera instancia es completamente acertado y adecuado a las pruebas del proceso, pues no bastan las declaraciones de testigos, aportados por la parte actora, para concluir en la existencia del contrato y sus extremos.

Ahora es importante antes de referirnos a las pruebas, señalar que tratándose de la existencia de contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber, la actividad personal del trabajador; 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 el último de los elementos es el salario como retribución del servicio.

Una vez reunidos estos tres elementos, señala el artículo 23 del CST, se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

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

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

Atendiendo ahora si a los medios de prueba traídos al proceso encontramos que ni aún la prestación del servicio en favor del demandado fue demostrada; carga que correspondía al actor, pues con las declaraciones que se escucharon en el proceso, no es posible dar por demostrado dicha prestación del servicio y menos aún los extremos en que se desarrolló. Siendo entonces necesario referirse a las pruebas veamos.

Claro resulta, que de las declaraciones obtenidas, ni aún la prestación del servicio resulta clara, luego la aplicación del artículo 24 en consecuencia y en este caso, no es inexorable.

El testigo OLIVO LADINO, como señaló el Juez lució impreciso y lo que sabía no fue percibido directamente ni en la prestación del servicio y menos aún en los extremos necesarios para proferir condena. A manera de ejemplo afirma que conocía a los demandados porque tenían una finca a un kilómetro de donde el laboraba, pero aduce que nunca entró y que solo la veía desde arriba viendo que tenía piscina, luego tampoco nunca vio al demandante prestando servicios allí, lo cual se infiere también de la distancia y de su

misma afirmación, sobre que veía al demandante cuando bajaba por la carretera, sin precisar desde luego de donde era que bajaba y sin que en verdad ofrezca certeza alguna.

El otro testigo es hermano del demandante y vive en Bogotá, y afirma que sabe de la relación laboral porque lo visitaba frecuentemente siendo su dicho carente de respaldo y sin que pudiese ofrecer certeza sobre la prestación del servicio y aunque refiere fechas; (junio de 2005 a mayo de 2014); lo que sabe dice es porque iba a visitar a su hermano cada mes los fines de semana, sin que ello sea suficiente para probar que en la semana el demandante laboraba en la finca.

Llama la atención que mientras el primer testigo dice que veía una piscina en su términos “desde arriba”, el segundo relató que, no tenía piscina, que fue a la finca unas 4 veces cada año, es decir este testigo si entró y afirma que no tenía piscina; el primero que nunca entró dice que sí; luego con estas declaraciones contradictorias e imprecisas nada se logra probar; sobre todo como acertadamente señaló el Juez ninguno de los dos reside en mesitas del colegio, viven en Bogotá y nada pudieron aclarar sobre el presunto contrato, ni aún en la extensión de la finca ni el salario ni el oficio desempeñado.

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, debe concluir la Sala que no hay prueba de la prestación personal del servicio en favor de los demandados, por el actor, en las condiciones propias y naturales a la existencia de una relación de carácter laboral, sin que sobre agregar que de admitir que si se probó el primer elemento de contrato, tampoco hay prueba de los extremos en que se dice se desarrolló, conclusión a la que - tal y como se itera en forma acertada- llegó el Juez de primera instancia, por lo que se CONFIRMARA la sentencia en todas y cada una de sus partes.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO:- CONFIRMAR la providencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO:- COSTAS. No se causan 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 OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



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

PROCESO ORDINARIO No. 17-2018-0079-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ identificado con C.C. 1.232.398.851 y T.P. 334.200 del C.S. de la J., en calidad de apoderado de la sociedad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito de poder a él conferido, y allegado junto con el escrito de alegatos.

En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de octubre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto por la parte demandada.

ANTECEDENTES

La señora María Rodríguez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se **DECLARE** que tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de las mesadas pensionales a partir del 28 de febrero de 1999 y hasta el 30 de agosto de 2015; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la entidad al pago del retroactivo en la manera antes indicada, junto con los intereses moratorios conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y artículo 4 de la Ley 700 de 2001, la indexación y costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 11 de enero de 1957, que mediante dictamen proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 29 de marzo de 1999 se determinó la pérdida de capacidad laboral en proporción del 50% con fecha de estructuración del 28 de febrero de 1999; que el día 7 de agosto de 2010 se inició el proceso ordinario laboral en contra del ISS a fin que se reconociera pensión de invalidez; que el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá reconoció pensión de invalidez con fecha 16 de diciembre de 2010 conforme el principio de la condición más beneficiosa a partir del día 28 de febrero de 1999; que el Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia del 31 de enero de 2012 Sala Laboral De Descongestión, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a Colpensiones; que posteriormente, la actora instauró acción de tutela en contra del Tribunal, trámite que le fue desfavorable; que la Corte Constitucional – Sala de Revisión revocó las sentencias y ordenó a Colpensiones que en el término de cinco días a partir de la notificación de esa decisión, expidiera una resolución mediante la cual reconociera el pago de la pensión de invalidez a la demandante, aplicando lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Que fue así que, mediante Resolución GNR271311 del 3 de septiembre de 2015 Colpensiones dio cumplimiento al fallo de tutela, procedió a reconocer la prestación en cuantía inicial de \$644.350 a partir del 1 de septiembre de 2015; que en el fallo de la Corte Constitucional se indicó que la demandante padece una enfermedad desde el año 1998, por lo que no pudo volver a laboral; que la demandada no reconoció el pago del retroactivo al cual esta obligada desde la fecha de estructuración; que el 10 de noviembre de 2015



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

solicitó ante Colpensiones el pago del mentado retroactivo, que fue negad mediante Resolución GNR89638 del 30 de marzo de 2016 argumentando que la pensión había sido reconocida desde el 9 de septiembre de 2015, porque no se aportó las constancias de afiliación a la EPS, para determinar qué tipo de vinculación tenía a la fecha de estructuración de la invalidez o certificados de pago de incapacidades para determinar cual fue la última incapacidad paga.

Que todas las incapacidades otorgadas a la demandante reposaban en el Instituto de Seguros Sociales – EPS, y que por lo tanto no es posible allegar una certificación desde la fecha de la invalidez en el año 1999; que la entidad no tiene en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 28 de febrero de 1999, para que proceda a realizar el respectivo reconocimiento de la pensión; que la actora no recibió subsidio por incapacidad en todos ese tiempo, y que por lo tanto, le asiste razón para que se le reconozca y pague el retroactivo de la pensión de invalidez desde el 28 de febrero de 1999 y hasta el 30 de agosto de 2015.

Que con la Resolución GNR 89638 del 30 de marzo de 2016 que negó el reconocimiento al retroactivo pensional, quedó agotada la reclamación administrativa conforme el artículo 6° del CPT y de la SS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos manifestó no constarle lo relacionado con las incapacidades generadas por el ISS y que reposaban en esa entidad, y que no haya recibido en todo el tiempo subsidio de incapacidad y aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

que denominó prescripción; no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratoria; inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe de Colpensiones; presunción de legalidad de los actos administrativos; carencia de causa para demandar; compensación, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de *INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO Y PRESCRIPCIÓN* propuestas por la *ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*, según las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante *MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO* identificada con C.C.20631759, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 28 de febrero de 1999, y en consecuencia, se **CONDENA** a *COLPENSIONES* a pagar a la demandante la suma total de \$100.337.552 por concepto de mesadas pensionales no pagadas entre el 28 de febrero de 1999 y el 31 de agosto de 2015.

TERCERO: AUTORIZAR A COLPENSIONES para que del retroactivo reconocido a la demandante, descuenta en el porcentaje que corresponda, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según las razones expuestas.

CUARTO: CONDENAR A COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses de mora, de conformidad a lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 21 de febrero de 2015, los cuales se deberán liquidar



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

respecto de cada una de las mesadas mes a mes, y aplicando la tasa máxima de intereses moratorios vigente para el momento en que se efectúe el pago correspondiente y que deberá liquidarse respecto a cada mesada desde la fecha de causación de cada una.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS A COLPENSIONES. *En firme esta providencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$ 3.500.000.*

SEXTO; SE DISPONE LA CONSULTA *a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior una vez concluya la diligencia.*

Las partes quedan notificadas en Estrados.

Colpensiones presenta recurso apelación.

(...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado en síntesis al señalar lo siguiente:

“Que la reclamación administrativa tuvo lugar mediante la petición del 10 de nov de 2015 a folios 77 a 84, que redundo con la resolución del 30 de marzo de 2016 a folios 86 a 89; que el problema jurídico corresponde en determinar la fecha desde la cual la demandada debió reconocer al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reconocida a la dte por la Corte Constitucional, la procedencia de los intereses moratorios o indexación; que a la actora se le determinó pérdida de capacidad laboral del 50% y fijando como fecha de estructuración del 28 de febrero de 1999 conforme el dictamen que obra a folios 70 y 71; que la entidad reconoció pensión de invalidez a la dte mediante Resolución GNR271311 del 3 de septiembre de 2015 en cumplimiento al fallo de la Corte Constitucional que revocó las sentencias que no habían concedido el amparo de tutela y ordenó a Colpensiones reconocer la pensión. Que el reconocimiento se hizo en aplicación de lo previsto en el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de septiembre de 2015 en cuantía inicial de \$644.350 que corresponde al smlmv para ese año, conforme a folios 73 a 76.

Sobre las pretensiones relacionadas con el retroactivo pensional, la entidad no accedió al mismo porque la dte no demostró que durante el tiempo anterior al reconocimiento de la pensión no había recibido subsidio por incapacidad temporal, trasladando la responsabilidad a la dte de acreditar ese supuesto y requiriendo a la NUEVA EPS para que brindara esa información.

Que el artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990 establece que la pensión de invalidez por riesgo común, comenzara a pagarse desde la fecha en que se estructure el estado de invalidez, que cuando el beneficiario estuviere en goce por incapacidad temporal el



Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES

pago de la pensión de invalidez empezará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio, que por lo anterior, únicamente se requiere acreditar el estado de invalidez y el disfrute de la prestación pensional comenzará a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez, que a la dte se le determinó una pérdida de capacidad laboral que superaba el 50% conforme el dictamen a folios 70 y 71, con fecha de estructuración del 28 de febrero de 1999, fecha en que debió efectuarse el reconocimiento pensional.

Frente a la carga de la prueba que alega la entidad para demostrar que no recibió los subsidios temporales por incapacidad previo al reconocimiento de la pensión, que el Decreto 917 de 1999 estableció la incompatibilidad entre el pago de incapacidades con el pago de la pensión, vigente para el momento en que se determinó el estado de incapacidad a la dte; que la NUEVA EPS remitió la respuesta a una solicitud elevada por el Juzgado según oficio del 30 de octubre de 2019, aportando el certificado de incapacidades expedidas folio 141, pero lo cierto ese documento no le fue remitido, que ante un nuevo requerimiento del juzgado la eps emitió nueva certificación del 20 de febrero de 2020 folio 140, en la que señaló que no existía registro alguno de incapacidades reconocidas a la dte, que las incapacidades emitidas con anterioridad al 2008 y presentadas ante el ISS EPS no pueden ser certificadas por la entidad es decir conforme los archivos de la NUEVA EPS; que por lo menos para el periodo postrior al 1 de agosto de 2008 la dte no recibió pagos por incapacidades temporales, que frente a la información a los periodos anteriores al 1 de agosto de 2008 esa información reposaba en el ISS, información que debía ser trasladada en su totalidad a Colpensiones sin que esta entidad asumiera su responsabilidad probatoria acerca del pago que dice la entidad pudo haber recibido la dte y no podía trasladarle la carga de la prueba a la dte por lo que no acepta como argumento que no reconoció las mesadas pensionales en razón a que la dte tenía la obligación de demostrar que recibió un beneficio por subsidio por incapacidad, que al no haberse demostrado por la entidad demandada el periodo anterior a agosto de 2008 que la dte fue beneficiaria de algun subsidio económico, por lo que reconocerá las mesadas pensionales a partir de la fecha de estructuración del estado de invalidez el 28 de febrero de 1999 a partir de la cual se condenara ya que la prescripción no alcanzo a afectar el derecho.

Que para cuantificar las mesadas se tiene el smlmv de cada año, teniendo en cuenta que tiene derecho a recibir 14 mesadas ya que la pensión se reconoció antes del 22 de julio de 2005, conforme los cálculos realizados por el despacho.

Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, son procedentes dado que la entidad incurrió en tardanza desde la fecha que correspondía, que como resarcimiento de los perjuicios ocasionados, debe imponerse condena. Que el juzgado venia acogiendo el criterio de la Corte como el de la sentencia 13717 y 21027 del 3 de septiembre de 2003 que limitaba la procedencia de los intereses de mora para el reconocimiento pensional a reliquidaciones o retroactivos pensionales o diferencias pensionales, criterio que modificado por la Corte en sentencia SL3130 de 2020 rad 66868 del 19 de agosto de 2020, se señaló también que los mismos proceden para pensiones anteriores a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo normas de transición, que si bien la estructuración de la invalidez se causó en vigencia de la ley 100, se aplicó la condición más beneficiosa esto es el acuerdo 049 lo que implica también la posibilidad de aplicar los intereses moratorios, a los cuales se condenará a la demandada.

Sobre las excepciones se declarará no probada la de inexistencia al derecho reclamado.

En relación a la prescripción que fue alegada por la demandada la misma no alcanzó a configurarse según se explica: el dictamen de la perdida de capacidad laboral de la dte fue expedido el 29 de marzo de 1999, que ante la negativa en el reconocimiento la



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

dte acudió a la vía ordinaria que si bien no se accedió en ese momento, acudió a la vía de tutela prosperando el amparo constitucional, según sentencia de la Corte Constitucional del 29 de julio de 2014 que dispuso revocar la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal de Bogotá y ordenó emitir a Colpensiones proferir resolución reconociendo la prestación, que a partir de ese momento la dte tenía tres años para reclamar ante Colpensiones el cumplimiento de su sentencia y elevó petición el 21 de octubre de 2014, que la entidad expidió la resolución hasta el 3 de septiembre de 2015, notificando la respuesta el 15 de septiembre de 2015 a folio 72, que la dte tenía tres años para la acción laboral, que la demanda fue presentada el 20 de febrero de 2018, es decir que no se configuró el término trienal de prescripción que establece los artículos 488 del CST y el 151 del CPT y de la SS, por lo que la dte interrumpió en debida forma la prescripción que hubiese podido afectar el derecho debiéndose declarar no probada la excepción. Costas a cargo de la demandada, que una vez en firme la sentencia por secretaria se practique la liquidación y se incluyan como agencias en derecho a cargo de la demandada y a favor de la demandante la suma de \$3.500.000. Que la sentencia debe ser revisada en grado de consulta a favor de Colpensiones dadas las condenas.

APELACIÓN

COLPENSIONES

“Me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos: que tal como se observa mediante la Resolución GNR271311 del 3 de septiembre de 2015 Colpensiones procede a emitir el pago de una pensión de invalidez dando cumplimiento de un fallo de tutela mediante la cual se analizó la figura de la condición más beneficiosa y se reconoce esta prestación, la que es reconocida a corte de nómina dado que no se acredita la existencia de incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de invalidez que permitan identificar la fecha mediante la cual se deba reconocer el retroactivo pensional.

Que no obstante, tal como lo dice el despacho mediante oficio remitido a la NUEVA EPS se requirió a dicha entidad para que acreditara la existencia de dichos periodos pagados por incapacidad y esa entidad mediante comunicación del 20 de febrero de 2020 responde a la solicitud realizada por el despacho indicando que no se observan pagos por incapacidades, sin embargo hace la aclaración que las incapacidades con fecha de inicio anterior al 1 de agosto de 2008 y presentadas al ISS EPS solo podrán ser certificadas por dicha entidad, frente a lo cual es evidente que no existe una prueba que permita establecer que previo al año 2008 existieron o no, incapacidades pagas a favor de la demandante, que permita establecer la fecha mediante la cual se debe reconocer un retroactivo pensional.

Que no obstante lo anterior difiere esta defensa de la carga de la prueba que rechaza el despacho en el sentido en que era la demandante quien tenía la cercanía a la prueba, quien directamente pudo verse beneficiada por esos subsidios por incapacidad y la carga de la prueba recaía en cabeza de la parte actora el acreditar la existencia de dichos periodos.

Que contrario a lo que afirma el despacho, conforme el expediente administrativo de la demandante se allegan los soportes que cuenta Colpensiones, pero que sin embargo es de resaltar que los mismos únicamente atienden a las documentales que



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

obran en el archivo de Colpensiones como administradora de pensiones y no como entidad que sirve de guarda de la documental que en su momento tenía el ISS EPS. Con ello quiero solicitar a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial que si bien se acredita que la dte con posterioridad al año 2008 no recibió pago por subsidios de incapacidades, el retroactivo debe ser consecuente con ello y en ese sentido no es dable reconocer el retroactivo pensional desde la fecha de estructuración sino adecuándola a las pruebas que obran en el expediente, las que permiten identificar que desde el año 2008 la dte no recibió subsidio por pago de incapacidad, que adicionalmente tal como se dijo en el concepto emitido por el comité de conciliación y en la contestación de Colpensiones la dte nunca allegó una prueba que permitiera identificar la existencia o no de pagos por incapacidades y en ese sentido Colpensiones nunca tuvo la obligación de reconocer un retroactivo pensional hasta tanto no se allegara dicha prueba, y esta prueba existió desde el 20 de febrero de 2020, que en ese sentido el pago de intereses moratorios desde la fecha inclusive de estructuración considero que es exagerado dadas las pruebas allegadas al proceso al igual que las costas procesales a las que se condena la entidad, reiterando que la entidad no tuvo en su momento las pruebas que permitieran establecer la existencia o no de un pago de incapacidades que permitieran reconocer un retroactivo pensional a favor de la dte siendo carga de la prueba acreditar dicha situación, solicito la revocatoria en estos puntos mencionados al Tribunal.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y revisará la decisión en grado jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones teniendo en cuenta que la entidad fue condenada, y los puntos de apelación formulados como son, en síntesis: que la pensión fue reconocida a corte de nómina para el mes de septiembre de 2015, ya que la demandante no demostró si hubo o no incapacidades temporales anteriores que le hubiesen permitido a la entidad determinar la fecha desde la cual procede el pago del retroactivo; que las pruebas que obran en el expediente permiten colegir que la demandante no estuvo incapacitada desde el año 2008, y que en ese sentido debe modificarse la condena por el retroactivo pensional para que, éste no lo sea desde la fecha de estructuración de la invalidez, ya que la prueba aportada por la Nueva EPS solo llegó al proceso en febrero de 2020, y en consecuencia, la condena por



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

intereses también debo variar, además de indicar que éstos son exagerados en tanto que Colpensiones no podía verificar la existencia o no de incapacidades temporales concedidas a la demandante, al igual que el valor de las costas y agencias en derecho en la suma fijada por el juzgado.

Se tiene que el proceso en contra de Colpensiones versó sobre la pretensión encaminada a lograr el reconocimiento y pago de las mesadas que conforman el retroactivo pensional, desde la fecha de estructuración de la invalidez a la actora por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, esto es, desde el día 28 de febrero de 1999.

El a quo consideró que le asiste derecho al pago del retroactivo pensional a la demandante en virtud del reconocimiento pensional por invalidez que hiciere la Corte Constitucional a la señora Rodríguez, junto con el pago de los respectivos intereses moratorios conforme con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas fijadas a partir del momento en que se causó el derecho y que obedece a la fecha de estructuración de la invalidez, el día 28 de febrero de 1999, circunstancia esta última que no estuvo en discusión.

Ahora, lo que suscita la inconformidad plasmada en el recurso de apelación y que concentró las razones para oponerse a las pretensiones de la demanda en la contestación por parte de Colpensiones, obedece a que la entidad frente a la reclamación del pago del mentado retroactivo pensional por parte de la demandante, siempre adujo la ausencia del certificado de pago de incapacidades emitido por la EPS, que a manera de ejemplo, se tiene la respuesta que obra en el expediente administrativo brindado a la actora con fecha 19 de diciembre de 2015, posterior al cumplimiento que dio la demandada a la sentencia proferida por la Corte Constitucional



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

frente al reconocimiento pensional de invalidez, y que a continuación se cita la parte que interesa a la decisión:

(...)

“En atención a la solicitud de reconocimiento presentada por usted bajo el radicado de la referencia y con el fin de resolver de fondo la misma, me permito informarle que una vez revisada la documentación obrante en su expediente pensional no se evidenció:

- *Certificado de tipo de afiliación a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral donde indique claramente si era beneficiaria o cotizante la señora MARIA ISABEL RODRÍGUEZ CAICEDO, y*
- *Certificado de pago de incapacidades emitido por la EPS.*

Lo cual resulta indispensable para que la entidad resuelva lo que en derecho corresponda, por lo que solicitamos allegar el mencionado documento.”

(...)

Así las cosas, la constante oposición de la entidad al reconocimiento de las mesadas pensionales a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, 28 de febrero de 1999, si bien se soporta en el artículo 10° del Decreto 758 de 1990, en el sentido que, *cuando un beneficiario estuviere en goce de subsidio de incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio*, lo cierto es que brilla por su ausencia las mentadas incapacidades temporales de las que intenta Colpensiones sus efectos, además que la Corte Constitucional nada dijo en la sentencia T-566 del 29 de julio de 2014 sobre la limitación a la causación de las mesadas causadas a partir de la fecha de estructuración de la invalidez de la demandante, decisión que accedió a otorgar el derecho pensional a la actora, cuestión que no está en discusión en este proceso, Corporación



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

que fue clara al indicar sobre la pensión reconocida a la señora Rodríguez Caicedo, lo siguiente:

(...)

“Por tanto, para garantizar la efectiva y pronta realización de los derechos fundamentales a la seguridad y al mínimo vital de la accionante, esta Corporación ordenará a Colpensiones que, en el término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de esta providencia, expida una resolución en la cual se reconozca el pago de la pensión de invalidez a la señora María Isabel Rodríguez Caicedo, aplicando para el efecto lo establecido en el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año. De igual forma, una vez cumpla lo anterior, dentro de los diez (10) días siguientes a su reconocimiento se pague la respectiva pensión en el momento que le corresponda de acuerdo con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, normativa aplicable al caso.”

(...)

Por consiguiente, en virtud de la orden emanada por la Corte Constitucional la entidad de seguridad social debía dar cumplimiento a la misma, conforme el Decreto 758 de 1990 sin oponerse al pago de las mesadas pensionales, y contrario a ello lo que se observa que, si bien procedió a reconocer la prestación pensional mediante la Resolución GNR271311 del 3 de septiembre de 2015 a partir del 1° de igual mes y año, lo cierto es que, desconoció el artículo 10 *ibidem*, norma que dispone:

“Artículo 10. Disfrute de la pensión por invalidez por riesgo común. La pensión de invalidez por riesgo común se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio. La pensión de invalidez por riesgo común se otorgará por periodos bienales, previo examen médico laboral del ISS, al que el beneficiario deberá



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

someterse de forma obligatoria, con el fin que se pueda establecer que subsisten las condiciones que determinaron su otorgamiento. La pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir este derecho.”

De acuerdo a la norma en cita, le asistiría razón a la demandada a la oposición que hace al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, si hubiere logrado acreditar que posterior al 28 de febrero de 1999 la demandante estuvo incapacitada médicamente de manera temporal conforme lo prevé el artículo 167 del CGP, y contrario a ello, se enfrenta al dicho de la actora, en el sentido que ésta no estuvo en tal condición, olvidando además que, *las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba*, por consiguiente, la carga de la prueba le correspondía a Colpensiones.

Por otra parte, el a quo en el trámite procesal requirió a Nueva EPS información acerca del estado o histórico de incapacidades otorgadas a la demandante, entidad que, mediante comunicación del 20 de febrero de 2020 (fl.140), manifestó la inexistencia de algún registro sobre incapacidades transcritas o reconocidas a la actora, y advirtió que, sobre las incapacidades médicas anteriores al 1° de agosto de 2008 y presentadas ante el Instituto de Seguros Sociales EPS, sólo podrían ser certificadas por ésta última.

Lo anterior, quiere decir que, ante el supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, esta última conservó el expediente administrativo de la afiliada, respeto del cual la apoderada recurrente invita al Tribunal para que lo revise junto con las demás pruebas allegadas al plenario, para que de esta manera se acredite que, y conforme con la respuesta brindada por Nueva EPS, con anterioridad al mes de agosto de



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

2008 a la demandante no le asiste derecho al pago de mesadas, sin embargo, se advierte que se procedió en tal sentido sin encontrar prueba alguna que señale la existencia de incapacidades médicas otorgadas a la demandante, por lo menos, con posterioridad al 28 de febrero de 1999, data en que se estructuró la invalidez.

Aunado a lo anterior, y en gracia de discusión, al revisar el reporte de semanas que obra en el expediente administrativo de la señora Rodríguez, aparece que, el último periodo cotizado corresponde al mes de octubre de 1998, fecha anterior a la declaración de invalidez de la afiliada, incluso, tanto en la resolución de reconocimiento pensional del 3 de septiembre de 2015, como una decisión anterior, esto es, en la Resolución GNR223005 del 31 de agosto de 2013, la entidad motivó las mismas teniendo como último año de cotizaciones el año 1997, circunstancia que emerge como indicio que permite inferir la ausencia de una relación de trabajo que obligará al eventual empleador a afiliarse a la trabajadora y realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social Integral, para que de este vínculo jurídico se hicieran exigibles posibles incapacidades médicas temporales.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se menciona en el recurso la improcedencia a la condena por estos, en tanto que, la demandada desconocía si había o no incapacidades médicas a favor de la demandante, argumento que como ya quedó visto no resulta válido, y en tal orden de ideas, de todas maneras, la orden de pago por este concepto se confirmará teniendo en cuenta lo siguiente:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y



**Proceso Ordinario Laboral 17 – 2018 – 0079 – 01 DTE: MARIA ISABEL RODRIGUEZ CAICEDO
DDO: COLPENSIONES**

pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Ahora, si bien ha señalado la jurisprudencia respecto a las pensiones que fueron reconocidas en aplicación del régimen de transición, como es el caso, que estos no proceden por no encontrarse regidas en su totalidad por la Ley 100 de 1993; considera la Sala que debe tenerse en cuenta el principio de igualdad, el cual puede ser aplicado ante cualquier trato diferenciado entre las pensiones concedidas bajo la Ley 100 de 1993 y conforme el Acuerdo 049 de 1990, en donde aquellos no son aceptados para pensiones reconocidas bajo el régimen de transición.

Lo anterior, por cuanto se trata de personas que se encuentran en iguales circunstancias ya que son pensionados bajo el régimen de transición que se han visto afectados por la demora en el pago de sus pensiones después de haber cumplido los requisitos necesarios para adquirir el status pensional, por lo que considera la Sala debe darse un trato idéntico y en consecuencia, reconocer los intereses de mora para aquellas pensiones que son reconocidas con fundamento en el régimen de transición conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 .

En este caso, la demandante reclamó el cumplimiento de la sentencia que le dio el derecho, proferida por la Corte Constitucional el día 21 de octubre de 2014, Colpensiones contaba con cuatro meses para proceder no solo con el reconocimiento pensional, sino también con el pago de las mesadas conforme la orden judicial, resultando acertada la decisión del a quo en cuanto condenó por este concepto a partir del 21 de febrero de 2015, para que se liquiden mes a mes sobre cada una de las mesadas causadas y no



pagadas y hasta cuando se efectúe su pago, sin que su imposición devenga de un actuar de mala o buena fe como lo afirmó la recurrente, ya que su naturaleza es resarcitoria y no sancionatoria.

Por último, en cuanto a la prescripción, debe tenerse en cuenta que el derecho a la pensión de invalidez que disfruta la demandante emergió de la sentencia proferida por la Corte Constitucional T-566 del 29 de julio de 2014; que la actora elevó reclamación el 21 de octubre de 2014, siendo expedido el acto administrativo de reconocimiento el 3 de septiembre de 2015 el que fue notificado el día 15 de igual mes y año (fl.72), y que la demanda se interpuso el 20 de febrero de 2018, por lo que, conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, el fenómeno prescriptivo no operó en este caso.

En cuanto a la condena en costas, la recurrente considera su improcedencia y en un monto exagerado; sobre lo primero, basta con recordar lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, en cuanto que se impondrán a la parte vencida en el proceso, y en cuanto lo segundo, conforme el artículo 366 *ibidem*, esta no es la oportunidad procesal para intentar desvirtuar su monto.

Con todo, la decisión de primera instancia será confirmada por las razones antes expuestas.

Sin costas en esta instancia.

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



R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada, 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

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 15 2019 427 01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA STELLA RUIZ DE RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 13 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quince laboral del Circuito de Bogotá, dando aplicación al Grado Jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora, se decrete la nulidad del traslado de la señora GLORIA STELLA RUIZ RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR SA, con efectividad el 23 de noviembre del 2001 ante la omisión de este fondo del deber de informar a la demandante con



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

prudencia, pericia y de manera clara y completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad los riesgos beneficios y desventajas. Como consecuencia de lo anterior se condene a la AFP PORVENIR S.A. A restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado, así como cualquier concepto por el que PORVENIR S.A. hubiere recibido ingresos. Que se condene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la actora y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada a PORVENIR SA. Que se condene a la demandada PORVENIR S.A. al pago de los perjuicios ocasionados debido a la omisión de información que se condene a las demandadas al pago de las costas y al pago de las agencias en derecho. (fl.-4-5)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 12 de abril de 1.957 y estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 23 de noviembre de 2001, fecha en la que se trasladó a PORVENIR S.A.
- Que al momento del traslado de régimen no fue asesorada ni asesorada por el fondo de pensiones de manera transparente, completa, clara y eficaz, oportuna, adecuada y suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones las prestaciones económicas que obtendrían el régimen de ahorro individual con solidaridad los beneficios riesgos desventajas inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.
- Qué porvenir al momento del traslado de régimen pensional de la demandante no la asesoró respecto al régimen que más le convenía



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

teniendo en cuenta entre otras cosas su historia laboral edad tiempo que lleva cotizando y laborando.

- Qué porvenir SA al momento del traslado del régimen pensional no le informó todo el aporte mensual que hiciera iría a su cuenta de ahorro individual y que parte de ese se destinaría al pago de las primas de seguros, para atender las pensiones de invalidez y sobrevivencia la asesoría en la contratación de renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen y cómo influiría todo esto en su pensión.
- Que no le informó que el monto de su pensión en este régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios.
- Que no le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Que elevó solicitudes en las que petitionó la nulidad del traslado efectuado pero las mismas le fueron negadas. (fl.- 2-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 2, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 76-83).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 3, 14 y 16, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 102-127).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 13 de octubre de 2020, resolvió:

Primero: declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante el día 23 de noviembre del año 2001 coma del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la administradora PORVENIR, y como consecuencia de lo anterior, ordenar al fondo PORVENIR, trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual de la señora demandante del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES a esta, que reciba dichos recursos, reactive de la filiación de la señora demandante y acredite estos como semanas efectivamente cotizados como teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado especialmente en cuanto a que no pierde su régimen de transición, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Absolver a PORVENIR de la pretensión en relación del reconocimiento a favor de la actora de los perjuicios Morales, según se expresó.

TERCERO no condenar en costas a favor o en contra de ninguna de las partes como conforme a lo que puesto en la parte motiva.

CUARTO si la providencia no fuera impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES remitir las diligencias al superior para efectos de que se Revise en grado jurisdiccional de consulta con respecto a COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando en síntesis que el deber de información, se había explicado en línea jurisprudencial proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señalando que la carga probatoria respecto de la información que debía darse al afiliado, le correspondía a la Administradora Pensional, que si bien dichos pronunciamientos estudiaban casos de personas beneficiarias del régimen de transición, también se había indicado que se debía estudiar cada caso particular a efectos de determinar si había lugar a declarar la nulidad de traslado por falta de información, con independencia de si el afiliado o no era beneficiario del régimen de transición.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Afirmó que, le correspondía a la entidad demandada acreditar que había cumplido con el deber del buen consejo e información al respecto, que el formulario de afiliación no demostraba que la asesoría brindada fuera de manera integral como lo señalaban los principios del sistema de seguridad social, habiendo lugar a declarar la nulidad del traslado efectuado por la actora.

Declaró no probada la excepción de prescripción señalando que la acción recaía sobre los derechos de naturaleza pensional, siendo estos imprescriptibles y negó la condena solicita en cuanto a la indemnización por perjuicios morales en los términos antes señalados.

Como quiera que contra la anterior decisión no se interpuso recurso alguno, ordenó remitir el expediente en grado jurisdiccional de consulta

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, procede la Sala a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA STELLA RUIZ DE RODRIGUEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

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

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2019 427 01 Dte: GLORIA STELLA RUIZ
DE RODRIGUEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

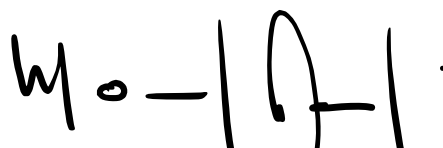
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIERREZ VS
ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION
SA RAD N° 14-2018-661-01**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada PROTECCIÓN SA contra el auto proferido por la Juez 14 Laboral del Circuito de Bogotá el día veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud declaró no probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario.

HECHOS

La señora BEATRIZ ELENA CARVAJAL GUTIERREZ instauró demanda en contra de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN SA, para que se declare la NULIDAD de la afiliación por vicio del consentimiento, así entonces de declare la ineficacia del traslado al RAIS, realizado por la actora. (Ver Expediente Digital).

Una vez admitida la demanda, la entidad demandada PROTECCIÓN SA la contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario.

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente:”....Vamos a decidir entonces esta excepción previa que efectivamente se encuentra indicada dentro del artículo 100 del código general del proceso, aplicable por remisión al estatuto procedimental laboral y repito se trata de la falta de integración del litisconsorcio necesario, esto por pasiva, lo que solicita básicamente la administradora de pensiones protección s.a., es que se integre el contradictorio, teniendo como demandada a la nación, ministerio de hacienda y crédito público, oficina de bonos pensionales. Al respecto debemos recordar que el artículo 61 del código general del proceso es el que regula la figura del litisconsorcio necesario y allí se establece que cuando el proceso verse sobre las relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas ellas o dirigirse contra todas ellas, que si no se hiciere de esa manera, el juez incluso está en la obligación de manera oficiosa de integrar el contradictorio, esto en la medida que para que hablemos de un litisconsorcio de carácter necesario es imposible resolver el fondo del asunto sin la comparecencia de todas esas personas. Al respecto y en lo que tiene que ver en este tipo de procesos de solicitud de declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, donde a juicio de protección s.a. se debe convocar a la nación, ministerio de hacienda, oficina de bonos pensionales, debemos precisar que la nación, ministerio de hacienda, en ningún momento intervino en el perfeccionamiento del negocio jurídico que se pretende dejar sin efecto, y en esa medida, para esta falladora la intervención de la nación, ministerio de hacienda, no resulta necesaria. Ahora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 del decreto 1315 de 1998, que modifica a su vez el artículo 48 del decreto 748 de 1995, corresponde es a las administradoras de pensiones adelantar el proceso o el trámite de solicitud de bonos pensionales. No resulta cierto que el fallo que se tenga que dictar en este asunto contenga una orden en contra del ministerio en cuestión, pues en los múltiples pronunciamientos que se han efectuado, tanto por la sala laboral de la corte suprema de justicia, como por los tribunales superiores de distrito judicial y diferentes juzgados laborales de este país, la orden siempre ha estado dirigida en lo que tiene que ver con el traslado de fondos a las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, correspondiéndole entonces en su momento y de ser el caso a los fondos de pensiones adelantar los trámites administrativos que haya lugar ante la oficina de bonos pensionales. Estas razones son más que suficientes para declarar no probada la excepción previa propuesta por la sociedad demandada, disponer la continuación del trámite procesal y ante las resultas o ante el fracaso de este medio exceptivo previo propuesto, se condenará en costas a protección s.a. en favor de la demandante. Se fija como agencias en derecho suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. Esta decisión les queda notificada en estrados...”

Inconforme con esta decisión la apoderada de PROTECCIÓN interpuso recurso así: “..De acuerdo con el auto que usted acaba de proferir, de forma respetuosa y de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, me permito interponer y sustentar recurso de reposición y en subsidio apelación frente a este auto de no vinculación dentro del proceso al ministerio de hacienda y crédito público a través de la oficina de bonos pensionales y la condena, con base en los siguientes argumentos: **debe ordenarse esta vinculación, señora juez, en**

subsidio honorables magistrados, toda vez que la nación ya emitió el bono pensional en favor de la demandante, el cual hará parte del capital a través de que se financiará la pensión de vejez de la señora Beatriz. Integración de la litis de dicha entidad es fundamental en este caso, ya que el haber emitido la obp el bono pensional en favor de la señora Beatriz este dinero es con el cual se financiará la pensión de vejez y se redimirá en su momento, lo que significa que al anularse la afiliación de ella en el régimen de ahorro individual, igualmente debe anularse el bono pensional y el cupón que integra, se integra a cargo de Colpensiones, razón por la cual dicha entidad tiene un interés directo en las resultas de juicio. Adicionalmente debe ponerse de presente que los bonos pensionales son títulos de deuda pública a cargo de la nación, títulos que reciben quienes se trasladan del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y que constituyen un reconocimiento económico por las cotizaciones efectuadas al iss o a cualquiera otra entidad que administraban pensiones con anterioridad a la afiliación al rais. En otras palabras, es la materialización en dinero de las semanas cotizadas con el que el beneficiario, asumiendo como cargo del patrimonio del estado colombiano. Por consiguiente, en el evento en que se declarara dentro de este proceso nulidad o ineficacia de la afiliación y no se ordene la anulación del bono pensional, algo que solo pude realizar la obp bajo la orden judicial y emitiendo una resolución, claramente constituiría un detrimento del erario público y un enriquecimiento sin justa causa, en la medida en que esa mismas semanas emitidas a través del bono pensional tendrían que tomarse en cuenta de nuevo para liquidar la pensión en el régimen de prima media, lo que significa un doble pago por el mismo concepto. De ahí la importancia de integrar al ministerio de hacienda y crédito público como garante del patrimonio estatal, para que sea dicha entidad quien vele por esos recursos del estado y esos no se vean afectados con los resueltos dentro de este proceso. Además, por cuanto el dinero representativo en este bono no tendría una destinación específica, ni puede servir de soporte para pagar una pensión de vejez a la demandante, ya que en el régimen de prima media la pensión no se paga con base en el capital ni puede integrarse en una eventual cuenta de la beneficiaria, la cual no existe en el régimen de prima media. Por lo que podría ser objeto de aprobación por parte de terceros. Así las cosas, dejo sustentado el recurso solicitando la integración de la oficina de bonos pensionales del ministerio de hacienda y crédito público....”

CONSIDERACIONES

El artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en

el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el sub-lite se observa que lo reclamado en esta demanda es simplemente la NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad pretensiones que tal y como señaló la Juez pueden ser resueltas sin la comparecencia de la Nación como pretende la demandada PROTECCIÓN, y todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura establecida en el art 61 del CGP, y se limitan a hacer una serie de suposiciones sobre un supuesto derecho pensional, que solo puede ser supuesto, porque no se discute aún; luego no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme, es decir claro resulta que nada podría decidir la Juez bajo suposiciones como las que hace la apoderada. Siendo ello así; para la definición de las pretensiones principales del proceso relativas a la nulidad y/o ineficacia **no es necesaria la intervención de las entidades auditoras y asesoras, pues sin ellas se puede producir una sentencia de fondo.**

De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a integrar el litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza del asunto permite la definición del mismo mediante sentencia de fondo, sin necesidad de vincular obligatoriamente a la NACIÓN.

Insiste la Sala para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo,** lo que no sucede, reiterando que la

demandada funge válidamente como parte pasiva de la relación jurídica procesal, sin que el no llamar a la entidad que se señala como necesarias impida una decisión de fondo.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo, por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto materia de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de dos salarios mínimos legales vigentes, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE



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

PROCESO ORDINARIO No. 14-2017-0747-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JAUREGUI GARCÍA MEDINA

DEMANDADOS: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como Administradora del Fondo Nacional del Café; ASESORES EN DERECHO S.A.S., en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA; FIDUPREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo – PANFLOTA; LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. DANIEL ANDRES RODRÍGUEZ MORALES identificado con C.C. 80.129.372 y T.P. 138.770 del C.S. de la J., en calidad de apoderado de la demandada Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera y administradora del PAR PANFLOTA, en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.



En Bogotá, a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de diciembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior tanto la parte demandante como las demandadas: Asesores en Derecho S.A.S., Federación Nacional de Cafeteros y Fiduciaria la Previsora S.A., como vocera y administradora del PAR PANFLOTA presentaron escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto.

ANTECEDENTES

El señor Jauregui García Medina por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.; que se CONDENE a la sociedad ASESORES EN DERECHO S.A.S. a reconocer la pensión de jubilación de manera indexada a partir del 3 de octubre de 2010, conforme el tiempo laborado en porcentaje del 63.58% del promedio salarial del último



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

año de servicios en cumplimiento a la Convención Colectiva de Trabajo en concordancia con el artículo 260 del CST, junto con los aumentos legales, perjuicios materiales y morales conforme el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 por el no pago de las mesadas pensionales, e intereses de mora conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó se condene a la Federación Nacional de Cafeteros y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público al reconocimiento pensional, junto con la indemnización conforme el artículo 8 de la Ley 10 de 1972 por el no pago de la mesada pensional.

Señaló que pretende subsidiariamente de las peticiones subsidiarias (sic) se condene a la Fiduciaria la Previsora S.A., o a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia o al Ministerio de Hacienda y Crédito Público al reajuste debidamente indexado de la pensión de jubilación, junto con los aumentos legales e indexación, conforme la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con la Flota Mercante Gran Colombiana y UNIMAR y no conforme la Ley 100 de 1993.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar en síntesis y en lo que refiere a la situación específica del demandante que, laboró al servicio de la Flota Mercante Grancolombiana S.A., mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de diciembre de 1972 hasta el 21 de junio de 1990, que no laboró 59 días por participar en la huelga de 1981, 8 días de suspensión y 223 días de licencia sin sueldo, para un total de 6.104 días laborados; que suscribió conciliación con la Flota ante el Juzgado 8 Laboral



del Circuito de Bogotá el 3 de julio de 1990, manifestando que contaba con el tiempo faltando solo el requisito de edad para el disfrute de la pensión de jubilación que corresponde a 60 años; que el aviso de retiro fue el 22 de junio de 1990; que la convención colectiva del 21 de mayo 1988 estaba vigente al momento del retiro del trabajador; que era miembro de la Unión de Trabajadores de la Industria del Transporte Marítimo y Fluvial – UNIMAR, que el último cargo fue el de primer camarero; que el salario promedio de liquidación fue de 965,84 dólares o su equivalente a \$482.504 vigentes para el 21 de junio de 1990; que conforme la liquidación realizada ante el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de julio de 1990 el liquidador de la extinta Flota Mercante mediante Resolución 58 del 30 de diciembre de 2011 le reconoció pensión proporcional de jubilación en cuantía inicial de \$1.082.594 a partir del 3 de octubre de 2011, en un porcentaje del 62.68%, manifestó que debió ser calculada conforme el artículo 260 del CST y la Convención Colectiva de Trabajo, que no puede ser liquidada conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o promedio de los últimos 10 años, que es beneficiario del régimen de transición, que la pensión fue reconocida sin previa indexación de la primera mesada pensional, que el porcentaje a tener cuenta debe ser de 63.58%, que el último salario debidamente indexado corresponde a \$5.370.632,89, correspondiendo una mesada por un valor inicial de \$3.414.648 al 4 de octubre de 2010 de acuerdo con los cálculos aportados, que solicitó el pago de la prestación ante las convocadas, de las que afirma causaron perjuicios morales y materiales al actor ante la falta de pago de la mesada pensional conforme lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto los hechos, aceptó el enlistado en el numeral 2.7, y no constarle o no aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó integrar como litis consorcio necesario a Colpensiones; indebida vinculación del Ministerio de Hacienda; inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda y falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva.

La Fiduciaria La Previsora S.A., como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota contestó la demanda sin oposición a las pretensiones enlistadas en los numerales 4, 8, 9, 12, 13, y se opuso a las demás. En cuanto a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1.29, 1.30, 1.33 a 1.37, 1.39 a 1.42, 2.33, 2.35, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó cosa juzgada, SuperSociedades determinó responsabilidad del P.A. Panflota; aplicación del principio de confianza legítima, improcedencia de la indemnización la doctrina probable no tiene efectos retroactivos; el P.A. Panflota no es responsable de obligaciones dinerarias; inexistencia de sustitución patronal; inexistencia de sucesión procesal; cosa no debida; indebida abrogación de potestad legal; indebida pericia sobre perjuicios; inexigibilidad de la prestación; autonomía de las estipulaciones del contrato de fiducia mercantil; falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; inexistencia y falta de pruebas de los perjuicios morales y materiales y prescripción.



La Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1.1 a 1.4, 1.6, 1.9, 1.25, y no aceptó los demás por no ser ciertos y no constarle los mismos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia; inexistencia de la obligación; buena fe; falta de legitimación de la causa, prescripción, pago y compensación.

Asesores en Derecho S.A.S., contestó la demanda con oposición a las pretensiones enlistadas en los numerales 2, 4 a 7, 10 y 14 y no se opuso a las demás; en cuanto a los hechos aceptó el 1.11, 1.27, 1.30, 1.34 a 1.43, 2.1, 2.4. a 2.7, 2.15, 2.20 a 2.22, 2.35 y 2.42. Como excepciones de mérito formuló las que denominó improcedencia de indexación de ingreso base de liquidación; improcedencia de pago de intereses moratorios; prescripción; buena fe e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió lo siguiente:

(...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a las convocadas a juicio FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del Fondo Nacional del Café; ASESORES EN DERECHO S.A.S. en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA; FIDUPREVISORA como vocera y administradora



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES – PANFLOTA y LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de las pretensiones incoadas en su contra atinentes a la reliquidación de pensión restringida de jubilación.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuestas por las demandadas con excepción de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, sobre el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 03 de octubre de 2010 y el 02 de octubre de 2011, como consecuencia ABSOLVERLAS de esta pretensión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante por haber sido vencida en juicio. En oportunidad se tasarán.

CUARTO: En el evento de no apelarse esta decisión, se ORDENA consultar con el Superior.

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, en síntesis, al señalar lo siguiente:

“Que en primer lugar debe tenerse en cuenta que lo pretendido principalmente correspondió al pago de una pensión de jubilación indexada a partir del 3 de octubre de 2010 conforme lo previsto en el artículo 260 del CST y la Convención Colectiva de Trabajo, lo que remitiría al análisis de la pensión mensual vitalicia de jubilación o vejez, o plena de jubilación que establecía dicha norma y que exigía 20 años continuos o discontinuos y 55 años de edad en el caso de los varones, pedimento que así formulado riñe con los supuestos facticos que sirvieron de fundamento ya que estos aluden a un tiempo de servicios inferior a los 20 años y la exigibilidad de la prestación a los 60 años de edad, aunado a que ya se reconoció la pensión jubilatoria aunque en porcentaje, IBL y fecha de causación que no correspondían lo que conduce a concluir que lo que se deprecia, pese a la irregularidad de la demanda, no es el reconocimiento de la pensión ordinaria o plena sino la reliquidación de una pensión restringida de jubilación, pero pese al defecto, de los hechos se entiende la voluntad del dte.

Que no fue objeto de discusión que el dte trabajador para la flota mercante en el cargo de camarero desde el 15 de diciembre del 72 hasta el 21 de junio de 1990 con 290 días entre licencias y suspensiones para un tiempo efectivo de servicios de 6104 días equivalentes a 17 años, 6 meses, y 6 días, contrato que terminó por renuncia del trabajador, como consta en la copia de la liquidación final de acreencias a folio 444 y



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

aviso de retiro del trabajador a folio 375; que el trabajador fue beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo y laudos arbitrales conforme certificación que obra a folio 440 expedida por el presidente del sindicato; que se encuentra probado la suscripción de acta de conciliación en la que se estipuló la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y pactaron el reconocimiento y pago de una pensión restringida de jubilación cuando el dte tuviera 60 años a folio 372, y copia de cédula que obra a folio 356 se acredita que el demandante nació el 3 de octubre de 1950; que con la resolución 58 del 30 de diciembre de 2011 a folio 442 se demuestra que la CFM en liquidación reconoció pensión de jubilación a partir del 3 de octubre de 2011 en cuantía inicial de \$1.082.594.

Que para el juzgado la pretensión consiste en que, pese a que fue reconocida la pensión restringida de jubilación para su liquidación calculó el IBL en la forma prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no conforme la disposición normativa que regulaba este derecho concordante con las normas convencionales que resultaban aplicables al actor por ser beneficiario de los convenios colectivos, por lo que fijó el problema jurídico en: si hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión restringida de jubilación reconocida al actor, a modificar su fecha de causación, calculando el IBL en la forma aducida por el dte en su escrito de demanda o si por el contrario la manera en que lo hizo la dda ajusta a derecho.

Que en el acuerdo conciliatorio la empresa admitió que el dte cumplía con el tiempo de servicios para acceder a la pensión de jubilación, lo que quedaba supeditado al cumplimiento de los 60 años de edad, es evidente que hizo mención a la pensión prevista en el artículo 267 del CST, modificado por el artículo 8 de la ley 171 de 1961 ya que establece el derecho cuando el trabajador se retira voluntariamente después de 15 años de servicios y cumple 60 años de edad, y es con fundamento en dicha disposición que debe resolverse esta controversia.

Que esa norma dispuso sobre la manera de calcular la pensión restringida que la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de haber cumplido con los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del CST y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios; que el dte se beneficiaba del laudo arbitral que resolvió un conflicto colectivo de trabajo entre unimar y la flota el 16 de julio de 1977 folio 407, cuyas disposiciones quedaron incorporadas en la convención colectiva vigente entre mayo del 88 y mayo del 91 conforme la cláusula décima folio 437, la que regía para el momento de la terminación del contrato, que decía que: las pensiones de invalidez cuyo derecho se cause a partir del 1 de agosto de 1977 a cargo de la flota se liquidaran con estricta sujeción a los límites que fijen las normas en moneda colombiana con base en el promedio de salario devengado en los últimos 12 meses de servicios prestados efectivamente. Que la pensión restringida de jubilación que le fue reconocida en el acta de conciliación del 3 de julio de 1990 quedó sujeta su exigibilidad al cumplimiento de los 60 años, y debía liquidarse en los términos del citado artículo 267 del CST, ya que hicieron clara referencia a las disposiciones legales pertinentes, esto es, con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios o últimos 12 meses de servicios prestados efectivamente, por consiguiente, desconoció la CFM, al momento de hacerse exigible el derecho, no solo la disposición legal vigente sino la estipulación convencional que regulaba la materia para ese entonces, ya que procedió a liquidar la pensión restringida con base en el promedio salarial de los últimos años de servicio como consta en el folio 444 denominado proyecto de liquidación pensión jubilación, desconociendo que esa manera de calcular el IBL de las pensiones fue introducido por la Ley 100 de 1993,



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

es decir, con posterioridad a la fecha en que el dte causó e derecho a la pensión restringida de jubilación en 1990, y sin que pueda admitirse que como cumplió los 60 años en su vigencia el 3 de octubre de 2010, la regulación aplicable era esa ley, ya que no siendo la edad un elemento de causación el mismo se consolidó antes de su vigencia, por lo que se trataba de un derecho adquirido y no de una mera expectativa y por tanto no podía definir su situación pensional, pues de aceptarlo se vulneraría el artículo 16 del CST y el artículo 11 de la Ley 100 sobre derechos adquiridos.

Que el dte por haber cumplido los 60 años el 3 de octubre de 2010 y haber laborado mas de 17 años, que conforme el artículo 8 de la ley 171 de 1961 el actor es acreedor a la pensión restringida de jubilación, pero desde el día 3 de octubre de 2010 y no desde el 2011 como quedó en la resolución de reconocimiento.

Que sobre el monto de la pensión debe ser proporcional al monto de la que le correspondería por pensión plena de jubilación, 75%, que verificadas las operaciones aritméticas y teniendo en cuenta el tiempo laborado de 6104 días le corresponde un porcentaje del 63,58%.

Que sobre el IBL a tener en cuenta para la liquidación de la pensión restringida y que corresponde al promedio del salario devengado en los últimos 12 meses o último año de servicios se aduce en la demanda que ascendió conforme la convención colectiva y a la liquidación final de prestaciones sociales a 965,84 dólares, integrado así: salario básico mensual 399, prima de antigüedad 79,89, horas extras 225,82, alimento y alojamiento 216, viáticos 6,40, incidencia primas extralegales que 8.333 es salario, 293,43 dólares, valor que el juzgado no avala ya que incidencia salarial de las primas extralegales de servicios en 8.333% que tenía su fuente normativa en el laudo arbitral, el cual no fue incorporado al proceso.

Que se señala un salario básico de 399 dólares lo cual no corresponde para la convención colectiva vigente para el año de terminación del contrato, si se tiene en cuenta que el último año de servicios comprende el periodo de 21 de junio de 1989 al 22 de junio de 1990, y conforme la clausula 21 de la convención este tenía tres años de vigencia estableciéndose salarios básicos distintos para cada uno de ellos, que si se observa el último año de servicios corresponde entre el segundo y tercer año de vigencia de la convención colectiva que señalan sueldos básicos distintos, es decir, que del 21 de junio al 20 de mayo de 1990, segundo año de vigencia de la convención, el sueldo básico del dte ascendía a 376 dólares, y de 21 de mayo a 22 de junio de 1990 el sueldo ascendía a 399 dólares.

Que la liquidación que aportó a folio 441 registra los valores devengados por el dte durante el lapso laborado en 1990, del 1 de enero al 22 de junio de 1990. Por concepto de sueldos conforme la cláusula primera de la convención en total de 2.179,50 dólares, prima de antigüedad 479,49, alimentación y alojamiento 1.191,07, extras 1.354,89, viáticos 76,79, obteniéndose un ingreso total de 5.281,74 dólares del 1 de enero al 22 de junio de 1990, no obstante, brilla por su ausencia la liquidación de valores devengados durante el año 89, entre el 21 de junio a 30 de diciembre de 1989, sin embargo, ello no es óbice para determinar el valor de los sueldos básicos y partida de alimentación, remitiéndose a la clausula primera y 15 de la convención en cuanto que para el cargo de primer camarero se estableció, en el segundo año de vigencia de la convención como sueldo básico la suma de 376 dólares y por salario en especie 212, prima de antigüedad del 22%, luego entonces hecho los cálculos el actor devengó por concepto de sueldos en ese lapso la suma de 2.368,80 y por concepto de alimentación y alojamiento 1335,60, prima de antigüedad 521, (no se escuchó¿?), según lo que se logra acreditar.

Que el salario del actor en el último año de servicios del 21 de junio de 1989 a junio 22 de 1990 ascendió a 9.507,27 dólares de lo que se obtiene un promedio mensual



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

de 792,27 dólares, que teniendo en cuenta el cambio oficial del dólar vigente para el momento en que se hace exigible la obligación para el 3 de octubre de 2010 se cotizaba en suma de \$1.808,46, que en pesos colombianos el último salario promedio devengado por el demandante ascendió a \$1.432.788,60 que aplicada una tasa de reemplazo del 63.58% asciende a \$910.966,99 la pensión a partir del 3 de octubre de 2010, que con el incremento legal para 2011 asciende a \$939.855,78 lo que quiere decir que no hay lugar a la reliquidación pretendida porque la pensión fue reconocida en \$1.082.594.

Pero lo que si tiene lugar es ordenar el reconocimiento y pago de mesadas causadas entre el 3 de octubre de 2010 y 2 de octubre de 2011 ya que el reconocimiento se hizo por la demandada a partir de esa fecha, siendo que los 60 años los había cumplido el 3 de octubre de 2010, por lo que se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda ordenando el pago del retroactivo por tales mesadas que liquidado asciende a \$13.013.986,11.

Que sobre la indexación de la base salarial el juzgado acatando a una línea jurisprudencial de la sala de casación laboral se negará porque el efecto de inflación en el poder adquisitivo de la pensión resta mediante la conversión del valor de la mesada de dólares americanos a pesos colombianos, así se pronunció la sala en sentencia SL 4975 de 2018.

Sobre la excepción de prescripción, que al tratarse de pensiones el derecho no prescribe sino lo que se afecta son las mesadas o retroactivo que se dejen de cobrar dentro del plazo trienal, que en este caso el derecho pensional se reconoció mediante la Resolución 58 de 2011 sin que se hubiere aportado constancia de notificación de dicho acto, luego a partir de esa expedición cobró exigibilidad la obligación de pago de retroactivo de mesadas causadas entre el 3 de octubre de 2010 y el 2 de octubre de 2011, la solicitud de reconocimiento y pago del retroactivo se formuló a la Federación Nacional de Cafeteros el 26 de mayo de 2017 folio 447; Asesores en Derecho, el mismo día folio 448, fiduciaria la previsorora el mismo día folio 449; y el Ministerio de Hacienda 02 de junio de 2017 folio 450. Que, si el derecho al pago del retroactivo se hizo exigible el 30 de diciembre de 2011 con la expedición de la resolución 58, quiere decir que el reclamo fue por fuera del término trienal, pues tenía hasta el 30 de diciembre de 2014 y solo se hizo hasta el año 2017, lo que permite concluir que al momento de incoar la acción para el cobro de esas mesadas ya estaba cobijada por el fenómeno jurídico de la prescripción. Que esta decisión releva al juzgado de establecer quien estaría obligado al pago.

Quedan resueltas las pretensiones de la demanda. Costas a cargo del demandante.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Que en primer lugar la demandada Fiduprevisora que es la que debió haber aportado la hoja de vida, no lo hizo, y con ello hoy se beneficia de no haberlo hecho, es claro que aironmontan quien es su cedente en el contrato a la cual le cumple ordenes no aportó la hoja de vida, pero con las pruebas aportadas al plenario, vamos a establecer las razones por las cuales debe ser revocada la sentencia; lo primero a establecer es que en el proyecto de liquidación se dejó claro que los valores



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

supuestamente devengados durante los últimos 10 años y eso da un valor de 104.695,95 dólares, ahora, para rebobinar el tema de los salarios devengados por el actor, debemos remitirnos a qué componente salariales tenía derecho, tenía derecho a un sueldo básico que está establecido en el contrato en la cláusula segunda literal a, que era modificado tal y como lo comprobó la convención colectiva, tenía una prima de antigüedad que para el primer día del tercer año era del 5%, el primer día del quinto año el 10% y por los años laborados por el dte obviamente tenía el 22% que anualmente se incrementaba en 1%; tenía también una sobre remuneración y horas extras y ello porque tenía un trabajo ajeno, precisamente la liquidación que no esta aportada al plenario y que hizo el liquidador están los devengados durante el 1 de julio de 1980 al 1 de junio de 1990, allí establecieron y por eso ocultaron esa prueba fundamental con violación del debido proceso y hoy beneficiándose de la sentencia proferida por su despacho, se indica claramente los salarios que tuvo la prima de antigüedad, las vacaciones, el sobresueldo, la alimentación y alojamiento, las horas extras, los viáticos, que en total y para el caso del último año contrario a lo asegurado por el despacho en el último año entró 4.512 dólares para una prima de antigüedad de 977,34, unas vacaciones 6016 dólares, un sobresueldo de 952,84 dólares, una alimentación de 2.544 dólares, unas horas extras de 4.790,38 y unos viáticos de 850 dólares, total devengado en el último año y contrario a lo asegurado por el despacho 20.642,5 dólares ello da un salario real de 1.720 más las primas extralegales de servicio 143 para un salario total de 1.873,27, esta prueba la ocultó deliberadamente las demandadas para que no se supiera lo que realmente devengaba el trabajador; que el plenario esta aportado que aironmontan indica que solamente aporta la hoja de vida por orden judicial o por orden de la fiduprevisora y esta no le dio la orden de aportar la hoja de vida; que como se explicaba del salario bien definido por el juzgado la prima de antigüedad también, se le olvidó las vacaciones que es un periodo en el que no se devenga sino salario y alimentación y alojamiento y olvida las horas extras, este era un camarero que tenía que laborar de lunes a lunes, trabajaba dominicales y festivos, 365 días al año, tal y como está probado en la hoja de vida, por ello siempre laboró las horas extras dominicales y festivos, los cuales esta probado en la hoja de vida, por eso no la aportaron al plenario, con eso se daría un salario totalmente diferente que sería casi el doble de lo que se estipuló, precisamente una de las cosas que se puede revisar del proyecto de la liquidación de la pensión de jubilación es que solamente tomaron los últimos 10 días, pero aun así tomado eso, indudablemente el salario es mayor, y por lo tanto esa resolución debió modificarse y así es que se solicita al honorable Tribunal que revoque la sentencia y en su lugar se le de el salario que corresponde en dólares a 1.873,27 con un porcentaje de 63.58 y realmente el salario es 1.184,67 dólares que multiplicado por los dólares de la época de junio de 1990 corresponde a \$592.500,85 que debidamente indexado debe ser la pensión de \$6.377.409,97; que es claro que la composición salarial los viáticos están contenidos en la cláusula quinta del contrato por eso es salario para las partes de acuerdo a esa cláusula y a la convención colectiva, las horas extras no tienen discusión, devengó dominicales y festivos y horas extras diurnas y nocturnas, recargo nocturno, además las primas extralegales se deben tener en cuenta precisamente en la parte posterior de la liquidación y que también ocultaron las demandadas esta claro el último salario que devengó el trabajador y la empresa atendiendo el numeral 1 del pacto de nueva york que es ley para las partes de acuerdo al laudo arbitral de 1981 y por eso la flota mercante lo tomaba como factor salarial para liquidar la pensión de jubilación y las prestaciones sociales por el 8.33%, contrario sería establecer que definitivamente no sería salario pero entonces se tendrían que tener en cuenta los tres salarios como lo dijo la Corte



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

recientemente que si no se estipula que la prima de servicios no es salario, es salario porque indudablemente es una prima extralegal y tal como lo dijo de vieja data la Corte las primas de servicio no se pueden incrementar por un laudo arbitral, precisamente en el plenario esta probado en el cuaderno 3 folio 270 a 293, 227 a 251 donde la Federación Nacional de Cafeteros en su peritazgo de viabilidad económica se duele de las primas extralegales de servicios incrementadas en 1973, ahí indica claramente que todos estos factores son salariales y que por eso es que la flota mercante en teoría se quebró, pero ahí establece y reconoce todos esos factores salariales como salario y reconoce que el trabajo ajeno que desempeñó en su último año el dte lo toma como salario y precisamente en esa liquidación que no está, lo determinan claramente, por eso los salarios que se debieron realmente establecer era como salario básico mensual el 399 y el 373 como lo estableció el juzgado, la prima de antigüedad 81,46, trabajo ajeno 501,33, sobresueldo 79,40, alojamiento 212 dólares, horas extras 399, viáticos 70,86 y 143 como prima de antigüedad. Que en la demanda se pretende que se pague la pensión desde el 03 de octubre de 2010 porque no se la han pagado, se equivoca el juzgado, que si bien le expidieron la resolución nunca se la pagaron, hoy en día no le han pagado la pensión pese el reconocimiento en la resolución, por eso es que la pretensión es clara desde el 03 de octubre de 2010 hasta la fecha real de su pago para que le paguen todas las mesadas pensionales adeudadas y que por mala fe no se le ha pagado la pensión a este señor con el contubernio de asesores y de la federación, dos y tres años duró el dte tratando que le reconocieran la pensión con la resolución en mano sin que eso fuera posible y precisamente porque no se puede iniciar un ejecutivo contra una entidad que ya no existe por eso es que se presenta esta demanda ordinaria para que la responsable subsidiaria que es la federación de cafeteros le reconozca la pensión desde el 03 de noviembre de 2010, que si estamos con una pensión de jubilación tendría que darse la indemnización del artículo 8 de la ley 10 de 1972 que es el doble porque es una pensión de jubilación, y que como las demandadas no lo han pagado tendrían que pagarlo, pero la nueva jurisprudencia de la Corte ha establecido que si proceden los intereses moratorios y que por ello debió condenarse a los intereses moratorios cambio jurisprudencial de septiembre de 2020, cita la sentencia SL4328 de 2018 radicación 58575. Que debe procederse al pago de todo el retroactivo desde el 2010 y hasta la fecha de su pago con los intereses moratorios, perjuicios están probados, el solo no recibir la pensión durante estos 10 años es un perjuicio que ha colocado en debilidad manifiesta al dte incluso con la ley 2055 y los derechos humanos es una clara violación de los ddhh más con el ocultamiento de las pruebas y el no haber allegado la hoja de prueba porque está probado que tendría que ser por orden judicial que se allegara la hoja de vida, pero indudablemente desisti porque consideré que en ese momento habían dicho que la hoja de vida estaba pero resulta que revisado el plenario no se encontraba.

Que la reclamación procede al revisar la sentencia SL3425 de 2020 rad. 76708, 2014 460 proferida por el juzgado 23, que allí se estableció la indexación lo establecido la conciliación que se daba con el dólar de la época del pago se tiene por no escrita porque violenta los derechos fundamentales del actor. Que la Corte Constitucional en la sentencia SU068 que la indexación es un derecho fundamental y por lo tanto el despacho debió haber efectuado la indexación hasta el 2010 fecha en que se causó y por eso cuando se indexa ese millón 184,67 dólares da una pensión de \$6.337.409,97 diferente al salario que tomó el despacho por no tener la hoja de vida y porque la indujeron a error, porque era de vital importancia, que si el despacho hubiese tenido el cálculo de la pensión hecho por el liquidador con todos los devengados de los últimos 10 años hubiera tenido claros los valores que hoy se



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

echan de menos y que con los que se están beneficiando y se están lucrando ilegalmente la federación al no tener que pagar una pensión como tiene que ser.

Que la federación debe responder como matriz y controlante basta recordar la SL3425 de las 2010 y 18 sentencias en las que se ratifican que la federación como administradora del fondo nacional del café es la matriz y controlante y debe responder por ese retroactivo pensional al que tiene derecho el demandante junto con los intereses moratorios del artículo 41 debidamente indexada desde el 03 de octubre de 2010 hasta la fecha de su pago.

Que el ministerio de hacienda por ser el dueño de la flota mercante, por ser el dueño de la cuenta parafiscal fondo nacional del café, y que a su vez es el dueño de la flota mercante grancolombiana debe estar dentro de esta demanda y no declararse esas excepciones por cuanto si desaparece el fondo nacional del café es el Estado quien deba responder por dicha acreencia laboral. En esos términos dejó sustentado el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta los puntos de inconformidad, que obedecen a los siguientes: **i)** sobre el salario y demás conceptos para tener en cuenta respecto de la liquidación inicial de la pensión, frente a lo cual resalta el hecho de que las demandadas ocultaron la hoja de vida del actor; **ii)** que al juzgado se le olvidó incluir en la liquidación que realizó los conceptos de vacaciones y horas extras, dominicales y festivos, al manifestar que el cargo del actor correspondía al de camarero y que por tanto laboraba de lunes a lunes, los 365 días del año, y que por esta razón le corresponde un salario muy distinto al determinado en el proceso, estimándolo casi en el doble; **iii)** solicita se revoque la sentencia y en su lugar se declare que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada pensional inicial en cuantía de \$6.377.409,97 conforme la liquidación de la que señala ocultaron las demandadas, debiendo ser parte del salario los conceptos como: viáticos, horas extras, dominicales, festivos, horas extras diurnas y nocturnas, recargos nocturnos y primas extralegales en las



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

sumas consignadas en ese documentos; **iv)** que pese a la resolución de la pensión, lo cierto es que la misma no se ha empezado a pagar, considerando que el juzgado se equivocó al estar clara la pretensión sobre el pago a partir del día 03 de octubre de 2010; **v)** que al tratarse de una pensión de jubilación tendría que pagarse la indemnización de que trata el artículo 8 de la Ley 10 de 1972, por falta de pago de la pensión, además de los intereses moratorios; **vi)** que debe pagarse la totalidad del retroactivo desde el año 2010, reiterando el pago de los intereses moratorios; **vii)** que debe accederse al reconocimiento y pago de perjuicios agregando que los mismos se encuentran probados al no haberse recibido el pago de la pensión durante 10 años, situación que califica como un perjuicio que ha puesto al actor en debilidad manifiesta conforme la Ley 2055 de 2020 y los “derechos humanos” tras el ocultamiento, recordando que desistió de la prueba documental de la hoja de vida del actor o liquidación pensional porque creyó que se encontraba incorporada en el proceso, pero que al revisar el plenario se dio cuenta que no; **viii)** que la indexación conforme el dólar se debe tener por no escrita porque vulnera los derechos fundamentales del actor, y que por tanto, el juzgado debió haber indexado la mesada inicial para el año 2010 o cuando se causó el derecho; **ix)** que si el juzgado hubiere tenido en cuenta el cálculo de la pensión hecho por el liquidador con todos los valores devengados en los últimos 10 años, se reconocería “una pensión como tiene que ser”; **x)** que la Federación Nacional de Cafeteros debe responder como matriz y controlante, por el retroactivo pensional, reiterando el pago de intereses moratorios e indexación desde el 03 de octubre de 2010 y hasta la fecha de pago; y **xi)** que respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al ser el dueño de la Flota Mercante y de la cuenta parafiscal – Fondo Nacional del Café – no deben declararse probadas las excepciones, ya que en su sentir si



desaparece dicho Fondo, el Estado es quien debe responder por esas acreencias laborales.

En primer lugar, frente a los conceptos salariales a tener en cuenta en punto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación, previamente es necesario remitirse al contenido del documento de conciliación suscrito por el actor y la ex empleadora la Flota Mercante Grancolombiana S.A, por medio de apoderado judicial, ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de julio de 1990 (fls.372 y 373), mediante el cual se dio por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, que dicho sea de paso, tuvo vigencia entre el 15 de diciembre de 1972 y el 21 de junio de 1990, sin pasar por el alto que, en ese interregno 59 días se destinaron a participar en la huelga de 1981, estuvo el actor suspendido 8 días y en licencias sin sueldo otros 223 días.

Que en lo que interesa a la decisión y a la situación propiamente pensional del demandante, en dicho acto conciliatorio se acordó lo siguiente:

(...)

“Por cuanto el extrabajador ha completado el tiempo de servicio para tener derecho a la pensión proporcional jubilatoria a cargo de la empresa y faltarle solamente cumplir los sesenta (60) años de edad, una vez que ella le sea (sic) demostrada se le comenzará a reconocer y pagar, teniendo en cuenta el cambio oficial del Banco de la República, vigente en el momento en el cual se configura la obligación, o sea cuando reúna los requisitos de edad y tiempo de servicio.”

(...)



Lo cita anterior resulta concordante con lo considerado por el a quo en el sentido de que, conforme a la literalidad del acuerdo pensional, estimó que la legislación aplicable al caso resulta ser el la Ley 171 de 1961 norma que a su vez no desconoce el alcance del derogado artículo 260 del CST, lo anterior quiere decir que, la naturaleza de la pensión proporcional de jubilación reconocida al promotor mediante Resolución N°58 del 30 de diciembre de 2011 (fl.443) por parte de la Flota Mercante – Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en ese entonces, en liquidación obligatoria, es de carácter legal.

Téngase en cuenta, que el retiro del demandante fue voluntario y por lo tanto, debe acudirse como acertadamente lo hizo la juez, al contenido de la Ley 171 de 1961, específicamente los incisos 2° y 3° de esa norma, que establecen lo siguiente:

(...)

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

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

(...)



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

En el caso del actor, no se encuentra en discusión que el tiempo de servicios efectivamente prestado a favor de la extinta Flota Mercante correspondió a 17 años, 6 meses y 6 días, y que su retiro fue voluntario, cumpliéndose así los presupuestos necesarios o requisitos exigidos en la norma en cita, aunado que la exigencia de la edad de sesenta (60) años lo suplió el 03 de octubre de 2010.

Sin embargo, lo que hace parte del recurso de apelación obedece a la cuantía de la prestación reconocida y demandada, y el salario a tener en cuenta en punto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación; en este punto, se resalta la constante insistencia del apoderado del demandante, tanto en la exposición de alegatos de instancia como en los plasmados en el escrito allegado a esta Corporación en igual sentido, y que se reitera en la alzada, sobre la validez del medio probatorio documental de hoja de vida o liquidación de la pensión del actor, que por cierto el apoderado no fue claro en el contenido del mismo, puesto que solo se limita a señalar que las demandadas “deliberadamente” ocultaron esa prueba.

Frente a lo anterior, valga indicar que, a folio 507 del plenario en el acápite correspondiente denominado *documental en poder de las demandadas*, el apoderado del demandante solicitó que *las demandadas* aportaran con la contestación de la demanda, entre otros documentos, *copia de la hoja de vida del trabajador que incluya hoja Kardex, contrato de trabajo, conciliación, liquidación final de prestaciones sociales, nóminas, sabanas semestrales de la liquidación de la prima de servicios que incluyen todos los factores salariales que devengaba el extrabajador, por el tiempo prestado por el señor JAUREGUI GARCÍA MEDINA en la FLOTA MERCANTE*



GRANCOLOMBIANA S.A., para que obren como pruebas en el proceso en los documentos de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., no obstante, independientemente si las convocadas procedieron a ello o no, lo cierto es que el mismo apoderado con oportunidad de la audiencia de práctica de pruebas llevada a cabo el día 11 de diciembre de 2019 (fls.1300 a 1302), entre líneas, sobre esos medios probatorios documentales manifestó lo siguiente:

(...)

“...que sabemos la importancia de la hoja de vida para el proceso, sin embargo, vemos con gran preocupación que la Federación no ha dado los dineros para que el Patrimonio Autónomo no le pague al tercero que tiene el archivo y por lo tanto, no están facilitando las hojas de vida a los procesos, esto para entorpecer los procesos y dilatarlos por lo tanto considera esta parte que con la liquidación final de prestaciones sociales que se determina el último salario con el cual se debe determinar la pensión de jubilación del actor, está la resolución que profirió el liquidador en su momento donde determinó cual era la pensión de jubilación, y está el acta de conciliación con la cual se finiquitó el contrato de trabajo y se determinó que tenía una pensión proporcional a los 60 años, considero que están los elementos para no dilatar más el proceso porque es una persona que hace 9 años debió estar pensionada y no está pensionada por las dilatorias tanto de Asesores en Derecho como la Fiduprevisora, como de la Federación Nacional de Cafeteros, por lo tanto yo dejo esa prueba en “vaivén”, me he dado cuenta que la Corte Suprema cuando ha requerido la hoja de vida en algunos casos de la Flota la ha solicitado, por lo tanto, para mí, los documentos con los cuales la doctora puede fallar que en derecho corresponda están dentro del proceso”.

(...)

Por lo así manifestado por el litigante, la juez a quo acogiendo la voluntad del apoderado, y teniendo en cuenta que la parte actora era quien había solicitado la hoja de vida del actor, es por lo que consideró no dirigir



requerimiento alguno a la entidad encargada del archivo administrativo de los trabajadores de la extinta Flota Mercante, frente a lo cual la Sala aclara que, aunque no hubo un claro acto de desistimiento de las pruebas en poder de las demandadas en la manera consignada en la demanda (fl.507), lo cierto es que, el mencionado apoderado no insistió en las mismas y por el contrario manifestó al juzgado la falta de su necesidad al concluir que el proceso estaba nutrido con el acervo probatorio suficiente.

Así las cosas, no resulta de recibo las apreciaciones del apoderado del demandante en el sentido de pronunciar juicios en contra de las entidades demandadas por el hecho que éstas no allegaron los documentos solicitados en la demanda, siendo que, por un lado, como quedó visto, su desinterés en tales medios probatorios no partió precisamente de una evidente reticencia en tal sentido por parte de aquellas, sino que por el contrario, lo fue al considerar que con las pruebas obrantes en el proceso podía darse paso al estudio de sus pretensiones, y por otro lado, tal circunstancia fue avalada por el juzgado sin que se observe inconformidad alguna para ese momento procesal por parte del hoy recurrente.

Ahora bien, superado el anterior paréntesis y retomando el discurso argumentativo frente al primer punto de apelación, el que consiste en la inconformidad sobre la cuantía de la prestación reconocida y demandada, y el salario a tener en cuenta en punto a la determinación del Ingreso Base de Liquidación, el supuesto de hecho del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 a tener en cuenta se centra en el retiro voluntario del demandante, que, éste para ese momento contaba con más de 15 años de servicios a favor de la Flota Mercante, lo que significa que causó el derecho pensional, no



obstante, este no sería exigible sino hasta el cumplimiento de la edad de 60 años, lo que en efecto ocurrió el día 03 de octubre de 2010.

En ese orden de ideas, el periodo laborado por el demandante, que en todo caso, es inferior a 20 años, esto es, se reitera, 17 años, 6 meses y 6 días, hizo posible al a quo determinar una tasa de reemplazo del 63.58%, cuantía que resulta ser superior a la que determinó la Flota Mercante en su momento al interior de la Resolución N°58 del 30 de diciembre de 2011 (fls.442 a 443) y que fijó como tal en 62.68%, cálculo del juzgado que revisado arroja como correcto, teniendo como referente el 75% y 20 años de servicios conforme el artículo 260 del CST vigente para la época en que se causó el derecho pensional a favor del actor.

Por otra parte, para efectos de determinar el Ingreso Base de Liquidación, este será el resultado del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, y no, como lo considera el apoderado del actor conforme los últimos 10 años.

Esto último, se sumerge en estricto sentido con la inconformidad sobre los conceptos devengados por el demandante y que deben ser constitutivos de salario, para que sirvan en la liquidación pensional, y es en este punto en el que insiste el recurrente al manifestar que de haberse tenido en cuenta la hoja de vida del promotor, otro sería el resultado del proceso en primera instancia, documento del que como quedó explicado, prescindió el apelante en su consecución, además que avaló el cierre del debate probatorio sin que mediara la existencia de aquel en las diligencias, por ende, no puede ahora dolerse de la pertinencia, conducencia y necesidad



de la prueba, y menos afirmar que del mismo dependía la suerte de las pretensiones.

Con todo, teniendo en cuenta los medios probatorios allegados al proceso oportunamente y en legal forma, y tal como lo manifestó el recurrente en audiencia del 11 de diciembre de 2019, ocasión en la que se practicaron pruebas, se cerró el debate probatorio y de alegó de conclusión, los únicos medios que son idóneos para determinar los salarios devengados y los conceptos que hicieron parte de estos en el último año de servicios, obedecen a: el acta de conciliación ante el Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 3 de julio de 1990 (fls.372 y 373), la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y la organización sindical Unión de Marineros Mercantes de Colombia – UNIMAR, para la vigencia 1988-1991 (fls.420 a 438), liquidación de salarios del 25 de junio de 1990 (fl.441), y el proyecto de liquidación – pensión de jubilación (fl.444).

Tales documentos conforme el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, dan cuenta de los conceptos devengados por el actor entre el 21 de junio de 1989 al 22 de junio de 1990, advirtiendo que para efectos de establecer los percibidos por el demandante para el periodo comprendido entre el día 21 de junio al 31 de diciembre de 1989 únicamente se tiene el acuerdo convencional para la vigencia 1988-1991, interregno dentro del cual acaeció la desvinculación voluntaria del demandante.

Por consiguiente, los conceptos que resultan probados y que fueron devengados por el extrabajador corresponden a: sueldo básico, prima de



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

antigüedad, alimentación y alojamiento, conceptos comunes tanto para el periodo del 21 de junio a 31 de diciembre de 1989, como para el comprendido entre el 1 de enero al 22 de junio de 1990, encontrándose acreditado para este último año devengos por los conceptos de *trabajos ayuda operacional y mantenimiento y viáticos o suplementos*, no así para la fracción del año anterior.

Que, como acertadamente lo consideró el juzgado el total devengado por el actor durante el último año de servicios ascendió a la suma de 9.507,27 dólares, con un promedio mensual de 792,27 dólares y que multiplicado por la tasa de cambio para el momento en que se hizo exigible la obligación, esto es, cuando el promotor cumplió la edad de 60 años el 3 de octubre de 2010, correspondía \$1.808,46, estableciéndose así el salario base para la liquidación en \$1.432.788,60, y que aplicada la tasa de reemplazo de 63.58% arroja una mesada inicial para el año 2010 de \$910.966,99, siendo correcto de igual manera que, conforme el incremento legal para el año 2011 esta última ascendiera a la suma de \$939.855,78.

Luego, conforme la Resolución N°58 de 2011 proferida por la Flota Mercante S.A. (fls.442 y 443), en ese entonces en liquidación obligatoria, la cuantía inicial fue reconocida en suma superior a la determinada en sede judicial, esto es, en \$1.082.594, por lo tanto, no hay lugar a acceder a reliquidar la mesada inicial, decisión que se confirma por la Sala.

Por otra parte, el apelante afirma que el juzgado olvidó incluir dentro de la revisión de la liquidación de la pensión conceptos como vacaciones, horas extras, dominicales, festivos, y que como el cargo del demandante era el de camarero entonces laboraba de lunes a lunes los 365 días del año, que de



haberse tenido en cuenta lo anterior, el salario base sería casi del doble al ya fijado; al respecto, se reitera que la carga de la prueba en este aspecto le correspondía a la parte actora, extremo procesal que no logró probar lo manifestado en el recurso por el apoderado, advirtiéndolo la imposibilidad de tener en cuenta la tan mencionada hoja de vida o liquidación final que predica el abogado del demandante, siendo que en su momento el mismo profesional del derecho expuso su desinterés sobre esa prueba, otra razón más para no encontrar acertada la exigencia que ahora hace al Tribunal para que se acuda a aquella pieza procesal que de todas maneras no hizo parte del debate probatorio.

Considera con el recurso la parte actora que el juzgado echó de menos la pretensión dirigida al pago de la pensión a partir del día 03 de octubre de 2010, pese a la existencia del acto administrativo de reconocimiento pensional; sobre ese punto, se aclara y recuerda que la formulación de la demanda adolece de claridad y contrario a ello es confusa, puesto que, por ejemplo, nótese que con el numeral segundo de las pretensiones principales solicita se condene a la demandada Asesores en Derecho S.A.S., a *“reconocer la pensión de jubilación mediante resolución a favor del señor JAUREGUI GARCIA MEDINA que le corresponde por el tiempo laborado en la COMPAÑÍA DE INVERSIÓN DE LA FLOTA MERCANTE S.A.”*, siendo que al interior de los hechos del escrito inicial informó sobre el reconocimiento pensional que ésta última había hecho en el año 2011 a favor del actor.

Con todo, de todas maneras y pese a la incongruencia argumentativa de la demanda, si se analiza en conjunto los hechos que fueron probados, junto con el derrotero de pretensiones, y se contrasta con el acervo probatorio recaudado, es válido concluir que el interés de la parte actora también está



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

dirigido al pago de las mesadas pensionales que denuncia no se han empezado a pagar, a pesar, del reconocimiento pensional del año 2011, aspecto en lo que el recurso de apelación estaría llamado a prosperar, puesto que, ante la decisión de absolver a las demandadas de todas peticiones y sin que se cause obligación alguna a cargo de éstas, lo cierto es que permitir que avance lo así resuelto, sería dejar al demandante en la misma incertidumbre sobre el pago de las mesadas pensionales a que tiene derecho tras el reconocimiento de la prestación por parte de la extinta Flota Mercante.

Y no es para menos, si se tiene en cuenta, por ejemplo, la respuesta que la demandada Fiduprevisora brindó al actor mediante comunicación del mes de mayo de 2017 (fl.446), y que confusamente contestó de manera negativa bajo el convencimiento que estaba ante una petición de reconocimiento pensional, que de todas maneras si esa entidad para la fecha del oficio informó que actuaba solo y exclusivamente como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, y que solo se encarga de realizar los pagos de las mesadas pensionales y aportes a las EPS, lo cierto es que se encontraba en una posición garante para conocer que al demandante ya le había sido reconocida la pensión, y por lo tanto, lo que procedía mínimamente, era realizar el pago de las mesadas pensionales, situación de la que no se tiene noticia que haya ocurrido, por lo menos hasta la presente sentencia.

Ahora, en cuanto a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, se tiene que en auto del 28 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de los bienes que conformaban el patrimonio de la FLOTA MERCANTE y declaró extinguida la personería jurídica de esta.



Así mismo, en proveído 22 de noviembre de 2012, dicha Superintendencia al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia antes citada, además de confirmar la extinción de la personería jurídica de la Compañía, respecto a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café en el artículo quinto, indicó:

“ARTICULO QUINTO: MODIFICAR el artículo vigésimo tercero del Auto 400 – 010928 del 28 de agosto de 2012, el cual quedará así: **ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO. – ADVERTIR** a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café, que estará a su cargo el reconocimiento de la calidad de pensionados, así como también de las sustituciones pensionales. (...)”

Decisión que guarda sustento con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001 en la que señaló:

“En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, (...) que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

De suerte que, la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café al ser la matriz o controlante de la Flota Mercante, se presume la responsabilidad subsidiaria en los términos del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, de ahí que se le ordene poner a disposición del PAR los recursos para que éste cumpla con las obligaciones pensionales a su cargo siempre que éste no tenga la liquidez.



Situación que ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencia SL 2958 de 2019.

Conforme a ello, corresponde a Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, pagar con los recursos de dicho patrimonio, el valor de las mesadas pensionales que hacen parte del retroactivo debido al actor en virtud del reconocimiento pensional que en su momento hizo la Flota Mercante mediante la Resolución N°058 del 30 de diciembre de 2011, y en caso de que no los posea, deberá la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento.

En tal sentido se dispondrá a revocar parcialmente el numeral PRIMERO de la sentencia.

Dicho lo anterior, frente al punto de apelación referido a que se pague la totalidad del retroactivo por las mesadas adeudadas, ello debe ser contrastado con el estudio de la excepción de prescripción formulada por las demandadas con excepción del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - entidad que no la propuso-, en tanto que, como acertadamente lo consideró la juez, no hay prueba sobre la notificación de la Resolución N°58 proferida el 30 de diciembre de 2011, y en ese entendido, conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, el actor contaba hasta el 30 de diciembre de 2014, para reclamar el retroactivo causado entre el 3 de octubre de 2010 y el mismo día y mes de 2011 y no lo hizo, aun cuando la fecha inicial de reconocimiento no era la correcta (3 de octubre de 2011), ya que, el derecho



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2017 - 0747 - 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

pensional se hizo exigible el día en que el promotor arribó a la edad de 60 años, esto es, el 3 de octubre de 2010 y no como quedó en el acto de reconocimiento, luego, las mesadas pensionales causadas entre el 3 de octubre de 2010 y el 3 de octubre de 2011 se encuentran prescritas, decisión que se confirmará.

Teniendo en cuenta lo anterior, sobre el retroactivo conformado por las mesadas causadas a partir del 4 de octubre de 2011, adviértase que la prescripción se interrumpió el 26 de mayo de 2017 tal como se observa a folios 447 a 449 del plenario, con las solicitudes que fueron elevadas ante la Federación Nacional de Cafeteros, Asesores en Derecho S.A.S. y Fiduprevisora S.A., y por lo tanto, las mesadas causadas con anterioridad al 26 de mayo de 2014, resultan prescritas en aplicación del término trienal de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, por lo cual se modificará el numeral SEGUNDO de la sentencia, en el sentido de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción sobre el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 03 de octubre de 2010 y el 26 de mayo de 2014.

En cuanto al pago del retroactivo junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la norma dispone que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Ahora, si bien ha señalado la jurisprudencia respecto a las pensiones que no se encuentran regidas en su totalidad por la Ley 100 de 1993; considera la



**Proceso Ordinario Laboral 14 - 2017 - 0747 - 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

Sala que debe tenerse en cuenta el principio de igualdad, el cual puede ser aplicado ante cualquier trato diferenciado entre las pensiones concedidas bajo la Ley 100 de 1993, y otra disposición normativa anterior a la entrada en vigor de la primera, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Lo anterior, por cuanto se trata de personas que se encuentran en iguales circunstancias ya que son pensionados con situaciones pensionales consolidadas que se han visto afectados por la demora en el pago de sus pensiones después de haber cumplido los requisitos necesarios para adquirir el status pensional, por lo que considera la Sala debe darse un trato idéntico y en consecuencia, reconocer los intereses de mora para aquellas pensiones que son reconocidas con fundamento en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

En este caso, el demandante reclamó el cumplimiento de la Resolución N°058 del 30 de diciembre de 2011, junto con el pago del retroactivo a partir del 3 de octubre de 2011, el día 26 de mayo de 2017, tal como se observa a folios 447 a 449 del plenario, solicitudes que fueron elevadas ante la Federación Nacional de Cafeteros, Asesores en Derecho S.A.S. y Fiduprevisora S.A., por tanto, se condenará a esta última como vocera y administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA, pagar con los recursos de dicho patrimonio, el valor de los intereses de mora, de conformidad a lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 26 de septiembre de 2017, los cuales se deberán liquidar respecto de cada una de las mesadas mes a mes, y aplicando la tasa máxima de intereses moratorios vigente para el momento en que se efectúe el pago correspondiente y que deberá liquidarse respecto a cada mesada desde la fecha de causación de cada una, y en caso de que no posea los recursos, deberá la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de administradora



**Proceso Ordinario Laboral 14 – 2017 – 0747 – 01 DTE: JAUREGUI GARCIA MEDINA DDO:
ASESORES EN DERECHO Y OTROS**

del Fondo Nacional del Café girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación por los intereses moratorios.

Respecto de la pretensión relacionada con el artículo 8° de la Ley 10 de 1972 su aplicación no es automática, ya que tal como lo ha considerado la Sala de Casación Laboral (SL4578-2014) en cada caso es necesario revisar si la conducta frente al incumplimiento del pago oportuno estuvo o no asistida de buena fe, a lo cual se advierte que al interior de las diligencias no quedó acreditado las razones por las cuales el demandante inicialmente no tuvo interés en exigir el pago de las mesadas pensionales, y solo lo hizo hasta el año 2017, por lo que mal haría el Tribunal en inferir un obrar de mala fe por parte de las entidades obligadas si se desconoce los motivos del silencio del interesado, aunado a las serias incongruencias en las solicitudes o reclamaciones previas a este proceso e incluso en la redacción de la demanda, al insistirse reiteradamente en el reconocimiento de la pensión siendo que lo restaba era proceder al pago de la misma.

En lo que respecta al reconocimiento y pago de perjuicios, desde ya advierte la Sala que no se encuentra probado que el demandante haya padecido los mismos ante la evidente falta de pago de las mesadas pensionales, y no basta como lo pretende el apelante, que por el simple hecho que el promotor no ha recibido ninguna mensualidad, por ello deba tenerse como resultado inmediato un perjuicio, puesto que se reitera, los mismos deben acreditarse incluso desde la debida exposición de un eventual nexos causal, lo cual en este caso brilla por su ausencia, y mucho menos la vulneración de derechos humanos o fundamentales del actor, y menos por las razones a las que alude, entre las que se encuentra la situación de debilidad manifiesta en la que quedó el extrabajador tras “el ocultamiento de pruebas”, siendo que tal



como quedó visto, el mismo apoderado reconoció que prescindió de la prueba documental de la hoja de vida del señor García Medina.

Por último, frente al reproche sobre la indexación de la primera mesada pensional, basta con decir que, teniendo en cuenta que la pensión del actor fue pactada en dólares, es por lo que no es viable la actualización monetaria, ya que el efecto en el poder adquisitivo de la pensión se contrarresta mediante la conversión del valor de la mesada a pesos colombianos (SL2575-2015) tal como ocurrió en el presente caso.

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 parcialmente el numeral **PRIMERO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a la **Fiduprevisora S.A.** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo – PANFLOTA a pagar con los recursos de dicho patrimonio y a favor del demandante el señor JAUREGUI GARCÍA MEDINA el retroactivo adeudado por las mesadas causadas a partir del **26 de mayo de 2014**, y en caso de que no los posea, deberá la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: CONDENAR a la **Fiduprevisora S.A.** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo – PANFLOTA a pagar a favor demandante los intereses de mora, de conformidad a lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el **26 de septiembre de 2017**, los cuales se deberán liquidar respecto de cada una de las mesadas mes a mes, y aplicando la tasa máxima de intereses moratorios vigente para el momento en que se efectúe el pago correspondiente y que deberá liquidarse respecto a cada mesada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas, y en caso de que no los posea, deberá la Federación Nacional de Cafeteros en calidad de administradora del Fondo Nacional del Café girarle los dineros pertinentes a fin de sufragar la obligación en comento, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de **DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción sobre el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre **el 03 de octubre de 2010 y el 26 de mayo de 2014**, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: 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

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

ACLARACION DE VOTO

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

PROCESO ORDINARIO No. 12 2019 187 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta n asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer la sentencia de fecha 05 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado del señor DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO, del régimen de prima media con prestación definida, efectuada a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN. Que como consecuencia de lo anterior, se declare como válida al sistema General de pensiones la efectuada al antiguo ISS. Que se condene a la demandada OLD



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados y ésta última a contabilizarlos para efectos de pensión. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 1)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que nació el 12 de agosto de 1.962 y se afilió al sistema general de pensiones, el día 8 de enero de 1.986.
- Que en el mes de agosto de 1994 se afilian a la demandada pues sus asesores visitaron las instalaciones de la empresa con el fin de que sus trabajadores se afiliarán al régimen de ahorro individual
- Que al momento del traslado o vinculación al régimen de ahorro individual no fue asesorado o informado de manera completa, aclara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara respecto de las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtenía en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen punto.
- Que posteriormente el día primero de julio del 2008 se afilió a la AFP Skandia hoy OLD MUTUAL.
- Que qué radico solicitud en el que peticionaba la nulidad de la afiliación realizada pero la misma le fue negada. (fl.- 4-7)

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS

La demandada **OLD MUTUAL**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 6, 7, 12 y 15, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento. (fl. 163-179).

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 9 y 13, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe . (fl. 233-238).

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 11 y 14, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para demandar buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones. (fl. 135 - 143).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en audiencia de fecha 05 de octubre de 2020, resolvió:

“PRIMERO DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO celebrada con la administradora de fondos de pensiones y cesantías DAVIVIR hoy PROTECCIÓN SA, calentada del 20 de junio de 1995 y la subsiguiente con la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL de fecha 14 de mayo del 2008.

SEGUNDO CONDENAR a OLD MUTUAL S.A. a la devolución de los saldos aportes y rendimientos que tenga en la cuenta de ahorro individual el demandante DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO con destino a COLPENSIONES.

TERCERO ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO y a recibir el monto de aportes saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CUARTO ABSOLVER a las demandas de las demás súplicas de la demanda

QUINTO declarar no probadas las excepciones formuladas por PROTECCIÓN,
OLD MUTUAL Y COLPENSIONES.

SEXTO sin condena en costas en esta instancia.”

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que, lo primero que debe indicarse es que se encuentra acreditado en el proceso es que el actor, estuvo vinculada al instituto de seguros sociales según se observa en el expediente administrativo de la demandante.

En cuanto a la nulidad del traslado señaló que le corresponde a las AFP la carga de probar en que circunstancias se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se 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 estuviera debidamente informado y así escoger el que mejor le convenía. En efecto, la jurisprudencia de la sala de casación 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 haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la situación del traslado, 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.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, el Juez de primer grado señaló que la demandada no acreditó haberle suministrado una información clara, precisa y detallada al aquí accionante sobre las consecuencias de su



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

traslado a un fondo privado, situación que constituyó omisión en el deber de información, por lo que emitió las condenas antes señaladas.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES interponen recurso de apelación, no obstante lo anterior, previo a conceder los mismos, el apoderado de la demandada PROTECCIÓN desiste de él; desistimiento que fue aceptado por el Juez de primer grado.

Así las cosas se encuentra que la apoderada de COLPENSIONES, señaló:

“Gracias su señoría, en esta instancia como apoderado de Colpensiones me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir para que el honorable tribunal superior de Bogotá revoque el fallo por las siguientes razones, pues el juzgado desconoció lo contenido y los requisitos que estipula la sentencia del precedente jurisprudencial de la SU062 del 2010 en cuanto al requisito que ella establece para el trámite del traslado de régimen, no obstante eso el juzgado desconoce también lo que contempla el artículo 13 literal E de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo la ley 797 en cuanto al límite temporal para realizar los traslados, no obstante lo anterior, pues también el juzgado no tiene en cuenta lo contemplado en el artículo 1508 y 1509 código civil ya que el 1509 de lo anterior es de gran importancia que el error de derecho no vicie el consentimiento contractual tal como lo expresa el artículo 1509 del código civil, entonces adicional a ello, para que el honorable tribunal revoque el fallo y conforme a las sentencias SL del 8 de septiembre 2018 radicado 31989 la sl 17595 del 2017, que ordenó que en su lugar reintegrar la totalidad de la cotizaciones de si los recursos en cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas del fondo de garantía mínima, rendimientos frutos e intereses anulación de bonos pensionales, de porcentajes dado que el juez de primera instancia no otorgó la evolución de los rendimientos. En estos términos dejo presentado el recurso de apelación para que el honorable tribunal estudie el fallo, lo revoque y absuelva de todos los cargos a Colpensiones, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor DIEGO FERNANDO GRILLO TRUJILLO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada PROTECCIÓN S.A. y el posterior cambio de fondo a OLD MUTUAL S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

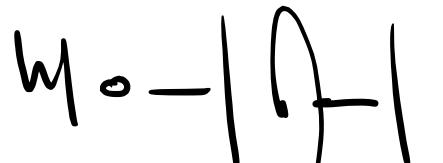
Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 12 2019 187 01 Dte: DIEGO FERNANDO
GRILLO TRUJILLO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


**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. 11 2018 215 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JULIA INES FONSECA PARDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 23 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Once laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la demandada COLPENSIONES y dando aplicación al Grado Jurisdiccional de consulta en favor de la misma.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada, presentó alegatos de conclusión.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO****ANTECEDENTES**

La señora JULIA INES FONSECA PARDO, por intermedio de apoderado judicial entabló la presente acción en contra de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., para que previo los trámites propios de esta clase de procesos, se CONDENE a COLFONDOS SA como administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliada la demandante a registrar en el sistema de información de los fondos que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de la misma estuvo viciada de nulidad y por ello es ineficaz. Que se condene a COLFONDOS SA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás. CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación en pensión de la demandante. CONDENAR a las demandadas a los demás hechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita y en costas del proceso. (fl.- 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 29 de octubre de 1964.
- Que empezó a cotizar al sistema de pensiones desde el 5 de mayo de 1988 hasta el 14 de enero de 1990.
- Que que se afilió al pensiones a partir del 30 de noviembre de 1990 y hasta el 30 de noviembre de 1994.
- Que diligenció formulario de afiliación a col fondos en noviembre de 1994.
- Que la demandada COLFONDOS persuadió a la actora para que se vinculara a dicho régimen de pensiones principalmente porque era lo mejor que había en el mercado, que el sistema pensional estaba colapsado, que se podía pensar en cualquier momento y sin importar la edad que la pensión se podía heredar.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que la demandada no le informó que la pensión se iba a financiar con lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual.
- Que no le informaron o le explicare las condiciones y requisitos legales que debía cumplir en este nuevo régimen eminentemente de capitalización para acceder a la prestación que protegería su vejez.
- Que no le informaron sobre los riesgos en los cuales se sometería en este régimen tales como el monto de la pensión depende de los rendimientos financieros y de las características del mercado bursátil.
- Que no le informaron sobre las consecuencias ventajas y desventajas q acarreaba suscribir el formulario de afiliación.
- Que no le informaron que la afiliación en esta administradora de pensiones implicaba la disminución de su mesada pensional en más de un 45% que la que otorgaba el régimen de prima media.
- Que no le indicaron de forma clara y precisa las implicaciones negativas de su afiliación.
- Que no le indicaron que antes de cumplir los 47 años de edad, tenía la opción de trasladarse nuevamente de régimen.
- Que radico ante las demandadas solicitud en la que peticionaba la anulación de su afiliación a raíz la cual fue despachada de manera desfavorable.
- Que elevó solicitud ante COLPENSIONES pero en la misma no fue contestada. (fl.-3-5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 3 y 23, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia del pago de las costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público. (fl. 84-106).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Por su parte la demandada **COLFONDOS S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1, 4, 21 y 22, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de la causal de nulidad alegada, prescripción de la acción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fl. 124-141).

Finalmente, la demandada **PORVENIR S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos señaló que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación. (fl. 122 - 139).

Mediante auto de fecha 05 de agosto de 2019 (fl.- 181), se ordenó la vinculación de la AFP PORVENIR S.A., quien una vez notificada, se opuso a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos, señaló que no le constan y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, e inexistencia de la obligación. (fl.- 180-197)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 23 de julio de 2020, resolvió:

1. *Declarar la ineficacia de la afiliación celebrada por la aquí demandante JULIA INES FONSECA PARDO a COLFONDOS pensiones y cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*
2. *Declarar que para todos los efectos legales la aquí demandante JULIA INES FONSECA PARDO nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.*
3. *Condenar a Colfondos s.a., sociedad con la cual la actora mantiene la actualidad vigente su afiliación, trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante FONSECA PARDO, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con*



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del código civil, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

- 4. Ordenar a Colpensiones admitir el traslado de la aquí demandante JULIA INES FONSECA PARDO, con sus aportes al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*
- 5. Declarar no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*
- 6. Condenar en costas a PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., liquídense por secretaria, inclúyase en ellas la suma de \$1.000.000 en partes iguales a cada entidad, es decir, \$500.000 a cada entidad, valor en que se estiman las agencias en derecho y de conformidad con la normatividad expuesta en la parte motiva de este proveído;*
- 7. Consultar esta sentencia a favor de Colpensiones, en caso de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia, la cual al haberse emitido de carácter oral y a través de estos medios tecnológicos, queda legalmente notificada a las partes en estrados”*

Fundamentó su decisión en síntesis el Juez de primer grado señalando que, debe seguir precedente judicial emanado de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en, especial, en sentencia de tutela 4174 del 11 de mayo del año 2020, en contra de dicho despacho, la H. Corporación le ordenó emitir un nuevo fallo asumiendo o determinando la prosperidad de las pretensiones.

Así las cosas y de conformidad con los lineamientos ordenados por la H. Corte Suprema de Justicia, le correspondía a la entidad demandada acreditar que había cumplido con el deber del buen consejo e información al respecto, que el formulario de afiliación no demostraba que la asesoría brindada fuera de manera integral como lo señalaban los principios del sistema de seguridad social, habiendo lugar a declarar la nulidad del traslado efectuado por la actora, como quiera que la demandada no demostró la información que le brindó al momento del cambio de régimen.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

“Muy respetuosamente me permito interponer el recurso de apelación en contra de la decisión tomada en esta instancia de conformidad con los siguientes argumentos solicito a los h, magistrados que integran la sala del TSB, se revoque la decisión proferida en esta instancia de conformidad con los siguientes argumentos. Como primera medida vale señalarle a los Magistrados que las decisiones que están tomando los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia 1quebranbta el principio de sostenibilidad financiera establecido en el art. 48 de la CN, modificado por el acto legislativo No. 1 de 2005, pues genera una situación caótica, pues quebranta la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo desdibujando totalmente el régimen de prima media con prestación definida, la sostenibilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general del pensiones persigue y mantiene a través de medios jurídicos y financieros los fondos económicos adecuados que le permiten pagar mes a mes, una mayor cantidad de pensiones y obtener un ahorro para precaver a satisfacción las pensiones futuras bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general, es por las anteriores consideraciones que no se debe declarar la nulidad o ineficacia del traslado pues en últimas sería el patrimonio público el cual entraría a pagar la pensión que llegare a percibir la parte demandante ya que dado que su ahorro se hizo de manera individual este mismo no ayuda a financiar las pensiones del RPM y su ahorro en últimas no será suficiente para financiar su propia pensión. En el caso en que los Magistrados que integran la sala declaren la nulidad, ruego hagan el cálculo actuarial a cargo ya sea del fondo o de la demandante para soslayar la descapitalización del sistema, ya que como lo señala la sentencia SU 062 de 2010, para que una persona pueda acceder al traslado cumplir con el requisito de 750 semanas, esta adicionalmente debía cancelar el cálculo de rentabilidad y en estos casos no se puede o no pueden ser desconocida esta consideración.”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y en los términos establecidos en el recurso interpuesto por la misma, procede la Sala a establecer si existió la nulidad o ineficacia de la afiliación deprecada por la actora.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora JULIA INES FONSECA PARDO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP COLFONDOS, para tal efecto se encuentra que la actora realizó un cambio de AFP a PORVENIR S.A. para los meses de octubre de 1.999 y mayo de 2000. Posterior a ello, nuevamente realizó aportes a COLFONDOS y para que, en su lugar, COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso, la parte demandada únicamente allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por la actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto; igualmente en lo que tiene que ver con los traslados realizados por el actor, entre administradoras, ya que el traslado de régimen del que se predica la nulidad es solo uno, esto es la el efectuado entre el régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual, situación que en influye en la información que debió brindar la demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación

De conformidad con lo anterior, se impone **confirmar** la decisión, proferida por el Juez de conocimiento en este sentido.

Igualmente se confirma lo relacionado con la reactivación de la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y la orden del traslado a esa entidad, de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 11 2018 215 01 Dte: JULIA INES FONSECA
PARDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**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. 09-2019-161-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YOLANDA TATIANA GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Protección S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de septiembre de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora YOLANDA GIRALDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que efectuara al RAIS, por no haberle sido proporcionado por parte de Colfondos, información completa y comprensible acerca de dicho traslado, omitiendo indicarle los riesgos que debía asumir con dicha decisión y las desventajas de la misma, solicita se declare que esta administradora y Protección S.A., incumplieron con el deber de información en el acto de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

traslado, por lo que se encuentra válidamente afiliada al RAIS; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Colfondos S.A. y Protección S.A., a registrar la ineficacia de su traslado al RAIS, condenando a este último fondo al que se encuentra afiliada a realizar el traslado de aportes depositados en su CAI y a Colpensiones a recibir los mismos y tenerla como afiliada sin solución de continuidad. (fls. 117 y 118).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al sistema de seguridad social el 4 de octubre de 1984, cotizando para el RPM un total de 289,14 semanas, que a 1 de abril de 1994, se encontraba afiliada al ISS, que con la creación del RAIS por virtud de la Ley 100 de 1993, selecciona como administrador de sus aportes a Colfondos S.A., fondo al que se traslada el 1 de febrero de 1995; afirma que en dicha oportunidad la APF en mención no le informó que la mesada pensional que allí recibiría sería menor a la del RPM, sino que para promover su traslado, le señalaron que el ISS se iba a acabar, que podría pensionarse a cualquier edad sin explicarle cómo lograría acceder a tal beneficio y las implicaciones de ello, que Colfondos no le informó sobre las desventajas de trasladarse al RAIS, suministrándole información sesgada para promover su traslado y por virtud de la cual, suscribió el formulario de afiliación.

Señala que alcanzó la edad de los 47 años en el año 2011, data para la cual, se encontraba afiliada a Protección S.A., administradora que tampoco le suministró la información adecuada referente a su traslado, que actualmente cuenta con 1402,71 semanas de cotización y el 16 de abril de 2018, remitió derecho de petición a Colfondos solicitando la invalidación de su traslado y en la misma data, suscribió formulario de afiliación a Colpensiones, entidades que al respecto, emitieron una respuesta desfavorable. (fls. 118 a 121).

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

3, 18 y 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, buena fe, prescripción y compensación. (fl. 151).

COLFONDOS S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos No. 4, 14, 17 y 20, manifestó no constarle los No. 1 a 3, 7, 15, 16, 18 y 19 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la demandante a Colfondos, prescripción, compensación y pago. (fl. 185).

Por su parte Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 7 y 16 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (fl. 244).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS el 1 de febrero de 1995, a Colfondos S.A, declarando como única afiliación válida la de la actora al RPM; ordenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante al RAIS, junto con rendimientos sin efectuar descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, ordenándole a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los dineros objeto de traslado, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Colfondos S.A. (fl. 360).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagraba que la afiliación a uno de los dos regímenes existentes debía ser libre y voluntario, para ello conforme la línea jurisprudencial de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, había indicado que la AFP que promovió el traslado de régimen del afiliado, debía suministrar a los usuarios de sus servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, permitiéndoles a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, obligación que estaba a su cargo desde su misma fundación, oportunidad desde la cual, debían garantizar una afiliación libre voluntaria mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajusta a sus intereses, siendo que la información necesaria de la que habla del Estatuto orgánico del sistema financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones por lo tanto implica parangón entre las características ventajas y desventajas competitivas de cada uno de ellos, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Señaló que la transparencia es una norma de diálogo que le impone al administrador a través del promotor de servicios asesor comercial para dar a conocer al usuario en un lenguaje claro simple y comprensible los elementos definitorios condiciones del RAIS y del RPM, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas consecuencias y riesgos de cada uno de estos regímenes y de igual forma, la corporación de cierre de esta jurisdicción había enseñado que les corresponde a la AFP probar el suministro de dicha información cuando el afiliado alega que no la recibió, ya que tal afirmación corresponde a supuesto negativo que no puede mostrarse materialmente conforme las previsiones del artículo 167 del CGP según el cual las negaciones indefinidas no requieren prueba, dicha inversión de la carga de la prueba también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil, correspondiéndole a la AFP acreditar la realización de todas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conocía las implicaciones de traslado régimen pensional, presupuesto probatorio que se aplicaba sin importar si la afiliado tenía o no un derecho consolidado o expectativa legítima o un beneficio transicional, sin importar igualmente como lo había señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuántas afiliaciones hubiera hecho la persona los diferentes fondos de pensiones privados; de modo que si resultare nulo beneficio a la primera aplicación que fue la que marcó el traslado del régimen a otro, los traslados posteriores no convalidaban la actuación nula ni tampoco ratificaban el cambio de régimen que ocurrió por la desinformación.

Señaló que bajo tales presupuestos, se había determinado para el caso en particular con el reporte de semanas cotizadas en pensión es emitido por Colpensiones, formulario de afiliación con Colfondos suscrito por la demandante, que esta se afilió se afilió al régimen de prima media del 10 de octubre de 1984 en donde cotiza 289.14 semanas, que posteriormente se traslada al RAIS, en febrero de 1995, formulario del que se determina que contenía la leyenda impresa de que dicha afiliación se realizaba de forma libre y voluntaria. No obstante ello y de las pruebas arrimadas al trámite no permitían establecer que Colfondos pensiones y cesantías al momento del traslado que tuvo lugar en el año 9, le hubiera indicado a la demandante las características ventajas y desventajas, objetivos de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias del traslado en los términos explicados por el Tribunal de cierre de esta jurisdicción, para demostrar el cumplimiento del deber de información ordenado en el numeral primero del artículo 97 del decreto 663 de 1993, ya que no bastaba con la manifestación que quedó plasmado en el texto del formulario de afiliación y tampoco resultaba suficiente la información que se le suministró de manera posterior por Protección cuando ya había superado el tiempo límite para retornar al RPM, circunstancia que de acuerdo con los razonamientos expuestos por la jurisprudencia citada impidieron que la demandante contara con elementos de juicio suficientes para determinar si le resultaba más benéfico en su caso el traslado promovido.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Señaló que no se desconocía que la época en la que se promovió el traslado, a la peticionaria le falta un poco más de 26 años para arribar la edad mínima pensión en el RPM que para el momento del traslado de 57 años conforme lo dispuesto en el inciso primero del artículo 36 de la ley 100 de 1993 tenía una densidad de semanas cotizadas correspondientes a 289, lo que implicaba que para dicha data, no podía determinarse con certeza términos económicos del régimen pensional que podría significar que por ejemplo una mesada superior; el cumplimiento del deber de información no se reduce a esa circunstancia en particular ya que acarrea el suministro a los potenciales afiliados de información suficiente y oportuna sobre las reglas consecuencias y riesgos que existen en cada una de las posibilidades que ofrece el sistema general de pensiones, deber que de no demostrarse, conlleva la ineficacia del traslado.

Indicó respecto a la excepción de prescripción que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política el derecho a la Seguridad Social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, lo que implica que no puede ser abolido por el paso del tiempo por la imposición de las autoridades y como la acción encaminada a obtener la nulidad de la filiación por cambio de régimen se encuentra íntimamente ligada con los derechos pensionales del afiliado no se encuentra sujeta a las reglas de prescripción, habiendo lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante Colfondos, ordenando a Protección realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos así como las demás que se encontraran depositados en la cuenta de lo individual de Yolanda Tatiana sin deducción por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección** indicó en cuanto a la devolución de los gastos de administración, que del dinero de la CAI de la demandante por este concepto se habían realizado los descuentos como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible, aplicable, vigente y se trataban de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ahorro individual de la demandante y en el hipotético caso que se asuma que se asumiera que Protección no realizó su gestión y administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces el traslado de los aportes de la demandante junto con sus rendimientos financieros generados pues éstos se generaron producto de la gestión y la buena administración de mi representada y en ese sentido solo habría lugar a que se trasladarán los aportes pero sin los rendimientos generados; la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que se deberá trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados para el momento. Señaló en cuanto al seguro previsional que no debía ser obligado a devolverlo toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual de la demandante se descontó dicho seguro y se le pagó mes a mes a una aseguradora, por ello, devolverlo a Colpensiones afectaba a un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección.

Por su parte **Colpensiones**, indicó en su recurso que no existían elementos que permitieran evidenciar vicio alguno del consentimiento en la voluntad de la demandante al momento del traslado, no contaba con una expectativa legítima pensional como quiera que a la fecha del traslado no acreditaba 750 semanas para acceder a la pensión, no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no procedía su retorno al RPM en cualquier tiempo, debiéndose someter la demandante a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada.

De igual forma, la sentencia con radicado el número 2016 008701 del 17 de enero del 2017 proferida por el Tribunal Superior de Pereira indicó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media resultaba superior a la que se recibiría en el RAIS, por sí sola no constituía prueba de que cuando realizó el traslado la demandante haya sido obra de engaño, pues esta en su interrogatorio de parte manifestó que su principal motivación para promover este proceso es el valor de la mesada que va a recibir en el RAIS, y no se había logrado evidenciar una información equivocada por parte de Colfondos, pues



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

para la época del traslado, los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones de acceso a los regímenes, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, evidenciándose un descuido por parte de la demandante ya decide continuar cotizando en RAIS de manera libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora YOLANDA TATIANA GIRALDO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Colfondos S.A., el 1 de febrero de 1995, como se verifica de copia del mismo, visible a folio 91 del plenario, allegado por la parte demandante.

En este orden, la figura de 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. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO 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, **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 la recurrente Colpensiones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Yolanda Giraldo, 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 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., AFP a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 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)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones también en sus alegaciones entidad que alude a pronunciamiento judicial que no tiene tal carácter; la línea jurisprudencial en mención, 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 Colfondos S.A., probar el suministro de dicha información a la señora YOLANDA GIRALDO, desde la fecha en que esta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió.

Es así como en estos casos, y contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, pues no invocó tal circunstancia, sino que alegó la omisión en el deber de información por parte de la AFP a la cual se afilió; razón por la cual, este tipo de acción, se reitera, 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 ineffectia 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.

De otra parte, el hecho de que la demandante al momento de su traslado, no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con expectativa pensional legítima, ello no es óbice como erradamente lo indica Colpensiones para que esta acuda al a jurisdicción a efectos de solicitar la ineffectia 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 ineffectia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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 igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

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 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

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, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 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 todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 09201900161-01 Dte: YOLANDA GIRALDO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO