

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

PROCESO ORDINARIO No. 16 2018 381 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROCIO DEL PILAR MENDEZ
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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 18 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la parte actora.

ANTECEDENTES

Solicita la parte actora se declare la nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por la demandante con SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy OLD MUTUAL ya que al momento de la afiliación, no contó con la suficiente información y se ocultaron las desventajas que tenía este tipo de afiliación comparada con el sistema de prima media con prestación definida. Que como consecuencia de lo anterior, se condena a la demandada OLD



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., gestionar el traslado del régimen de la demandante del RAIS al RPM administrado por COLPENSIONES. Que se ordene a la AFP demandada a transferir a COLPENSIONES el monto de los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados. Que se condene a la demandada OLD MUTUAL, al pago de las costas del proceso. (fl.- 33 a 35)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que ha efectuado aportes al ISS desde marzo de 1992 y hasta agosto de 2000.
- Que en agosto del año 2000 fue contactada por asesores de la AFP demandada para que se afiliara al RAIS, cuyas bondades le fueron enunciadas por la persona encargada de la promoción.
- Que dicha información fue engañosa por cuanto al llegar a la edad de pensión con este sistema la mesada pensional sería muy inferior a la que obtendría si es pensionada por el sistema de prima media, teniendo en cuenta las mismas variables y número de semanas cotizadas.
- Que existe una desventaja de orden económico la cual fue ocultada por quien gestionó la afiliación al RAIS. (fl.- 35-37)

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 3, 10, 11 y 13, 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 régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas y buena fe . (fl. 80-100).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Por su parte la demandada **OLD MUTUAL S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, señaló que no le constan, que no son ciertos y que los enlistados en los numerales 5, 8, 11 y 13, son parcialmente ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 101-123).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 18 de enero de 2021, resolvió:

“PRIMERO ABSOLVER a las demandas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por ROCIO DEL PILAR MENDEZ SANCHEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.021.264.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y por el resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciarse sobre los demás medios exceptivos alegados por esta demandada y por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandante y en favor de las demandadas...”

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando en síntesis y luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial, en relación con este tema, que de las pruebas allegadas al proceso y del interrogatorio de parte rendido por la demandante, se podía establecer que en el presente caso, no se trataba de un afiliado lego, como señala la jurisprudencia, ya que la actora es de profesión economista no solo en su formación de pregrado sino de posgrado, con estudios de maestría.

Indicó que la actora en su interrogatorio de parte, habló de lo que tiene que ver con comportamientos de capitales, que narro que conoce los mercados y la promesa de rendimientos y sabía que no es una razón cierta sino cambiante, que conocía el prestigio internacional de Skandia, que la actora



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

era conocedora de los mercados más bien del comportamiento de los mercados de capital y como en materia económica y de ello dio cuenta el juzgado, entendió que la señora demandante era plenamente conocedora.

Señaló que no solo dio razón y explicación de qué eran los rendimientos de sus aportes, lo que habrían de construir el capital para su pensión, también conocida que los aportes son los valores que se habían hecho, como aportes al INSTITUTO LOS SEGUROS SOCIALES los cuales no sé perdían sino que a través de un Bono pensional irían a respaldar esos tiempos de servicio en los que cotizó al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y también conocía bien de los aportes voluntarios los cuales son un elemento central en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señala que también conocía las condiciones para pensionarse en el SEGURO SOCIAL es decir que en el SEGURO SOCIAL se requería solamente llegar a una edad y tener cierto número de semanas y se basaba el monto de la pensión en unos porcentajes que dijo podían ser del 65 o 75% depende del número de semanas y nos dijo que se basaba entonces en los 10 últimos años de cotización se toma ese monto y se saca el valor o a esos promedios se le aplica, o de allí se toma el valor de la de la mesada pensional.

Así las cosas, básicamente en este caso encuentra juzgado que si se demostró el cumplimiento del deber de información por parte de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, en el momento en que efectuó el traslado de la demandante

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante, señaló:

“Manifiesto a su señoría que interpongo el recurso de apelación ante la sala laboral del tribunal superior de Bogotá a efectos de que la provincia que se nos ha notificado en estrados sea revocada y en su lugar el juez colegiado revoque la sentencia acabo de decir y en su lugar acoja favorablemente las pretensiones de la demanda, recurso de alzada que fundamento en una forma sucinta ya que me reservo el derecho de sustentaron la oportunidad procesal



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

correspondiente en la segunda instancia los siguientes lineamientos: como bien lo sostuvo el señor juez y acogiendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, cada uno de los eventos puestos en conocimiento de un juez respecto de este tema de cambio de régimen de pensión al momento es la afiliación, se deben determinar las circunstancias de tipo personal, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el acto jurídico o negocio jurídico de la citada afiliación sostenemos y reiteramos que se presentó un vicio del consentimiento por error, por cuanto si bien es cierto para la época de la afiliación la actora tenía la preparación académica que indicó en el escrito de afiliación cuando afirma que tiene como profesión la economista, también lo es que en ese momento no conocía y no sé probó, existiendo la carga de la prueba en cabeza de la parte pasiva, no sé probó honorable tribunal qué se le hubieran hecho a conocer los riesgos que generaba el afiliarse al régimen de ahorro individual solidario, decir sobre todos los riesgos que tenía en caso de que nos hicieran aportes voluntarios o adicionales y es así como en el momento en que se realizó la afiliación, así la afiliada fuera de profesión economista no tenía en ese momento los medios técnicos suficientes para realizar una proyección de su pensión al momento de cumplir la edad de retiro los 57 años de edad y no los tenía en ese momento porque implicaría una serie de ejercicios matemáticos que para ese momento de resultado en la ella imposibles dado que se limitó la asesoría por parte del comercial de OLD MUTUAL O SKANDIA a plantearles los beneficios que tenía el régimen al cual se aspiraba afiliar estas características de carácter individual personal ameritan un re examen en la segunda instancia, sobre todo porque no le corresponde a la demandante asumir los riesgos de pertenecer a este régimen de ahorro voluntario con solidaridad como quiera que se produce un daño inminente y si bien es cierto el Señor pues tiene toda la razón al afirmar que el cuál puede ser la suerte de la mesada pensional, dado que hacen falta aproximadamente 8 años para cumplir en la edad de retiro, sin embargo existen estudios muy serios de entidades de orden internacional que pronostican un panorama muy negativo en materia económica para quienes pertenecen a este régimen basta con cita del índice mundial de pensiones Merced que ubica entre 39 países basa el estudio, ubica Colombia en el puesto número 21 y analizando sustancias como la adecuación de la sostenibilidad la integridad las reservas y otros 50 items de riesgos que hacen poco aconsejable pertenecer a este régimen de ahorro privado, de ahorro privado con solidaridad y Ahorro individual y sobre todo lo que tiene que ver con los riesgos que no tienen porque asumir la demandante si hubiese sido suficientemente informada de este aspecto. Igualmente cito notable tribunal el estudio de índice global de retiro de "Natysi" es un organismo muy serio y que llega a iguales conclusiones en materia de el foco venturoso Porvenir de quienes pertenezcan al régimen privado de ahorro individual con solidaridad entonces, cómo le decía su señoría amplia con todo respeto, ampliaré estos puntos que son la base de alzada, cuando sea la etapa procesal pertinente le ruego en consecuencia su señoría concede recurso en el recurso en efecto suspensivo y disponer la remisión de la información por medio digital al honorable tribunal Muchísimas gracias señor juez."



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la parte actora, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ROCIO DEL PILAR MENDEZ, 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 SKANDIA hoy OLD MUTUAL 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 está en cabeza de la demandada.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por el Juez de primer grado, **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, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Es por lo anterior, que esta Sala no comparte la decisión adoptada por el Juez de primer grado, ya que, si bien es cierto, del interrogatorio de parte, la actora señala que es de profesión economista, con una maestría en negocios internacionales con énfasis en mercados capitales, en primer lugar se encuentra que no existe constancia, si para el momento de la afiliación al RAIS, tenía la mencionada especialización, y sin que se pueda presumir o suponer que por ello, es decir, por el conocimiento que tuviese la demandante al momento de la afiliación, en determinados temas, se exima de alguna manera a la AFP de brindar la asesoría correspondiente, ya que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

es ella, la demandada, la que tiene la obligación de realizar la misma en los términos señalados por las sentencias antes referidas.

Considerar lo contrario, esto es, que a las personas que tuviesen estudios universitarios, en profesiones con alguna relación con este tema, por ejemplo, abogados u economistas como es el caso de la actora, no es necesario que la AFP cumpla con el deber de información, traería consigo un trato discriminatorio y desigual.

Ahora bien, de la revisión del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, esta Sala encuentra que ninguna confesión, se extrae del mismo, ya que, si bien señaló que la demandada era un fondo internacional, también señaló que se presumía o el mismo se vendía con un musculo financiero muy estable, de lo que claramente se deduce que su dicho no se desprende de un estudio que la misma hubiese efectuado sobre el fondo, sino de lo que presumía, del mismo.

Igualmente se encuentra que la actora manifestó que el asesor le indicó que era una cuenta individual, en la cual existían rendimientos los cuales iban a ser mayores y que en el momento de querer pensionarse, lo iba a poder hacer con una menor edad o semanas de cotización. Señala que esto le llamó la atención y que por eso tomó la decisión de realizar dicho traslado.

Así mismo, indicó que varios fondos fueron a realizar visitas masivas, ofreciendo básicamente lo mismo, esto es, la afiliación a los fondos privados, y todos señalaban el aspecto relacionado con la rentabilidad y poderse pensionar con un monto más alto y en menos tiempo. Que suscribió el formulario de afiliación, sin la información correcta o verídica, sin que se le indicaran las consecuencias del traslado, con los pros y los contras.

Cuando se le indagó sobre los extractos, indicó que pese a sus conocimientos en el tema económico, para ella también, eran confusos, y solo cuando vio la demanda, que la demandada contestó, se sorprendió de la información a la que se alude y que no aparece en los extractos y procedió a relacionar unos folios que se allegaron con la contestación de la demanda, relacionados



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

con el estado de cuenta, en los que aparece un desglose de información que no aparece en el extracto.

Finalmente, en cuanto a los aportes voluntarios señaló que le informaron que cuando llegara al momento de adquirir su pensión, que tendría mejores rendimientos, que le indicaron que las semanas que tenía en el ISS, sería un bono que le iban a trasladar, que le informaron que para pensionarse en el Fondo privado debía cumplir con una edad de 57 años y 1.150 semanas e incluso antes, es lo que recuerda.

Ahora bien, finalmente se encuentra que la actora señaló que para el año 200 sabía la forma en la que el Instituto de Seguros sociales liquidaba las pensiones, pero no se indicó si esto fue información suministrada por el asesor de la AFP demandada o de donde tenía conocimiento de esta circunstancia, igualmente no se evidencia que le hubiesen indicado los aspectos desfavorables o consecuencias adversas en el caso particular de la actora, ya que como se evidencia, únicamente se limitaron a señalar los aspectos positivos o ventajas.

Por todo lo anterior, la Sala **REVOCARÁ** la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, pues era deber la administradora de pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a la actora, todas las circunstancias necesarias para la toma de la decisión, esto es, los aspectos positivos, negativos o ventajas y desventajas y ante la falta de actividad probatoria de la parte demandada, nos lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información necesaria.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el 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. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR MENDEZ 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 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. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por lo anterior, se itera, se **REVOCARÁ** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y se ordena a esta última, a efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.

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. Las de primera instancia a cargo de la demandada PORVENIR y en favor de la parte actora.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante, señora ROCIO DEL PILAR MENDEZ, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, con la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante, señora ROCIO DEL PILAR MENDEZ, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante, señora ROCIO DEL PILAR MENDEZ al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y en favor de la parte demandante.

SEXTO: 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 16 2018 381 01Dte: ROCIO DEL PILAR
MENDEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO No. 16-2029-420-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: JOSE ANTONIO GIL ARIAS

**DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021), en cuya virtud se declaró probada la excepción de cosa juzgada y se ordenó la terminación del proceso. (Fls 120 y 121).

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **JOSE ANTONIO GIL ARIAS**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada a **indexar la primera mesada pensional de acuerdo con el IPC, al pago de retroactivo, extra y ultra petita y costas del proceso.** (fls 26 al 33).

La demanda fue contestada a través de apoderado, quien entre otras propuso la excepción previa de cosa juzgada. (fls 53 al 62).

El Juez 16 laboral del Circuito la declaró probada y en consecuencia ordenó la terminación del proceso afirmando en síntesis: "...

Inconforme con esta decisión la parte demandante interpone recurso así: "...
Entonces el juzgado entrar a decidir esta excepción previa pues hay que recordar que los fundamentos de la misma, consiste básicamente en que dice la demandada, que lo que tiene que ver con el monto y la manera de indexar la primera mesada pensional de la pensión sanción que fue otorgada al demandante vía judicial, es un asunto ya definido en el proceso judicial precisamente en el cual se condenó a la demandada a reconocer y a pagar esa prestación al señor demandante y para esos efectos nos cita la sentencia del tribunal superior de Bogotá de fecha 19 de diciembre del año 2008 que revocó la sentencia de primera instancia del 28 de diciembre del año 2007 que había sido emitida en ese proceso en el que dijo la parte demandada, se debatió asuntos como reliquidación de prestaciones sociales finales pero también el tema del otorgamiento de la pensión sanción de la ley 71 de 1988. Procede entonces el Juzgado a resolver la excepción que fue planteada, hay que recordar que conforme al artículo 32 del CPTSS, la excepción de cosa juzgada puede ser propuesta como excepción previa y decidirse en esa forma, se debe sin más miramientos adentrar el juzgado en lo que constituye los fundamentos de la cosa juzgada en este proceso 2019-00410 nos dicen básicamente en los hechos y pretensiones el demandante que prestó servicios como trabajador oficial al servicio de la EAAB desde el 13 de octubre de 1976 hasta el 26 de febrero de 1993, que con resolución número 85 del 18 de febrero de 1993 se le dio por terminado por la demandada el contrato de trabajo y que hizo un proceso judicial para que se le reconociera la pensión sanción legal que resultó a favor suyo y que con la resolución a través de la cual se pretendió cumplir el fallo que fue la resolución Número 270 del 27 de abril de 2012, es decir que se profirió la resolución a través de la cual se dio cumplimiento al fallo y menciona en los hechos que la sentencia aludida que no fue casada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de abril del 2011 pues se condenó a esta pensión sanción pero que en la resolución de cumplimiento la entidad pagadora tomó los valores y las fórmulas de manera ordenadas por el tribunal en la objeto de cumplimiento tomando el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio aplicando el IPC inicial del 26 de febrero de 1993 es decir 35.53 y el IPC final del 22 de marzo de 2012 es decir 110.62 que arrojó una mesada pensional inicial de \$1.704.450 pesos pero que revisada las tasas del IPC expedidas por la autoridad competente para referencia de IPC inicial y final conforme lo dictó la sentencia según instancia se observa que esos valores no se ajustan a derecho ya que la entidad tomó valores inferiores a los establecidos por el Dane para efectos de establecer el IPC inicial, diciendo que el valor indicado en la tabla del IPC expedida por el Dane para el año de 1993 en el mes de febrero fue del 18.54 para un promedio total en 1993 de 22.60 mientras que el IPC final correspondiente al mes de marzo de 2012 arroja un valor de 110.76 y que al tomar esos datos la mesada inicial varía de manera favorable arrojando una mesada inicial de \$2.683.200 en el año 2012 y que pues se pidió a la demandada ese reajuste por IPC indexación, el 3 de mayo de 2019 y fue resuelto en forma desfavorable y las pretensiones pues no son otras que se reajuste o indexe la primera mesada pensional del demandante calculando el IPC conforme lo establece el Dane en sus indicadores oficiales y se condene por tanto a pagar el retroactivo de las diferencias que resulten entre lo que se ha pagado y lo que ha debido pagarse.

Entonces vamos a revisar lo que aconteció en el otro proceso y de esto nos da cuenta suficiente la copia de la sentencia de segundo grado que allegó la demandada ya que la parte actora acepta los términos de esa sentencia y menciona además que no hay ninguna oposición por ninguna de las partes de que esa sentencia no fue casada en el año 2011 por la Corte Suprema de Justicia es decir

que se encuentra en firme y ejecutoriada entonces la sentencia fue aportada su copia de folios 75 en adelante, es una sentencia de fecha 19 de diciembre del año 2008 del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, Sala Laboral de Descongestión ponencia la Magistrada Martha Ludmila Ávila lo que nos cuenta esta sentencia puede determinarse claramente cuál fue el objeto del proceso, que fue el proceso número 2003-555 que fue adelantado por las mismas partes en esto tenemos que ya hay un elemento de la cosa juzgada que efectivamente se cumple que son las mismas partes de ese proceso las que ahora acude nuevamente a la jurisdicción es decir el demandante José Antonio Gil Arias y el demandado EAAB, empresa de servicios públicos; dice entonces la sentencia que el proceso del año 2003 estuvo dirigido a que se condenara a la demandada al reajuste de salario del último año de servicios, al reajuste de horas extras, trabajo suplementario dominical y festivo del último año, reajuste de primas de servicio del último año, al reajuste de vacaciones compensadas el último año, reajuste de cesantías por todo el tiempo de servicio y el respectivo pago del interés de cesantía, al pago de la sanción por mora en el cubrimiento de los intereses de cesantía, pago de las sumas retenidas sin autorización e indemnización por despido injusto y al pago de la pensión, también la sanción moratoria por no pago oportuno de salarios entre otros.

Entonces tenemos claridad aquí que se ventiló el tema del derecho a la pensión sanción fue uno de los objetos del litigio de ese proceso el determinar si asistía derecho al demandante a la pensión sanción consagrada en la ley 71 de 1988, seguimos con el estudio de esta sentencia de segundo grado, nos dice que la primera instancia terminó con la sentencia del 28 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral de descongestión de Bogotá que absolvió a la demandada de todas las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante, después del estudio que hace el Tribunal del recurso de apelación que fue interpuesto por la parte demandante efectúa las consideraciones del caso sobre la prescripción, la relación laboral, la terminación del contrato de trabajo, viene a concluir que la sentencia de primer grado se ajusta a derecho salvo en lo que tiene que ver precisamente con la pensión sanción, tenemos en la página 81 de estos folios dijo el tribunal lo siguiente; “en las anteriores circunstancias y en atención a que el actor fue despedido sin justa causa después de haber laborado para la entidad accionada por espacio de 16 años 4 meses y 12 días cumpliendo con los supuestos de hecho consagrados en el inciso segundo del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 se exhibe como procedente condenar a la accionada a pagar al demandante la pensión de que trata la normatividad antes reseñada a partir del 22 de marzo del año 2012 fecha en la cual este cumple 50 años de edad, así mismo la pensión reconocida deberá actualizarse con el IPC aplicando las siguiente formula; suma actualizada es igual a la suma por actualizar por índice final sobre índice inicial teniendo como IPC inicial el 26 de febrero de 1993 data a la desvinculación 35.534840 y como IPC final correspondiente a la fecha de otorgamiento de la prestación 22 de marzo de 2012 sobre un salario promedio de 547.493.76 y que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente para dicha anualidad junto con los respectivos aumentos de ley y las mesadas adicionales y procedió a revocar la sentencia en forma parcial para condenar al pago de esta pensión sanción”.

Nótese que el tribunal con claridad expuso la forma en que habría de liquidarse la primera mesada pensional que es el asunto que trata precisamente la temática tan conocida a la doctrina de la indexación de la primera mesada pensional que como se sabe se genera cuando transcurre un tiempo considerable entre el momento del retiro del servicio del trabajador y el tiempo en que debe empezar a disfrutar de su pensión que es precisamente lo ocurrido en este caso porque dejó de prestar el servicio en febrero de 1993 y empezó a gozar de su pensión hasta marzo del 2012 había que indexar entonces ese ingreso base de liquidación, ese último salario de servicio, pero aquí el tribunal fue detallado en cómo debía actualizarse ese valor, cuestión distinta sino se hubiera hecho así o la decisión hubiera sido genérica pero en este caso dijo claramente que el ingreso base de liquidación que había de tomarse es un monto preciso de 547.493.76 y que ese valor

había que actualizarlo y dijo como se hacía con la fórmula que plasmo en la sentencia, la suma actualizada resulta de multiplicar la suma por actualizar por el índice que resulta de dividir el índice final del precio al consumidor sobre el índice inicial y detallo y dijo cuál es el índice inicial y obteniendo como IPC inicial el 26 de febrero de 1993 data la desvinculación “ 35.534840” y como IPC final correspondiente a la fecha de otorgamiento de la prestación del 22 de marzo del 2012 allí lo puso en número del IPC del 2012 por supuesto porque no podía saberlo porque estaba en el año 2008 la sentencia se produjo en el 2008, no podía saber cuál era el índice de marzo de 2012 y entonces en la parte resolutive de la sentencia lo que dice es lo siguiente;

1. Revocar la sentencia apelada para en su lugar condenar a la empresa acueducto alcantarillado de Bogotá reconocer y pagar al señor José Antonio Gil Arias la pensión de que trata el inciso segundo del artículo 8 de la ley 171 de 1961 a partir del 22 de marzo de 2012 a la cual corresponde la aplicación de la indexación del ingreso base en la forma indicada en la parte considerativa en cuantía que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2012 junto con los respectivos aumentos de ley y las mesadas adicionales.
2. Confirmar en lo restante la sentencia impugnada por las razones expuestas.

De manera que para este juzgado es claro que en la parte resolutive tiene una intrínseca e inescindible relación con la parte motiva porque remite a ella, en el punto en el cual se da a determinar el valor de la mesada, cuando dice que a esa pensión corresponde la aplicación de la indexación del ingreso base en la forma indicada en la parte considerativa y la forma indicada pues no es otra que la que ya leyó este juzgado y ya expuso donde en forma clara el tribunal definió ese tema. De manera que como puede deducirse ya lo expuesto en este caso realmente no se está frente a un hecho nuevo y frente a pretensiones nuevas y hay que decir con claridad que entonces sí se cumple las exigencias de la cosa juzgada en este caso y así habrá de declararse.

Nótese entonces que los hechos de esta demanda no son en nada nuevos, reiteran que tiene que ver con la prestación de los servicios a través de un contrato de trabajo durante los términos que los presto en octubre de 1976 a febrero de 1993 que se dio por terminado de forma unilateral el contrato y hasta ahí básicamente los hechos porque el resto tiene que ver es con el proceso judicial, por lo tanto no puede decirse que son hechos nuevos, en efecto ya lo que tiene que ver con la narración que empieza hacer el demandante de que acudió a la vía judicial tras el proceso 2003-555 que al parecer allí se ventilaron algunos derechos los cuales fueron negados pero que el de la pensión sanción fue ventilado y debatido también allí y que fue concedido a través de la sentencia segunda instancia que revocó la de primera instancia y que en su sentir no se cumplió correctamente lo dispuesto por el tribunal o que el tribunal se equivocó en la cifra de IPC inicial que consagro en su sentencia pues estos no son hechos nuevos para un nuevo proceso sino que o bien se incurrió en un error aritmético o en una causal de aclaración o corrección de la sentencia del tribunal que fue emitida el 19 de diciembre de 2008 y para lo cual existen los causes procesales pertinentes para esos efectos o bien se incurrió en un desacato a la providencia del tribunal ósea que la empresa demandada no cumplió a cabalidad la sentencia del tribunal y frente a eso lo que procede es un proceso ejecutivo porque se cumple en forma parcial o defectuosa la obligación contenida en el título, entonces son otras vías distintas a un nuevo proceso, esas vías que tienen que ver con la aclaración, corrección de providencia judicial, errores aritméticos en fin la que corresponda si es que se alegan errores en la sentencia al tribunal o bien en juicio ejecutivo si es que se considera simplemente como claramente lo menciona la parte actora en el escrito donde se pronuncia frente a esta excepción juzgada donde reitera que no se cumplió, que los errores los cometió la demandada al emitir la resolución en cumplimiento de ese fallo judicial, es decir que no estaría cumpliendo correctamente ese fallo en un evento dado pues que le corresponde a otra vía designar proceso ejecutivo pero entonces realmente en este caso si

estamos frente a una cosa juzgada porque es patente que una de las pretensiones y uno de los hechos es decir hechos y pretensiones que tiene que ver con el alegato de que el actor tenía derecho a una pensión sanción de la Ley 161 de 1971 eso fue debatido en el primer proceso no importa que sean otros hechos y otros objetos y otras pretensiones, pueden existir lo importante para que se consolide la cosa juzgada es que en el nuevo proceso se debatan hechos y pretensiones que ya se debatieron en otro. Así ese otro anterior pues allá tenido otros hechos adicionales y otras pretensiones, en este caso se reitera la temática de la pensión sanción fue discutida, fue debatida fue parte del litigio correspondiente en ese primer proceso y el Tribunal condenó y condenó en concreto, específicamente detallando los valores del IBL y el IPC inicial, decidió sobre el IPC inicial que se debió tener en cuenta para indexar el asunto de manera que una condena claramente en concreto pronunciándose el Tribunal en concreto sobre el monto de la mesada y la indexación sobre todo hay que tener en cuenta porque este proceso del 2019 viene y trata el tema de la indexación que si indexa la primera mesada pensional correctamente pero ese tema se repite lo resolvió en concreto y en detalle el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso que inició en el año 2003. Bien por todas esas razones el juzgado debe declarar aprobada la excepción previa de cosa juzgada que interpuso la parte demandada y declarar así la terminación del presente proceso..."

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso así: "...Lo que se trata en este proceso si bien fue tratado en la audiencia en el proceso anterior con sentencia ejecutoriada por parte del tribunal en el año 2008 en sentencia del 18 de diciembre del 2008 es la pensión sanción entre otras pretensiones y también como tal al aplicar la pensión sanción explicó la manera cómo se debía calcular no solamente la mesada sino también aplicar la indexación, es válido recordar y aclarar que la indexación es un derecho universal y por lo tanto también tiene garantía constitucional pues va arraigado a condiciones como el disfrute de una prestación que revierte la seguridad social como lo es la pensión sanción y que esta tiene carácter constitucional y que en materia laboral cuando se busca en un nuevo proceso que se dicte una sentencia que resuelva una situación susceptible de modificación como lo es la indexación, ya que la indexación no es una parte única, específica y definida desde un primer momento, sino que hay una autorización bajo decreto en leyes, por el mismo estado colombiano donde cada tanto tiempo se actualizan los valores de esas tablas de indexación de IPC, expedidas por el Dane y que son más susceptibles de aplicación en el momento en que están vigentes esas tablas. Así lo ha establecido las altas corporaciones como también se logró plasmar en el escrito memorial que se presentó al despacho al descorrer el traslado de la excepción como la T249 del año 2016 donde hace también alusión a sentencias de la Corte Suprema y de la misma Corte Constitucional como **sentencia T-114 del 2016 donde se explica que la indexación se debe hacer siempre un análisis profundo y detallado para determinar si a pesar de que se haya tratado en procesos anteriores se debe volver a revisar el tema dada la aplicación y es que aquí en este preciso caso como el que ocurrió con el demandante el señor José Antonio Gil en el caso donde se reconoció la pensión sanción, la **sentencia que tiene fuerza ejecutorial fue del 18 de diciembre del 2008** fecha para la cual estaba en vigencia la fase de IPC del año 98 por ende el Tribunal aplica de manera correcta los valores que se deben tener en cuenta y la fórmula que se debe aplicar para indexar esa mesada pensional o esa pensión sanción que está otorgando en su momento por ende y para ese mismo momento no era susceptible de aclaración o recurso alguno por parte del demandante puesto que estaba en una aplicación de manera justa y en derecho no obstante cuando se va hacer el reconocimiento que es para el año 2012 la tabla de IPC del año 2008 que tiene vigencia de aplicación a partir de enero de 2009 pues se encontraba plenamente vigente y esa tabla no indexa los valores únicamente del 2008 en adelante, lo hace como un conglomerado o un resumen de todos los IPC traídos que inicialmente estableció el juzgador del alto Tribunal pero que al momento de ser reconocida la pensión de manera administrativa al cumplimiento de la sentencia por parte de la demandada aquí EAAB, pues debió aplicar la tabla que estaba vigente para ese año que era la IPC del año 2008 y es allí cuando se sucede**

la diferencia pensional que aquí se refleja y al ser este derecho de la indexación de las mesadas pensionales un derecho universal ya suficientemente tratado por nuestras altas Cortes pues se debe tener en cuenta que no se le puede dar el criterio o el planteamiento de cosa juzgada cuando esa mesada que es susceptible de indexación así haya sido decidida por orden judicial o en un proceso que le antecede, por eso y en razón a eso es que se interpone este nuevo proceso porque no es susceptible tampoco de atacarlo por la vía ejecutiva puesto que el fallo como tal no tiene errores y en sí misma la resolución que establece la demandada en el momento del reconocimiento pues lo hace en aplicación estricta de esa sentencia, no obstante la misma sentencia argumenta en su parte considerativa la fórmula como se debe aplicar esa indexación y dice de manera puntual que esos valores se deberán ajustar a ley conforme a las tablas actualizadas del IPC que esté vigente para la fecha por esto es que si bien no incurre en un error supuesto de hecho por parte de la demandada al expedir esta resolución administrativa en cumplimiento a sentencia si incurre en un error de derecho al aplicar una tabla desactualizada causando un perjuicio prácticamente irremediable al actor si nos vamos a plantear sobre la situación de que lo que haya sido decidido en sentencia anterior pues no es susceptible de modificación así tratándose de derechos que como la indexación pues son cambiantes y son modificables en el transcurso del tiempo, esto no tiene nada que ver con el acatamiento a la seguridad jurídica puesto que no se está en contra de la sentencia que expidió en su momento el Tribunal Superior de Bogotá puesto que se ajustó a derecho en su momento.

*No obstante transcurrido el tiempo y al momento de hacerse efectiva esa pensión puesto que fue interpuesto un recurso de casación en su momento el cual casi 4 años después pues no fue efectivo ese recurso de casación interpuesto por la misma pasiva, **se deben aplicar normas que en equidad social atendiendo esos principios de la seguridad social pues no le vulneren esos derechos como mínimo o vital derecho a la seguridad social y el acceso a esta en condiciones de equidad y justicia conforme a los tratamientos universales o constitucionales que se tienen para el otorgamiento de este.** Por eso solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que al momento de revisar el recurso tenga muy en cuenta que lo que **aquí se trata es un derecho de indexación el cual es considerado universal y que es susceptible a modificaciones y para el caso que nos compete de manera concreta y en el momento de aplicación pues la sentencia** y el fallador del tribunal pues no estaba incurriendo en error alguno que provocara en mi demandante o a su vez a mi apoderado judicial del momento pues interviniera para a través de una acción ejecutiva obligare a la demandada a cumplir esta sentencia. Por eso solicito no solamente a los hechos expuestos en esta demanda sino que también al escrito que descurre el traslado a la excepción previa de cosa juzgada frente a los argumentos aquí expuestos en esta audiencia se revoque la decisión de instancia y se declare no probada esta excepción cosa juzgada y se ordene la continuación de este proceso, **para que haya una nueva sentencia que defina y ponga en situación de equidad y justicia social el tema de la indexación de la pensión sanción puesto que el perjuicio es irremediable.***

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, en el que la parte demandante afirma que la indexación es un principio universal y que así haya sido tratada puede volver a presentarse cada vez que haya una nueva tabla de IPC, con base en principios de equidad y justicia.

Debe resaltar la Sala que el fenómeno de la cosa juzgada como medio exceptivo previo, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de

justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por uno de los mecanismos de solución establecidos constitucionalmente.

Proseguir en consecuencia con el estudio de un nuevo proceso, para definir asuntos ya resueltos, conllevaría necesariamente a una repetición o a una contradicción de lo ya tratado en sentencias ejecutoriadas, contraviniendo con ello la eficiencia, celeridad y economía de la administración de justicia, además de principios de tan importante observancia como la seguridad jurídica.

Efectivamente el artículo 303 del CGP señala los requisitos para la configuración de la cosa juzgada, esto es la identidad jurídica respecto del objeto, causa y partes intervinientes, entre los dos procesos. Requisitos que, deben ser observados y verificados de manera estricta; y que desde ya la Sala advierte se encuentran configurados, pues existe identidad en cuanto a las partes y, también respecto del objeto y causa, como incluso el mismo recurrente acepta, pues no hay duda sobre el pronunciamiento no solo en primera instancia sino en segunda y mediante el recurso de casación; del tema acá nuevamente planteado.

Y es que el concepto de cosa juzgada como figura procesal, no se opone, desde luego a principios constitucionales, por el contrario, es en nuestra carta política en donde se garantiza que, **una vez resuelto un asunto por el Juez competente, no puede volver a ser presentado, bajo argumentos como variación de precedente, nuevas leyes nuevas normas, e incluso variación de tablas; porque ello no tiene nada que ver con que el tema ya haya sido definido, y como también reconoce el recurrente, se refiere a aspectos matemáticos, que en si no afectan la decisión.**

Ha sido muy claro e insiste la Sala en ello, que la variación del precedente, o emisión de nuevas leyes o sentencias, no dan lugar a la iniciación de un nuevo proceso, en la medida en que las únicas excepciones a la regla general de efectos de cosa juzgada de las sentencias que deciden de fondo, se encuentran contempladas en el artículo 304 del CGP, en las que se señala cuales sentencias no constituyen cosa juzgada, sin que allí se mencione la variación del precedente o que se dicten nuevas sentencias o leyes que no existían cuando se definió el primer proceso, o que cambien las tablas para materializar una formula, o que ello se afecte con el pase del tiempo y esto implique un nuevo hecho como afirma el recurrente. No sobra agregar que, la variación de un precedente, o nuevas leyes y sentencias, es una situación racionalmente previsible en sistemas jurídicos sometidos a una constante evolución y que se encuentran en disposición de adaptarse a las necesidades cambiantes de la sociedad que regulan. De esa manera y teniendo en cuenta que los conflictos deben encontrar una solución por la autoridad

constitucionalmente designada para ello, no pueden revivirse todos los procesos que traten un mismo tema, cada vez que la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales se dirija hacia otras consideraciones y posiciones, o se emitan leyes nuevas o se dicten sentencias que no habían sido proferidas, pues en tal caso las controversias sometidas a la justicia nunca tendrían una resolución definitiva afectándose ostensiblemente el principio de seguridad jurídica.

Después de esta referencia sobre los argumentos del recurso relativos a principios de justicia equidad, nuevas normas y violación de principios constitucionales que desde luego no tienen la fuerza para quebrar la sentencia apelada, la Sala debe revisar si se dan los requisitos del artículo 303 del CGP, que el Juez encontró acreditados, decisión que desde ya se advierte y se itera, acertada. Veamos.

Obra a folios 75 y siguientes la decisión en donde actuó como ponente la Dra. MARTHA LUDMILA AVILA TRIANA, de 19 de diciembre de 2008, por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá conoció por apelación, la sentencia proferida por el Juzgado primero laboral de descongestión de esta misma ciudad, estudiada en forma juiciosa por el Juez y en la que no solo se condenó al reconocimiento de la pensión solicitada, sino en la que ordenó la indexación, especificando la formula a utilizar para obtenerla, Esto es. $\text{Suma actualizada} = \text{suma por actualizar} \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$; luego en verdad el argumento del recurso sobre nuevas tablas, no resulta adecuado, pues ello dependerá de los índices a tomar y ello sin duda no hace posible un nuevo proceso, pues evidentemente si puede revisarse en el ejecutivo que materializa la suma.

Por lo expuesto y contrario a lo indicado por la parte demandante en sus alegaciones, no hay duda sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 303 del CGP para que opere la cosa juzgada; luego y en ese orden en la Sala **CONFIRMA** la decisión de primera instancia que llegó a idéntica conclusión, sin más consideraciones por innecesarias.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado.

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.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 17 2017 695 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: HELMAN EDUARDO GARCÍA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

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 D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 Colpensiones, revisa la Corporación la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor HELMAN EDUARDO GARCÍA GONZÁLEZ, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la resolución del contrato de administración de aportes pensionales suscrito entre él y Colfondos S.A., el 22 de abril de 1998, por incumplimiento de dicha AFP, de entregarle información, oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital que debería ahorrar para asegurar su mesada pensional, por lo que solicita se ordene su retorno al RPM, régimen al que estuvo afiliado hasta su fecha de traslado al RAIS y se ordene a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes por él efectuados junto con rendimientos y demás sumas recibidas como consecuencia de su afiliación, ordenándole a la APF en mención cubrir cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de su pensión en el RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 5 de enero de 1964, que inició su vida laboral cotizando a favor del entonces ISS y el 22 de abril de 1998, se trasladó a Colfondos S.A., que en dicho acto de traslado no fue informado de manera suficiente sobre las consecuencias de tal decisión, que realiza en dicho fondo aportes desde hace 19 años, del que ha recibido los correspondientes extractos de su CAI, en los que le informan cuánto ha ahorrado y las utilidades generadas por sus cotizaciones, que dichos extractos no contienen la información respecto de cuánto debe ahorrar para alcanzar una pensión conveniente; afirma que la AFP en mención, no le puso de presente las oportunidades con las que contaba para retornar al RPM, que sólo hasta el 5 de mayo de 2017 esa administradora elaboró una proyección pensional previa solicitud.

Afirma que se trasladó a dicho régimen por cuanto se le informó que era mejor pertenecer a él, ya que podría definir la fecha de pensión independientemente de la edad o tiempo de cotización, que el ISS estaba debilitado y sus cotizaciones allí efectuadas se podrían perder, que si bien se le indicó que para pensionarse debía acumular un capital superior al 110% del salario mínimo,

no se le informó a cuánto ascendía dicho capital, que no se le puso de presente proyección alguna de su situación pensional, tampoco le advirtieron que los rendimientos de sus cotizaciones estaban sujetos al comportamiento de la economía; que debido a dicha información, suscribió el formulario de afiliación con Colfondos S.A.; no obstante ello en los últimos 3 años empezó a analizar sus perspectivas pensionales y se percató de que la información brindada, no obedecía a la realidad ya que la proyección que recibiera en el año 2017, no se compadecía en nada con lo ofrecido en el momento de su traslado; por lo que elevó derecho de petición ante la AFP en mención, solicitando información respecto a su situación pensional, la que fue respondida de manera parcial e incompleta.

Indica por último que ante dicha respuesta elevó un nuevo derecho de petición solicitando se dejara sin efectos su vinculación al RAIS, la que fue respondida de manera negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1, 3, 6, 32 y 34, negó los No. 4, 7 a 9 y 11 a 21. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier nulidad en la afiliación, y ausencia de vicios del consentimiento.

Por su parte, COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones 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 en entidades del orden público.

La litisconsorte PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos negó los No. 4, 10, 12 a 15, 18, 19 y 26 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

La litisconsorte PROTECCIÓN S.A., no se opuso ni se allanó a la prosperidad de las pretensiones, negó el hecho No. 37 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con Protección, buena fe, inexistencia de vicio en el consentimiento y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de falta de cumplimiento de los presupuestos legales y jurídicos para regresar al RPM, cobro de lo no debido y prescripción.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor HELMAN GARCÍA, al RAIS, fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el señor GARCÍA GONZÁLEZ, se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación de validar la vinculación del demandante.

CUARTO: ORDENAR A COLFONDOS S.A., como actual administradora del régimen al que pertenece el demandante trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que conformen la CAI, tales como sumas adicionales de aseguradora, cotizaciones, bonos pensionales, todo con sus intereses, traslado de dineros que se hubiesen efectuado en su momento Protección y Porvenir S.A., todo con los debidos intereses, sin autorizar a Colfondos a efectuar ningún descuento, ni siquiera a título de gastos de administración.

QUINTO: ORDENAR A COLPENSIONES recibir ese traslado de dineros y convalidarlos en la historia laboral del actor para las semanas a que haya lugar.

SEXTO: CONDENAR en costas a Colpensiones y Colfondos S.A. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que las documentales aportadas al expediente, más el formulario de afiliación daban cuenta del traslado del actor al RAIS a través de Colfondos S.A., el 22 de abril de 1998, pudiéndose establecer que el demandante se había vinculado con el ISS desde 1982 y luego, estando en el RAIS se trasladó de Colfondos a Protección S.A., en el año 2002 y a Porvenir S.A., en el año 2004, donde permaneció hasta 2016, cuando retornó a Colfondos, habiendo cotizado para el ISS antes de su traslado 412 semanas.

Que para este tipo de controversias debido a un sinnúmero de tutelas instauradas por los ciudadanos persiguiendo el retorno al RPM, la Corte

Constitucional profirió las sentencias C – 789 de 2002 y SU 062 de 2010 y 130 de 2013, en las que dicha corte reiteró que sólo las personas beneficiarias del régimen de transición con 15 años de servicios a 1 de abril de 1994, podían retornar al RPM y recuperar dicho régimen, con el traslado de la totalidad de sus aportes depositados en la CAI del afiliado, señalando la necesidad de que dichos aportes fueran equivalentes en caso de que el afiliado nunca se hubiese trasladado al RAIS, que como quiera que una de las pretensiones del actor era retornar al RPM, se debía establecer si el demandante encajaba en algunas de las previsiones de las sentencias en mención, concluyéndose que no era así ya que a 1 de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicios.

Por lo anterior, como quiera que el demandante aducía que Colfondos S.A., no le había brindado una información clara, suficiente y oportuna acerca de las consecuencias de ese cambio de régimen para su situación pensional, advirtiéndose que la carga probatoria del deber de información estaba a cargo de la administradora en mención, sin embargo al remitirse al formulario de afiliación suscrito a Colfondos S.A., se podía constatar que se había consignado una información de carácter general en cuanto a los datos del afiliado, sin haber dejado plasmado ninguno de los datos pensionales del señor Helman, como tampoco que se le había advertido acerca de la conveniencia o no de permanecer en el RPM, régimen al que pertenecía, ni que se le haya puesto de presente las características de ambos regímenes, no quedó constancia de que se le hubiera hecho alguna proyección pensional, ni que se le hubiera puesto de presente las modalidades pensionales del RAIS, concluyéndose que se le había suministrado una información general de carácter comercial, sin ahondar en aspectos de orden técnicos indispensables para que el actor tomara una decisión informada.

Que dicha información se le debía brindar como mínimo al afiliado por la relevancia que adquiriría la libre escogencia de régimen pensional, procurando que optara por el que más le convenga, obligación que surgía como una contemplada en el reglamento de la seguridad social, que el demandante había permanecido afiliado al RAIS desde 1998, encontrándose afiliado a este, siendo pertinente resaltar que había realizado varios traslados horizontales en dicho régimen, los que conforme la jurisprudencia, no podían tenerse como un consentimiento del demandante de permanecer en dicho régimen, debiendo

cada una de las administradoras haber suministrado el deber de información; a folio 256 obraban documentos aportados por Porvenir S.A., contentivos de formulario de afiliación del demandante a dicha administradora y una comunicación enviada a este en el 2015, con los que se demostraría que dicha administradora cumplió al menos con una parte del deber de información ya que le invitó a una asesoría para que conociera la conveniencia de permanecer en dicho régimen, advirtiéndolo al demandante de las implicaciones de dicho cambio de régimen; sin embargo, el demandante finiquitó el vínculo contractual con la mencionada en el 2016 y la controversia debía limitarse al estudio del deber de información en el año de 1998, cuando el demandante pertenecía al RMP y su retorno a Colfondos en 2016, data para la cual se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009, que consagró los principios de información al consumidor financiero.

Así las cosas, en cuanto a tales actos de traslado a Colfondos, en 1998 y 2016, se reiteraba que conforme la línea jurisprudencia proferida al respecto por la Corte Suprema de Justicia, la carga probatoria le correspondía a la administradora y prueba allegada a efectos de probar el suministro de información, era insuficiente al efecto; aunado a ello de las respuestas emitidas por el actor en interrogatorio de parte se logró concluir que el demandante, no conocía acerca de las implicaciones de su traslado, pues no se las informaron a pesar de que en las dos oportunidades en mención la administradora Colfondos debió haberlo hecho y los silencios guardados al respecto por la administradora, conforme línea jurisprudencial creada desde la sentencia 31989 de 2009, era lo que derivaba en la ineficacia del traslado de régimen pensional y en cuanto a Protección y Porvenir S.A., ninguna decisión se podía tomar como quiera que el contrato que las había unido al demandante, había finiquitado.

Por lo anterior se debía ordenar a Colfondos el traslado de todas las sumas depositadas en la CAI del demandante, con sumas adicionales de la aseguradora y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, lo que impedía la descapitalización del fondo del RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que conforme a la carga de la prueba que indicó el despacho recaía en las AFP, si bien existía múltiple jurisprudencia al respecto, también era cierto que cada caso se debía analizar de manera particular y el deber de información se había venido perfeccionando con el paso del tiempo, razón por la cual no era dable exigir actualmente como lo hizo el despacho documentos que soporten la información brindada, de igual manera se echó de menos que se haya acreditado la existencia de comparativos en ambos regímenes, las diferencias de estos, no obstante ello, el requerimiento de dicho tipo de documentos motiva a la violación del principio según el cual, nadie está obligado a lo imposible reiterando que para el año 1998, no se exigía la elaboración de documento alguno en la que se constatará la información brindada y en diligencia de interrogatorio no se derivaba que no se hubiera cumplido con dicho deber máxime cuanto el demandante manifestó que no recordaba mayores circunstancias de dicho momento, y en escrito de demanda había señalado que se le indicó que para acceder a derecho pensional debía acumular un capital superior al 110% del salario mínimo, no obstante ello negó en diligencia de interrogatorio haber recibido tal información, lo que denota un contradicción en su dicho.

Señaló que el consumidor financiero también tenía deberes frente al sistema pensional y estaban consagrados en el Decreto 2241 de 2010, que le impone al demandante informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, en tal sentido, el despacho también debió haber analizado dicha obligación que recae sobre los afiliados de informarse, la que resulta de fácil acceso si se tiene en cuenta que la Ley 100 de 1993 es de fácil consulta para todos los ciudadanos; aunado a que con el traslado promovido por Colfondos S.A., no se había generado ninguna situación desventajosa al actor ya que el mismo se realiza cuando tenía 33 años de edad, le hacían falta más de 15 años para arribar a la edad pensional y en ese momento nadie le podía garantizar que siguiera haciendo sus aportes con el mismo IBC, como tampoco las coberturas de invalidez y muerte, que han estado cubiertos hasta la actualidad.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por el señor HELMAN GARCÍA GONZÁLEZ, se circunscribe a la resolución del contrato de administración de aportes, que se formalizara mediante formulario suscrito ante la demandada por COLFONDOS S.A., el 22 de abril de 1998, documental que fue allegada por la parte demandante a folio 88 del expediente digital.

En este orden, si bien se peticiona la resolución del contrato de afiliación, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar 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; oportunidades en 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; 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.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **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, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1998, 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.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el 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, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado del señor Helman, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

De igual manera, sobre este punto y contrario a lo señalado por la recurrente, de las afirmaciones esbozadas por el demandante al absolver interrogatorio de parte, no se extrae que haya sido debidamente informado de todas las consecuencias de su traslado de régimen pensional, pues indicó que únicamente se le habían puesto de presente características beneficiosas del RAIS, más no que se le hayan indicado las desventajas de pertenecer a este, ni un paralelo entre ambos regímenes pensionales, por lo que tal asesoría parcializada, no se equipara al deber de información; aunado a lo cual y si bien como lo indica esta demandada, el afiliado también tiene el deber de informarse, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados.

Es así como contrario a lo señalado por Porvenir y Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención 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 manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

Finalmente, se considera que hay lugar a 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 del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo 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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18 2019 00194 01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSE MANUEL VALENZUELA LEON
DEMANDADA: 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 DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 25 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las partes.

ALEGACIONES

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

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

El señor JOSE MANUEL VALENZUELA LEÓN, actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a COLPENSIONES, con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare que la señora LUZ MARINA OSPINA AMBROSIO, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, con las cotizaciones que efectuó al régimen de prima media con prestación definida en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, administrada por COLPENSIONES. Que se declare que el actor es beneficio de la pensión de sobrevivientes, desde el 12 de junio del 2000, fecha de la muerte de su esposa. Que como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada al pago de la pensión de sobrevivientes desde el 12 de junio de 2000 junto con el retroactivo correspondiente, las mesadas pensionales, los intereses, moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1.993, la indexación de las condenas y al pago de las costas del proceso. (fl.- 9-10)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló la actora en síntesis:

- Que la señora LUZ MARINA OSPINA AMBROSIO, falleció el día 12 de junio de 2000, por una enfermedad de origen común.
- Que la causante se encontraba afiliada a al ISS y había cotizado más de 300 semanas antes de 21 de abril de 1.994.
- Que la señora LUZ MARINA OSPINA AMBROSIO y el actor, convivieron desde su matrimonio celebrado el 27 de agosto de 1.983 y hasta la fecha de su deceso.
- Que solicitó en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue despachada de manera desfavorable mediante la resolución No. 00038 de 2002 y en su lugar le reconocieron una indemnización sustitutiva.
- . Que a la fecha sus hijos son mayores de edad y no se encuentran estudiando. (fl.- 3-4)

C O N T E S T A C I Ó N D E L A D E M A N D A

Una vez da la demandada procedió a dar contestación, a través de apoderado, quien se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en

su contra, en relación con los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 3, 4 y del 7 al 12, en relación con los demás señaló que no son ciertos o que les constan. Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe. (fls. 35-41).

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el día 25 de noviembre del año 2020, en la que resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la parte demandada, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor del señor JUAN MANUEL VALENZUELA LEÓN en un 100%, en la calidad de cónyuge, a partir del 5 de marzo de 2016, junto con las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, causadas y no pagadas, con los respectivos ajustes de ley en los términos del art. 48 de la Ley 100 de 1.993, sin que en ningún momento la mesada pensional pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente, junto con los aumentos de ley, acorde a las motivaciones que anteceden.

TERCERO (SIC): DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, relevándose del estudio de los demás, medios exceptivos, dado el resultado de la litis.

CUARTO: ABSOLVER, a la entidad demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, señálese como agencias en derecho la suma de \$877.803”

Fincó su decisión, señalando que en el presente juicio en primer lugar es necesario señalar que de conformidad con la fecha del fallecimiento de la causante, se puede establecer la normatividad que lo cobija. Es así que encontró de la revisión del expediente que el deceso de la causante ocurrió en el año 2000, es decir, en vigencia de la Ley 100 de 1.993 y sus decretos reglamentarios.

Ahora bien, al señalar los requisitos establecidos en el art. 46 de la Ley 100 de 1.993, y descendiendo al caso que nos ocupa, indicó que no se cumple con el requisito de densidad de semanas, como quiera que la causante no alcanzó a cotizar el número mínimo de semanas para dejar causado el derecho, esto es 26 semanas dentro del año anterior a su

fallecimiento, por lo que el demandante en principio, no tiene derecho a la pensión de reclama.

Sin embargo quedó acreditado que la actora cotizó un total de 483,14 semanas hasta el momento de su muerte, por tal razón y atendiendo al principio de equidad, consideró pertinente aplicar la condición más beneficiosa que para el presente asunto sería lo estipulado en el acuerdo 049 de 1990 ya que la causante había cumplido con uno de los requisitos para la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 6 de este acuerdo, cómo es haber cotizado antes de la muerte 300 semanas en cualquier tiempo.

Frente a este tema la Honorable Corte Suprema de Justicia el reciente jurisprudencia señaló y trabaja colación lo adoctrinado por está en anteriores provincias como la 47174 del 17 de abril del 2013, la 41300 del 12 abril del 2011, reiterada se menciona en la SL 4064 del 4 de septiembre del 2019, en la que adoctrinó lo siguiente “es de recordar que sobre el tema en cuestión está corporación tiene su propio criterio y se ha adoptado mayoritariamente que un afiliado al régimen del instituto los seguros sociales que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigido por los artículos 6, 25 y 27 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 el mismo año, esto es 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época aunque fallezca en vigor de la nueva ley de la seguridad social y no cumpla con el requisito el artículo 6 de la ley 100 de 1993, relativa a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, tiene derecho a que se le aplique el principio la condición más beneficiosa consagrada en el artículo 53 de la constitución política a fin de definir su situación pensión al respecto a sus beneficiarios”

En este sentido sirve Como fundamento lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia en casos semejantes, en los que no se cumple las exigencias mínimas respecto a las cotizaciones al sistema decididas por la ley 100 del 93 para efectos de acceder a la pensión de sobrevivientes, pero que se cumplan los requisitos previstos en el decreto 758 1990 argumentos que sirven de soporte a la decisión que aquí se adoptará.

Conforme al anterior y considerando que la señora demandante cotizó un total de 483.14, antes de la entrada en vigencia la ley 100 del 93 esto es, del 1 de abril de 1994, hecho que se desprende de reporte semanas cotizadas allegado por la demanda a folio 18 del expediente, esta circunstancia le permitirá la demandante acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, puesto que, lo cierto es, que la causante en vida cumple con la exigencia del literal B del artículo 6° del decreto 758 de 1990 norma anterior a la ley 100 de 1993, que exige un mínimo de 300 semanas de cotización en cualquier tiempo para la pensión de invalidez y que por remisión al artículo 25 ibidem, es la misma densidad exigida para la pensión de sobrevivientes.

En consecuencia y por ser la norma más beneficiosa es la que se debe aplicar en el presente caso, tampoco hay discusión en cuanto a la calidad de beneficiario de la prestación del actor, ya que la misma es reconocida por la demandada mediante resolución No. 00384 del 2002 y en la que le reconocen la indemnización sustitutiva al actor, por el fallecimiento de la señora Luz Marina Ospina.

Excepción. Realizado el estudio del expediente se observa que en el presente caso si operó el fenómeno de la prescripción, por cuanto la fecha del fallecimiento de la señora Luz Martina, acaecido el 12 de junio del año 2000, se presentó reclamación administrativa el 17 de mayo del 2001 contando el demandante Desde esa fecha para iniciar las acciones tendientes a obtener reconocimiento de la pensión de sobrevivencia con un período de 3 años, interponiendo la demanda ante la jurisdicción laboral tan solo el 5 de marzo del 2019, esto es superado con suficiencia el término trienal a que hacen alusión los art. 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo y la seguridad social, por lo cual el derecho prestacional será afectivo a partir del 5 de marzo el 2016 en adelante.

De lo estudiado no queda otro camino a este despacho que condenar a la entidad demandada COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del señor José Manuel Valenzuela León de conformidad con las previsiones de los artículos 6 y 25 del decreto 758 de 1990, que aprobó el acuerdo 049 la misma anualidad, en su calidad de cónyuge de la causante LUZ MARINA OSPINA AMBROSIO, sin que ningún

momento la mesada pensional pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Igualmente ordenó a dicha identidad reconocer y pagar a favor del demandante las mesadas pensionales ordinarias adicionales causadas, con los correspondientes ajustes de ley.

En cuanto a los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1.993, negó los mismos al igual que la indexación, ya que la prestación reconocida era una mera expectativa que solo se traduce en realidad ante la presente sentencia.

Finalmente frente a los hijos de la causante señaló que al cumplimiento de la mayoría de edad de cada uno de ellos, no acreditaron que estuviesen realizando estudios y en diligencias del 24 de febrero y 29 de septiembre del 2020 fueron vinculados al presente trámite en calidad de litisconsorcio.

Finalmente, advierte que mediante resolución No. 00384 del año 2012, el entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL reconoce al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes al considerar que éste no reunía los requisitos legales para obtener dicha acreencia, entonces con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa pues dicho concepto es excluyente frente al reconocimiento que se hace en este proceso de la pensión de sobrevivencia, se faculta a la demandada para que, de las mesadas adeudadas descuenta dichos valores en caso de haberlos pagado.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte actora:

“Respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra, de forma parcial, en contra de la decisión que usted acaba de tomar, pues específicamente, en cuanto a la absolución de las demás pretensiones de la demanda, toda vez que no se condena la entidad al reconocimiento de los intereses moratorios ni se ordena indexar las sumas reconocidas como retroactivo, para ello me permito reiterar que el artículo 141 de la ley 100 de 1993 dice que en caso de mora en el pago las mesadas pensionales de qué trata esta ley la entidad correspondiente reconocerá y pagar al pensionado además de la obligación a cargo y sobre importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. Sobre este tema hace referencia la sentencia SL 508 del año 2020 y la sentencia SL

4601 del año 2009, en la cual indica que para establecer los intereses moratorios los jueces laborales no deben evaluar el actuar de la administradora de pensiones, para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al menor una prestación, la condena intereses moratorios ópera de manera automática cuando a partir de la solicitud la prestación no se otorga entre los plazos establecidos. Adicionalmente en la reciente sentencia SL 1681 del año 2020, con ponencia la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Corte Suprema justicia en su sala laboral indicó “lo anterior derrumba el argumento expuesto en la sentencia SL 18273 del 28 de noviembre del año 2002, según el cual los intereses del artículo 141 de la ley 100 de 1993 se imponen cuando se trata una pensión que había reconocerse con sujeción a su normatividad integral, dado que una pensión otorgada al Amparo del reino de transición no es una prestación ajena al sistema o excluida de su campo de aplicación simplemente se trata una pensión con una exigencia de específicas más favorables de forma similar a como ocurre con la pensión especial por hijo inválido o la pensión especial por alto riesgo las cuales tienen condiciones funcionales más benéficas que la pensión de vejez ordinaria sin que ello signifique que estas prestaciones no sean parte del sistema general de pensiones de la ley 100 de 1993”, en este orden no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 pues se repite estas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones; así las cosas es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la ley 100 de 1.993, alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales de qué trata esta ley entender por tal, únicamente las pensiones de vejez o invalidez de sobrevivientes tienen validez, finalmente la sala concluye con artículo 141 ley 100 de 1993 que esta tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones por consiguiente se está frente a una regulación unificadora aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal, recientemente el tribunal superior de Bogotá en sentencia del 30 de octubre del año 2020 en el proceso radicado 2019 – 463, demandante la señora ANA ISABEL VEGA DE TIRADOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES por situaciones o hechos similares a los que aquí se discuten ordenó el reconocimiento a los intereses moratorios sin importar se tratara de una pensión bajo el principio de la condición más beneficiosa. Bajo estos argumentos se solicitó pesada al honorable tribunal revocar parcialmente la sentencia proferida por el despacho en cuanto negó los intereses moratorios y en su lugar se condene a la administradora colombiana de pensiones al reconocimiento de los mismos y en caso de que no se ordene, se condene a la indexación de las sumas reconocidas como retroactivo”.

Apoderada de la demandada COLPENSIONES:

“Me permito presentar recurso de apelación de manera parcial frente a lo que refiere a las costas del proceso teniendo en cuenta pues que mi representada ha actuado de conformidad con los términos de ley y bajo los fundamentos de la buena fe y se pone a consideración de los señores magistrados el pago de las costas debido pues a que la normatividad le permite abstenerse de este tipo de condena para lo cual principalmente acudo, y al art. 48 de la constitución nacional de Colombia, en los términos

que establezca la ley, en este tanto el pago de los intereses moratorios es contrario a la preceptiva legal y se recuerda a la sala laboral que la realidad, en la jurisdicción ordinaria laboral para mi representada referente a los procesos ejecutivos, se basan en su gran mayoría al pago de costas, por lo que la no condena de estas evita la congestión judicial salvaguardando los principios de sostenibilidad financiera del sistema pensional, ”

C O N S I D E R A C I O N E S

De acuerdo con lo establecido el artículo 66 A del C P del T la Sala se referirá **única y exclusivamente a las materias objeto del recurso interpuesto**, esto es, a los argumentos o motivos de inconformidad que los apelantes señalaron en la oportunidad procesal pertinente, así mismo, se estudiara dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES.

Vista la decisión del Juez de primera instancia, junto con los argumentos de las apelaciones, corresponde a la Sala determinar si es procedente condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor del demandante en calidad de cónyuge de la causante LUZ MARINA OSPINA AMBROSIO (q.e.p.d.).

Lo primero que debe precisar la Sala de Decisión es que, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento de la señora LUZ MARINA OSPINA AMBROSIO (12 de junio de 2000), las disposiciones con base en las cuales se resuelve la pensión de sobrevivientes, son el artículo 46 y el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su texto original, esto es, sin modificaciones, normas que en su orden determinan en principio los requisitos para acceder a la prestación reclamada y los beneficiarios de la misma, señalando:

“Art. 46. Requisitos para obtener la pensión de Sobrevivientes:

1.-. . . 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiera cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte. . . “*

El Art. 47 de la Ley 100 de 1.993 prevé los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (antes denominada sustitución pensional), así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o de invalidez, y hasta su muerte, y hayan convivido con el fallecido no menos de dos años continuos con anterioridad a su muerte salvo que haya procreado uno o dos más hijos con el pensionado fallecido.”

En primer lugar, no fue materia de controversia la calidad de cónyuge de la causante, que ostenta el demandante, señor JOSE MANUEL VALENZUELA LEON y así fue aceptado por la demandada en las diferentes resoluciones, como en la No. 000384 del 2002, en la que se le reconoció dicha calidad y se ordenó el pago de la indemnización sustitutiva. Igualmente se encuentra demostrado que la causante no cumplió con el requisito de densidad de semanas cotizadas con anterioridad a su fallecimiento, esto es, 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior, ya que su última cotización, la realizó el 01 de marzo de 1991 (fl.-22).

No obstante lo anterior, descendiendo al caso que nos ocupa, se ha de señalar que en materia pensional el Principio de Favorabilidad ha sido desarrollado por la jurisprudencia a través de la concepción de *condición más beneficiosa*, como manifestación de ese postulado por la vía de conflicto entre dos normas eventualmente aplicables.

El continuo tránsito normativo que afecta las expectativas pensionales en nuestro país, ha merecido una especial atención por vía jurisprudencial a

fin de apaciguar la incertidumbre que crea ese permanente cambio legislativo, pero principalmente la necesidad de despejar cualquier duda en la aplicación de los principios rectores que nos gobiernan, como ocurre en el caso bajo estudio.

El criterio de la *condición más beneficiosa* presume, en lo que se refiere al tema pensional, la posibilidad de aplicar dos o más preceptos normativos que regulan o regularon el tema, no por virtud del régimen de transición sino por la acreditación de los requisitos exigidos en su vigencia para acceder a determinada prestación. Obviamente esta modalidad del Principio de Favorabilidad parte de la premisa que los varios regímenes pensionales **son aplicables** al asegurado, y que en su vigencia **se cumplieron los requisitos** exigidos por ella.

Ahora bien, entrando concretamente a la pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en señalar que esta posibilidad –aplicación del principio de favorabilidad– resulta viable cuando el fallecimiento ocurre en vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, siendo la norma inmediatamente anterior el Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 de 1990).

Así las cosas y como quiera que la causante falleció en el año 2000, es decir cuando se encontraba vigente la ley 100 de 1993, sin modificaciones, y sin consolidar los requisitos que esa norma contempla para adquirir el derecho que demanda su beneficiaria (pensión de sobreviviente del artículo 46), también es cierto que cuando esa normatividad entró en vigencia, ya habían ocurrido los supuestos fácticos fundamentales que el Acuerdo 049 de 1990 contempló para que surgiera el derecho a la pensión solicitada.

Efectivamente, acorde con el artículo 25 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 de febrero 1° de 1990, para tener derecho a la pensión indicada por muerte por riesgo común, se requiere que, a la fecha del deceso, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por

riesgo común o que estuviere disfrutando de la pensión de invalidez o de vejez. A su vez el artículo 6° ibidem prevé que para tener derecho a la pensión de invalidez de origen común es indispensable haber cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del fallecimiento o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.

Por todo lo anterior, se encuentra que la decisión adoptada por la Juez de primer grado fue acertada, como quiera que la actora antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ya contaba con 483,14 semanas cotizadas, por lo que se confirmará la decisión en este aspecto.

INTERESES MORATORIOS

En relación con este aspecto, planteado en el recurso por la parte demandante, se tiene que aquellos 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.

Así las cosas, la Sala advierte que los fondos de pensionales se encuentran en mora, cuando el solo contraste de la situación fáctica con la norma, permite obtener la certeza de que el peticionario de la prestación es beneficiario de la misma y, superados los lapsos concedidos en las normas aplicables (Leyes 700 y 717 de 2001) la entidad no la reconoce. (SL2425 de 2016).

Sin embargo, no existe mora, en concepto de esta Colegiatura y acogiendo lo establecido por nuestro órgano de cierre (SL2425 de 2016), cuando el derecho pensional solamente se clarifica luego de un debate judicial en el que se aviste, con claridad, su existencia y así se declare.

En el presente caso, para la Sala no hay duda que fue la controversia judicial la que permitió llegar a la conclusión de que, la actora cumplió los requisitos para causar la pensión de sobrevivientes, **en aplicación de la condición más beneficiosa**, por lo que errado es hablar de mora por parte de la demandada, que negó la prestación, con apoyo en una interpretación admisible de la ley, por lo que no hay lugar a imponer condena por intereses moratorios en la forma pretendida, por lo que se ordenará la indexación del retroactivo a que haya lugar y se revocará la sentencia en este aspecto.

Finalmente se habrá de confirmar lo relacionado con la condena en costas toda vez que la demandada presentó oposición a las pretensiones de la demanda y resultó vencida en el presente juicio, de conformidad con lo señalado en el artículo 365 del C.G.P.

Sin costas en la alzada.

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 cuarto, de la sentencia objeto de estudio, conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar el retroactivo a que haya lugar de manera indexada, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de estudio,

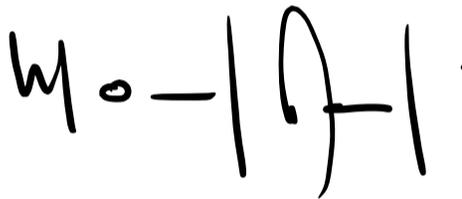
CUARTO: Sin costas en la alzada.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA 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. 19-2018-0219-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: IXACA GARATE AZPITARTE

DEMANDADOS: SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

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



ANTECEDENTES

El señor Ixaca Garate Azpitarte por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la empresa demandada a término fijo; que el mismo fue terminado sin justa causa, que el concepto de prima de fidelidad equivalente a 1.000 euros constituye salario, así como la suma de \$1.500.000 por concepto de alojamiento; que la demandada tiene la obligación de pago del vehículo adquirido por el actor; que la sociedad incumplió el pago de los 1.000 euros durante seis meses posteriores a la terminación del acuerdo de fidelidad; como consecuencia de ello solicita se condene a la convocada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al reajuste salarial y de Seguridad Social teniendo en cuenta los 1000 euros de prima de fidelidad, y la suma de \$1.500.000 de alojamiento; que se condene a la sociedad al pago de 26 millones equivalentes al valor del vehículo; al pago de 1500 euros mensuales correspondientes por 6 meses equivalentes en pesos colombianos, y a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, que inició a trabajar en el cargo de director comercial de la sociedad demandada en la sucursal Colombia, que en síntesis en lo que interesa a la decisión, con fecha 5 de febrero de 2014 se celebró el denominado acuerdo de prima de fidelidad entre la sociedad SDB BENELUX SA con sede en luz en Luxemburgo, y el demandante; que el acuerdo anterior se pactó con una vigencia de un año con renovación automática, por un valor de 1000 euros mensuales, con pagos directos al



**Proceso Ordinario Laboral 19 – 2018 – 0219 – 01 DTE: IXACA GARATE AZPITARTE DDO:
SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.**

trabajador, de los que dice eran habituales, y remuneraba el servicio, que dicho pago no era de mera liberalidad ni podía ser revocado unilateralmente por el empleador, y que por ello es constitutivo de salario; que también, se pactó entre las partes la suma de 1500 euros mensuales durante los 6 meses posteriores a la terminación del contrato, con la condición que el trabajador no laborará para la competencia en Colombia, Europa o Estados Unidos, situación que dice se cumplió Por su parte; que el 10 de marzo de 2014 el demandante celebró un contrato laboral a término fijo por un año con la sociedad demandada para desempeñar el cargo de director comercial, para lo cual, se pactó un salario mensual de 1500 euros o su equivalencia de \$4.200.000, junto con el pago de un auxilio de rodamiento en la suma de 300000 mensuales, auxilio que se pagaba directamente al trabajador que era habitual, en fin, que constituía salario; que en el mismo contrato, se acordó que el empleador pagaría al trabajador un bono de alojamiento por el valor máximo de \$1.500.000 del cual dice también era constitutivo de salario; se pactó que el empleador le daría un automóvil de la empresa al trabajador, frente a lo cual agrega, que para el mes de enero 2015, ante la situación de iliquidez de la empresa se le dijo que él debía comprar un vehículo, para que la demandada pagará las cuotas mensuales, pero que hasta la fecha no se ha cancelado cuota alguna; el día 11 de marzo de 2015 las partes celebraron un nuevo contrato laboral a término fijo a un año en las mismas condiciones del anterior; que el día 15 de junio de 2016 fue despedido sin justa causa por el director de la demanda; que para dicha terminación no se informó sobre la decisión con antelación de 30 días tal como se había establecido en el punto 7 del contrato de confidencialidad, y que por ello, considera que operó lo que denomina la tácita reconducción teniendo como consecuencia de la prórroga por un periodo igual al inicialmente pactado; que la demandada tenía la obligación de suministrar el tiquete y envío de sus enseres personales dentro



del mes siguiente a su despido; que la cesantías les fueron entregadas solo hasta el 15 de julio del 2015.

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 6, 9, 10, 11, 14 a 19, manifestó no constarle el 1, 2, 4, 5, 7, 8, y negó los demás. Como excepciones formuló de mérito las que denominó pretensiones de la demanda atribuibles a tercero, liquidación laboral ajustada a derecho, prescripción y temeridad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que entre **IXACA GARATE AZPITARTE** identificado con C.E.476.966 y **SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.** NIT 811 040142-0, existió una relación laboral vigente entre el 10 de marzo de 2014 hasta el 16 de junio de 2015, bajo dos contratos de trabajo a término fijo de un año desempeñando como último cargo el de **DIRECTOR COMERCIAL** con una última remuneración de **CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$4.500.000)** conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de **TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$39.750.000)** por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, conforme la parte motiva de la sentencia.



TERCERO: DECLARAR probada la excepción de pretensiones de la demanda atribuibles a un tercero, propuesta por la pasiva, y de oficio la de cobro de lo no debido y no probadas las demás.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada en costas del proceso. Líquidense por Secretaría.

Las partes quedan notificadas en ESTRADOS

(...)

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

“Que el problema jurídico consiste en establecer teniendo en cuenta los hechos aceptados, es si los pagos por concepto de prima de fidelidad, bono de alojamiento, pagados al demandante constituían factor salarial y en caso afirmativo determinar si le asiste derecho a la reliquidación de los aportes, a la seguridad social, si le asiste derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, la indemnización moratoria del art 65 del CST, así como el valor de los 26 millones de pesos por concepto de compra de vehículo y 1500 euros mensuales por los 6 meses siguientes a la terminación de la relación por el acuerdo de fidelidad.

Que los extremos de la relación laboral se acreditan con los contratos de trabajo a término fijo que obran a folios 18 a 27 del expediente.

Sobre la relación laboral no fue objeto de discusión la suscripción de los dos contratos de trabajo a termino fijo a un año, siendo el primero entre el 10 de marzo de 2014 hasta el 10 de marzo de 2015, y el segundo el 11 de marzo de 2015 hasta el 11 de marzo de 2016, en el cargo de director comercial; tampoco que el último contrato terminó por el despido sin justa causa el 16 de junio de 2015 como fue aceptado por la demandada en el escrito de contestación, fecha que puede obtenerse de la carta de autorización para el retiro de cesantías visible a folio 92, situaciones que serán excluidas del presente proceso.

Sobre el salario y la reliquidación de prestaciones sociales, existe controversia frente al salario que devengaba el actor en la ejecución de la labor, ya que se solicita que se tenga como factor salarial para ambos contratos los pagos que recibió por concepto de alojamiento y prima de fidelidad, que ascienden a un millón quinientos mil pesos o mil euros; consideró que el actor devengaba para ambos contratos 1500 euros equivalentes a cuatro millones quinientos mil pesos, más el auxilio de rodamiento por el valor de 300 mil pesos pagaderos mensualmente, valores estipulados en los contratos folios 18 y 27 y conforme lo aceptado por la demandada en la contestación;



**Proceso Ordinario Laboral 19 – 2018 – 0219 – 01 DTE: IXACA GARATE AZPITARTE DDO:
SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.**

que desde ya indica que la denominada prima de fidelidad se negará como factor salarial porque conforme el art 167 del CGP era deber de la parte interesada allegar los medios de prueba pertinentes para inferir que recibió esos pagos de manera constante y habitual por este concepto, que más allá de lo consignado en el acuerdo de fidelidad folio 17 y 53 no se observa que el dte recibiera el valor afirmado;

sobre el bono de alojamiento pactado en el parágrafo primero de la cláusula 10 de ambos contratos si bien obra una factura de pago por el mes de junio del año 2015 folio 89, se pudo corroborar que el pago de este concepto era constante y habitual como fue ratificado por la señora Catherine Ruiz al rendir el testimonio, a quien le consta que para la época para la que estuvo vigente la relación laboral, ella era la gerente general de la empresa, que para verificar si el concepto hace parte como factor salarial se remite a los art 127 y 128 del CST, que el mismo no se declarará factor salarial, ya que en el mismo contrato suscrito entre las partes se pactó que se excluía ese concepto del salario del demandante, lo cual no resulta contrario a los derechos del trabajador, ya que por ser extranjero dicho valor era pagado por el empleador para que pudiera desempeñar sus funciones asegurándole una residencia en Colombia de lo que puede concluirse plenamente que ese pago no era una retribución por el cumplimiento de las funciones ni enriquecía el patrimonio del actor, que en la factura de pago a folio 89 como el testimonio de la señora Ruiz el pago era realizado directamente al señor Felipe Ruiz como dueño del apartamento donde residía el dte por lo que es claro que este no podía disponer de esos dineros de manera libre, que si bien es cierto que en materia laboral son ineficaces aquellas cláusulas que se pacten en contravía de los derechos y garantías mínimos contenidos en el CST conforme el art 13 del mismo, lo cierto es que el acuerdo mediante el cual las partes estipularon que beneficio debatido no constituía salario no contraviene ningún derecho o garantía del dte ya que no va contra los intereses del trabajador sino en su beneficio, por lo que se niega la reliquidación solicitada.

Conforme lo anterior, declara la relación de trabajo desde el 10 de marzo de 2014 al 16 de junio de 2015, con dos contratos de trabajo a termino fijo, con el cargo de director comercial con un salario mensual de 4 millones 500 mil pesos, discriminados en 4 millones 200 mil pesos equivalentes a 1500 euros, más el auxilio de rodamiento por el valor de 300 mil pesos.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, las causas para terminar los contratos de trabajo se encuentran consignadas en los reglamentos internos de trabajo, en la convención colectiva o pacto colectivo aplicable al trabajador art 60 y 61 del CST, que si la terminación no se debe a los escenarios antes referidos se configura el despido sin justa causa en los términos del art 64 del CST lo cual genera la consecuencia jurídica como el pago de la indemnización correspondiente, que en este caso no es parte de la discusión verificar la existencia de la justa causa del despido, ya que fue aceptado por la demandada que la relación de trabajo fue terminada sin justa causa, lo que importa determinar es si el empleador canceló la misma, a la cual tenía derecho el dte, la cual se constituye por los salarios dejados de percibir a la fecha de terminación del contrato de trabajo a término fijo que se encontraba vigente que tenía como fecha de terminación el 11 de marzo de 2016; que la demandada le correspondía acreditar el pago no lo allegó, no lo aportó razón suficiente para condenar al pago de la suma de 39 millones 750 mil pesos por concepto de indemnización por despido sin justa causa.



**Proceso Ordinario Laboral 19 – 2018 – 0219 – 01 DTE: IXACA GARATE AZPITARTE DDO:
SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.**

Sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, no se encontró que la demandada debiera al dte sumas por concepto de salarios o prestaciones, que el dte aceptó en interrogatorio que a la finalización del contrato la empresa se encontraba al día respecto de lo que eran salarios y cesantías, y dado que no se pidió por otros emolumentos, absuelve por ese concepto.

Sobre el acuerdo de pago del vehículo, esto se supedita a la acreditación de quien lo alega, el actor no logró demostrar la existencia del presunto acuerdo al que llegara con la señora Lucca Caccioli para la devolución de los 26 millones de pesos que fueron gastados por el demandante para la compra de un vehículo; lo anterior, dado que frente a dichos conceptos solo se tiene que la entidad demandada indicó mediante correo electrónico del 18 de dic de 2015 no tener conocimiento del mismo, y que cuando se le preguntó a la señora Ruiz, solo indicó que la oficina de Italia solo les informó el pago de salario, un arriendo, la cuota inicial de la compra de un carro y el rodamiento, por lo que no se puede determinarse las características de ese acuerdo lo que conlleva a la absolución de la demandada respecto de ese concepto.

Sobre el acuerdo de fidelidad, el art 1602 del Código Civil, se debe garantizar la exigibilidad de las obligaciones que emanan de los documentos suscritos bajo los parámetros de nuestro régimen normativo, este despacho no resulta ser el competente para realizar el estudio respecto de la obligación surgida en un acuerdo de fidelidad que obra a folios 16 y 17, ya que de su contenido se puede evidenciar que quien se obliga al pago de los emolumentos allí suscritos fue el señor Petrini representando a SDB BENELUX entidad que es diferente a la demandada, aunado al hecho que el dte aceptó que el mismo fue suscrito en Italia, es claro que la resolución de la pretensión se escapa de la órbita de nuestra jurisdicción y competencia, por lo que cualquier obligación surgida del mentado documento debe ser estudiado bajo la ley en la que fue suscrita y de ser necesario ser dirimido por el juez natural del país al que corresponde, siendo razón suficiente para negar esta pretensión.

Sobre las excepciones se declara probada la denominada pretensiones atribuibles a un tercero y de oficio la de cobro de lo no debido, y no probadas las demás. Costas a cargo de la demandada.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpongo el recurso de apelación en contra de la sentencia; manifestó que en la primera audiencia de fijación del litigio se excluyó del debate probatorio el hecho 11 que establecía que dentro del contrato celebrado el 10 de marzo de 2014 se estableció que el empleador pagaría al trabajador un bono de alojamiento por \$1.500.000, así quedó fijado el litigio, el cual no fue objeto de recursos, quiere decir que el hecho 11 se excluía del debate probatorio; que a folio 89 aportado por la demandada se puede evidenciar un pago que corroboraba el acuerdo al que habían llegado las partes, acuerdo que fue manifestado por la representante legal de la demandada, que ese hecho esta probado con la confesión ficta del representante legal que se negó a absolver interrogatorio y que en virtud del artículo 198 como lo manifesté en los alegatos de conclusión, esa confesión ficta tiene que ser tenido en cuenta por que el art 198 dice que cuando una empresa tiene varios representantes legales cualquiera de ellos puede



**Proceso Ordinario Laboral 19 – 2018 – 0219 – 01 DTE: IXACA GARATE AZPITARTE DDO:
SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.**

absolver el interrogatorio sin que pueda manifestar circunstancias de tiempo o que los hechos no le constan.

Que conforme a los art 164 el CGP y 60 del CPT SS el juez debe estarse a los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, que en el proceso está debidamente acreditado tal circunstancia.

Con relación a lo considerado por el juzgado que ese salario se pagaba a un tercero y que fue convenido por la empresa para que no se le pagara directamente a él, la Corte en sentencia 39475 del 13 de junio de 2012 estableció que la ley no autoriza a las partes para que modifiquen el aspecto salarial, que la testigo representante legal manifestó que era un bono para él pero que la voluntad del dte fue que eso se le pagara a un tercero, que conforme con el 1618 se obligó con un tercero aspecto que no es competencia del juzgado porque es una relación civil, y lo que manifestó el dte fue que el \$1.500.000 que era habitual y se le debía pagar a él, este por mera liberalidad tercerizó la situación para que mediara frente a ese contrato civil de alojamiento, no era entre la empresa, esta nunca participó se le pagaba a él pero por instrucciones del dte se le pagaba a un tercero, ese tercero escapa de la orbita laboral, que manejaba un vínculo contractual civil que escapa a lo laboral, que por lo anterior es claro que el \$1.500.000 era constitutivo de salario porque se le pagaba directamente al trabajador, que si se hubiese probado que la empresa hubiera contratado ese servicio y el dte no hubiera manifestado voluntad ni nada, sino simplemente la empresa hubiera tenido ese contrato o ese vínculo con ese tercero ahí sí, porque se le estaba pagando en especie el alojamiento, pero que lo que esta demostrado es que al dte se le pagaba \$1.500.000 por concepto de alojamiento, que el autorizara para que fuera depositado en otra cuenta eso escapa de lo laboral, él puede tener sus vínculos civiles con otro tercero y por eso reitero la Corte ha sido insistente en que las partes no pueden desnaturalizar el salario, pueden pactar que el salario sea pagado en especie pero eso no resta incidencia salarial, que conforme al artículo 66 queda debidamente sustentado el recurso frente al aspecto que si constituía salario.”

PARTE DEMANDADA

“Que se adhiere a la apelación interpuesta por el apoderado del demandante para solicitar que la segunda instancia se admita la compensación de la suma que le fue abonada al demandante por la suma de \$8.516.963, y que finalmente tal y como consta en el hecho 11 se tiene que lo que se admitió en el proceso fue que si bien se hacia un pago al demandante por bono de alojamiento mensual el mismo se pactó expresamente como no constitutivo de salario conforme al parágrafo 1 del art 10 del contrato de trabajo.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis y en común, obedece a la



**Proceso Ordinario Laboral 19 – 2018 – 0219 – 01 DTE: IXACA GARATE AZPITARTE DDO:
SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.**

incidencia salarial del bono de alojamiento por valor de \$1.500.000, que de una parte se insiste en ello, y de otra se niega que así sea; además, aunado a lo anterior, el apoderado de la parte demandada solicita se admita la compensación de la suma que le fue abonada al demandante por la suma de \$8.516.963.

Previo a descender en el análisis de los puntos de apelación expuestos por las partes, es necesario advertir que, si bien el apoderado allegó varios escritos ante el Tribunal a manera de sustentación del recurso de apelación, lo cierto es que el contenido de los mismos solo pueden ser apreciados en segunda instancia como parte de los alegatos de conclusión, de conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, norma que señala que: *“Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita”*.

Aunado a lo anterior, el artículo 66 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, establece sobre la apelación de sentencias de primera instancia que: *“Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente”*, en tal orden de ideas, en el presente asunto habiéndose concedido el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, es por lo que, esta Sala de Decisión solo puede atender el mismo en la manera en que fue sustentado en la oportunidad procesal correspondiente, en concordancia con el principio de consonancia que rige el mismo.



Aclarado lo anterior, de igual manera, es oportuno advertir al apoderado de la parte actora, que por el hecho que, en la oportunidad de fijación del litigio se haya excluido del debate probatorio el hecho once (11) de la demanda, que contiene la exposición fáctica del concepto objeto de apelación, esto es, el pago de la suma de \$1.500.000 por concepto de alojamiento, no por ello, necesariamente deba tenerse automáticamente por probado que el mismo constituía salario, además que, la demandada al aceptar el mismo en la contestación de la demanda aclaró que si bien se hacía ese reconocimiento, el mismo no era parte integrante del salario, de todas maneras en momento alguno, la parte convocada lo ha aceptado así.

Ahora bien, sobre el primer punto de reproche, esto es, que el mentado bono de alojamiento constituía factor salarial, debe recordarse lo señalado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, sobre los pagos que no constituyen salario:

“No Constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, se servicios o de navidad.”



**Proceso Ordinario Laboral 19 – 2018 – 0219 – 01 DTE: IXACA GARATE AZPITARTE DDO:
SAVINO DEL BENE COLOMBIA S.A.S.**

Conforme la norma antes citada, a folios 54 a 58 obra copia del contrato laboral suscrito entre las partes, del cual al interior de la cláusula DECIMA se precisó los pagos que no constituirían salario, entre los que aparece en el párrafo primero el concepto de bono de alojamiento por valor de \$1.500.000, advirtiendo que éste solo sería válido durante el primer año de empleo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a referirse sobre el asunto en sentencia del día 14 de noviembre de 2018, SL5159-2018, radicado 68303, con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, expreso que, el criterio conclusivo para determinar el carácter salarial o no de un pago, consiste en determinar si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo, es decir, conforme el criterio pacífico y reiterado de la Alta Corporación en materia laboral, lo que convierte un pago como parte integrante del salario, es su destinación, que se reitera, si se hace para retribuir la labor, no hay duda que es salario.

No obstante, en el presente caso, no puede inferirse que el concepto denominado bono de alojamiento pagado al actor de manera periódica en suma de \$1.500.000 sea parte del salario, comoquiera que, primero, sobre su no incidencia salarial se dejó acordado en el contrato de trabajo, y segundo, se encuentra plenamente acreditado que su destinación era para sufragar el costo de alojamiento o habitación, para que el actor pudiera desempeñar sus labores en Colombia, sin que se trate de una manera de ocultar la incidencia salarial de esa suma con el pago del canon de arrendamiento como lo intenta hacer ver el apelante, y menos que se trate de salario en especie, lo anterior, resulta suficiente para confirmar la decisión de instancia en tal sentido.



Por otro lado, sobre la solicitud que hace el apoderado de la demandada para que se admita a manera de compensación una suma de dinero, entiende la Sala que lo así pedido, sugiere que se acepte esa posibilidad en aras de contribuir al pago de la condena impuesta por concepto de la indemnización por despido sin justa causa; sin embargo, sabido es, y conforme el criterio de la Sala de Casación Laboral esgrimido entre otras sentencias, en la del 16 de junio de 2021, SL3436-2021, radicación 81830, M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, y SL 4327-2021, radicación 85795 del 22 de septiembre de 2021, M.P. Fernando Castillo Cadena, para que proceda la excepción de compensación se requiere la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes, es decir, que tanto el empleador como el trabajador sean deudores y acreedores entre sí, lo cual no fue acreditado en el presente proceso, y por tanto, esa posibilidad no puede ser avalada.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20 2018 016 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: ADRIANA RINCÓN MONTERO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Sharon Casas Buchar, 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 D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 Colpensiones, revisa la Corporación la sentencia proferida el 2 de julio de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de Colpensiones y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora ADRIANA RINCÓN MONTERO, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., la asesoró de manera errada e inadecuada, sin hacer un análisis juicioso sobre su situación pensional y las consecuencias que le implicaría dicho traslado, que no le suministró dicha asesoría previo al cumplimiento de los 47 años de edad; solicita por ello se declare la nulidad de dicha afiliación, se ordene a Protección efectuar el traslado a órdenes de Colpensiones de sus aportes junto con rendimientos y se ordene a esta última aceptar el mismo.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 23 de agosto de 1961, que inició su vida laboral cotizando para el ISS, desde el 1 de abril de 1980 y el 21 de junio de 1994, debido a una mala asesoría, se trasladó al RAIS, por intermedio de Colmena hoy Protección S.A., para lo cual le indicaron que se pensionaría a menor edad de la legalmente requerida y podía acceder a excedentes de libre disponibilidad, aunado a que su mesada pensional en dicho régimen, sería mayor a la que recibiría de permanecer en el RPM, que actualmente se encuentra afiliada a dicho fondo y cuenta con más de 1500 semanas cotizadas a ambos regímenes.

Indica que cuenta con 57 años de edad y antes de quedar inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, no fue informada por la AFP demandada respecto de la posibilidad que tenía para retornar al RPM y el 18 de julio de 2018, diligenció formulario de afiliación ante Colpensiones, entidad que negó su solicitud de traslado; señala que igualmente elevó ante Protección solicitud de proyección pensional, AFP que le indicó que a los 56 años su mesada pensional sería de \$1.470.024, mientras que en el RPM y conforme su IBC, esta ascendería a \$2.474.547, lo que evidencia el perjuicio que se le causó con la falta de información en su traslado al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 5, 6, 8 y 11 a 13, negó el No. 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Por su parte Protección S.A., de igual manera se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 5, 7 a 13, negó el No. 17 y para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó declaración de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos del SGSSP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por la señora ADRIANA RINCON MONTERO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, COLMENA hoy PROTECCION S.A., realizada el día 21 de junio de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejes y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad AFP COLMENA hoy PROTECCION S. A. - FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ADRIANA RINCON MONTERO, juntos con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCION S.A., y COLPENSIONES, a favor de la señora ADRIANA RINCON MONTERO. (...)

Fundamentó su decisión señalando en síntesis que las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo tocante la tema de la ineficacia, línea jurisprudencia que había nacido con la sentencia 31989 de 2008, señalaban los lineamientos que se debían tener en cuenta en cuanto a dicha temática, según los cuales era obligación de las AFP tenía el deber de brindar toda la información referente al traslado al afiliado, el que no se suplía con la suscripción del formulario y en estos casos, la carga de probar el suministro de dicha información, estaba en cabeza de las AFP, aunado a que dicha ineficacia, no sólo tenía cabida cuando se estaba frente al régimen de transición o se tenía un derecho adquirido.

Que conforme el artículo 167 del CGP, era deber de la parte que estaba en una situación más favorable esto es la AFP demandada allegar prueba de haber suministrado dicho deber de información ya que estaba en mejor posición para ello, información que debía ser clara, completa, suficiente y comprensible y debía comprender las reales implicaciones que tendría la decisión de traslado tomada por la demandante; que la vía idónea para resolver el problema jurídico, era la ineficacia como lo había dilucidado la Sala de Casación laboral entre otras en sentencias SL1688 y 1689 de 2019, por presentarse violación al derecho del trabajador a su libre selección de régimen en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Que para el caso bajo estudio, conforme a la inversión de la carga de la prueba, se evidenciaba que del caudal probatorio allegado, no había sido posible tener certeza de si el asesoramiento prestado a la demandante al momento de la afiliación había sido claro y completo ya que no se tiene noticia de las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se firmó y recibió la demandante tal asesoría, ni cuáles fueron los funcionarios que promovieron la afiliación; siendo escaso el material allegado al respecto, debiéndose concluir que las demandadas no habían probado en juicio el adecuado suministro de la información señalada y en interrogatorio de parte vertido por la demandante no se extraía ningún tipo de confesión que indicara que fue debidamente asesorada fuera de lo que consideró correspondió a las circunstancias al momento de la suscripción del formulario, hecho que apenas acreditaba el consentimiento del afiliado y no que este haya sido informado, razón por la cual había lugar a acceder a las pretensiones de

demanda, declarando la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en el año 1994 al RAIS, declarando como aseguradora a Colpensiones, ordenando a Protección a realizar el traslado de aportes junto con rendimientos a órdenes de Colpensiones.

Indicó que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción por cuanto en el asunto bajo estudio las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de traslado de régimen, ostentaban un carácter declarativo en la medida de que se encaminaban a acceder al reconocimiento final de la prestación pensional que era imprescriptible, dado su nexo de causalidad con este último.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de **Colpensiones** señaló que la demandante había ejercido su libre derecho de elección de régimen pensional sin que se hubiera evidenciado un vicio en su consentimiento o falta de información ya que la demandante en su interrogatorio había manifestado conocer las características del RAIS y la forma de acceder a derecho pensional en el RPM, aunado a ello, al momento en que efectuó el traslado contaba con una mera expectativa pensional, por cual pudo con posterioridad retornar al RPM, sin que lo haya hecho y para el año 2003 se brindó un plazo para retornar al RPM y tampoco hizo uso de dicho derecho por lo que no era dable que después de 15 años de permanecer en el RAIS, alegue que no conocía las incidencias de su traslado, sin que se evidenciara que se hubiera acercado en alguna oportunidad a alguna de las sedes de la AFP demandada o a Colpensiones para informarse al respecto, lo que denota que conocía las consecuencias de su afiliación al RAIS conforme el Decreto 2241, que consagra los derechos y deberes de los consumidores financieros quienes deben informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones y ello no ocurrió con la demandante ya que previó a cumplir 47 años no solicitó información respecto de la construcción de sus condiciones pensionales.

Indicó que ya había transcurrido el término previsto en los artículos 488 y 151 del CST y CPTSS y 1750 del CC, sin que la demandante hubiera solicitado la resolución del contrato de afiliación ni el retorno al RPM dentro de dicho

término; solicitó ser absuelta de la condena en costas, como quiera que no tuvo incidencia en el acto del traslado efectuado por la demandante al RAIS.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora ADRIANA RINCÓN, 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 por entonces COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 21 de junio de 1994, documental que fue allegada por la parte demandante a folio 32 del expediente digital.

En este orden, si bien se peticiona la declaratoria de nulidad del traslado, lo cierto es que se alega la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar 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; oportunidades en 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; 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.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **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, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es 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.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el 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 contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención 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 manera y como lo señaló el juzgador de instancia, de las afirmaciones esbozadas por la demandante al absolver interrogatorio de parte, no se extrae que haya sido debidamente informada de todas las consecuencias de su traslado de régimen pensional, pues indicó que únicamente se le habían puesto de presente características beneficiosas del RAIS, más no que se le hayan indicado las desventajas de pertenecer a este, ni un paralelo entre ambos regímenes pensionales, por lo que tal asesoría parcializada, no se equipara al deber de información y si bien como lo señala la entidad recurrente es su deber informarse respecto del sistema pensional al que pertenece lo cierto es que dicho deber de información como se ha reiterado a lo largo de este pronunciamiento se encuentra en cabeza principalmente de la AFP por ser la entidad que promueve el traslado del afiliado proveniente del RAIS.

De otra parte, tampoco le asiste razón a la recurrente en cuanto a que la acción bajo estudio es susceptible del término prescriptivo como quiera que por tener relación intrínseca con la construcción de derechos pensionales, no está sujeta al término prescriptivo como lo indicó la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3202 del 14 de julio de 2021.

Aunado a lo anterior, 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 la recurrente 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 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”.

Se observa en esta oportunidad que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de gastos de administración el que es procedente como 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 lo anterior, se **modificará** el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que le asiste razón a esa ya que no es dable imponer a su cargo condena por este concepto al concluirse que la entidad que omitió el deber de información que conllevó a la ineficacia aquí declarada fue la AFP Protección, razón por la cual, se dispondrá **revocar parcialmente** el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar señalar que la condena en costas allí señalada únicamente corren a cargo de Protección S.A.

Finalmente, se considera que hay lugar a 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 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. Las de primera instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A. y en favor de la parte actora.

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 TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar señalar que la condena en costas allí señalada únicamente corre a cargo de Protección S.A.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

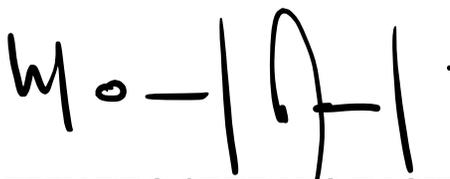
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOEL STIVEN RODRÍGUEZ RAMÍREZ VS UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA RAD 20-2019-295-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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,

Previo a abordar el estudio de la sentencia objeto de alzada, esta sala encuentra que el apoderado de la parte demandada, allega memorial, el cual fue remitido a este Despacho, el día 26 de octubre del año que avanza, a la hora de las 4.30 de la tarde y en el que solicita la suspensión del presente proceso.

Como argumentos de su solicitud, expone la parte demandada:

“1. El día 11 de octubre de 2021 entre el señor Joel Stiven Rodríguez y la Universidad Incca de Colombia, se suscribió contrato de transacción, mediante el cual se busca dirimir el presente conflicto.

2. En el contrato de transacción se acordó el pago de CATORCE MILLONES CIENTO SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M/CTE (\$14.177.581 de pesos), en cuotas mensuales.

3. El señor Joel Rodríguez, acordó estar de acuerdo con los términos, planteamientos, conceptos, cuantías y pagos estipulados en el contrato suscrito.

4. Entre mi poderdante y el señor Joel Rodríguez, se acordó la suspensión del presente proceso, por el término de trece (13) meses, a partir de la suscripción del acuerdo, conforme al artículo 161 del C.G.P. Fenecido dicho término, se informará al despacho la continuidad del proceso o su terminación como resultado del cumplimiento del acuerdo de transacción.

5. El señor Joel Rodríguez, acordó renunciar expresamente a la indemnización por despido sin justa causa, contenida en el artículo 64 del C.S.T. y las costas del proceso en tanto se dé cumplimiento al acuerdo.

6. El día 25 de octubre de 2021, la Universidad Incca de Colombia

emitió orden de pago de la primera cuota del acuerdo de transacción, por el valor de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000 DE PESOS), lo cual se puede verificar en los anexos de este escrito.”

Por lo anterior solicita: *“Se SUSPENDA el proceso de la referencia, teniendo en cuenta el acuerdo de transacción suscrito entre ambas partes, hasta tanto, se dé cumplimiento al pago de las cuotas acordadas.”*

Ahora bien, a efectos de resolver dicha solicitud, esta Sala de decisión, debe remitirse al Art. 161 del Código General del Proceso, el cual establece:

“El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

PARÁGRAFO. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.” (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con la norma en cita, es claro que la solicitud elevada por la parte demandada, no cumple con los requisitos allí establecidos, como quiera que, en el documento allegado y en el que se solicita la suspensión del presente proceso, no se evidencia que haya sido de común acuerdo, ya que se echa de menos, el aval de la parte actora, representado con la suscripción de dicho documento, por lo anterior, y sin mayores razonamientos por innecesarios, SE NIEGA la solicitud objeto de estudio y se continúa con el trámite del proceso.

SENTENCIA

El señor **JOEL STIVEN RODRÍGUEZ RAMÍREZ**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra de **UNIVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA**, para que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que el contrato individual de trabajo terminó por renuncia motivada, dado que el empleador no pagó salarios y prestaciones derivadas del contrato. Solicita pago de salarios, indemnización, estaciones, vacaciones, indemnización moratoria. (fls 3 al 11).

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que comenzó a laborar para la demandada desde el 18 de noviembre de 2013 y hasta el 3 de agosto de 2018, desempeñando el cargo de diseñador gráfico en la oficina de publicaciones de la universidad, que el último salario devengado fue la suma de \$1.263.000, que el último contrato terminó por renuncia dado que el empleador dejó de pagar salarios y prestaciones, que dirigió comunicación solicitando información sobre el pago, que la respuesta fue que las demoras obedecían a que la institución atravesaba por una crisis financiera de carácter temporal, que a la presentación de la demanda la universidad no había pagado la liquidación del contrato. (fls 3 al 11).

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relativos a los contratos y salarios, pero afirmó que el trabajador renunció por razones personales y que a falta de pago no fue arbitraria sino debido a la crisis financiera de la institución. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, imposibilidad de pago y demás que se prueben en el proceso. (fls 61 al 65).

Tramitada la primera instancia, el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada diecisiete (17) de noviembre de 2020, por medio de la cual resolvió: PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y la Universidad se celebraron siete contratos de trabajo, entre el 18 de noviembre de 2013 y el 3 de agosto de 2018, con un salario de \$1.263.000. SEGUNDO: CONDENAR a la universidad a reconocer y pagar a favor del demandante salarios prestaciones, intereses a las cesantías. TERCERO: CONDENAR al pago de indemnización por despido, CUARTO: ABSOLVER

de las demás pretensiones y condenar en costas.

Para llegar a esa conclusión señaló la Juez lo siguiente: “ ... Cómo pruebas relevantes que permiten al despacho llegar a una conclusión fáctica y tomar la correspondiente decisión se trajeron al proceso los documentos obrantes a folio 12 a 23 y 63 al 131 traídos por las dos partes que dan cuenta del certificado de existencia y representación legal de la Universidad demandada, de la identificación del demandante, copia de contrato de trabajo y la renuncia motivada del trabajador presentada a las directivas de la Universidad Nacional, certificación laboral expedida por la universidad de derecho de petición y su respuesta solicitando el pago de los salarios y prestaciones, copia de la resolución número 10067 por medio de la cual se remueve su cargo al repente legal de la Universidad Incca de Colombia copia del plan de economía Universitaria educación, comunicación de la universidad dirigida a un juez constitucional con asunto de asignación de recursos por recaudos de matrícula y planes presentados, plan de economía Universitaria presentado al ministerio educación nacional. En la audiencia celebrada el pasado 6 de noviembre del 2020 se recepcionó el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada quien nos hizo el recuento del mismo dicho vertido en la contestación de la demanda, es decir de la situación financiera de crisis de la universidad indicando que esto viene desde 1990, nos hizo un relato de la intervención del Ministerio de Educación Nacional mediante la resolución 3503 del 2019, las medidas de vigilancia y de control para cancelar el pasivo, la intervención cómo fue, aún hay otras resoluciones como la 20383 del 2015, la 8009 de 2016 y reiteró todo lo indicado en la contestación de la demanda respecto a lo que considera la crisis de la Universidad Incca de Colombia. El demandante el señor Joel Rodríguez afirmó que prestó los servicios del 2013 al 2018, durante el 2018 el trabajo sin salario, nunca supo de la crisis porque la universidad no se la dio a conocer, no le dieron ninguna ayuda simplemente le decían que esperábamos que esto iba a mejorar pero no les pagaban ni los salarios, entonces con los anteriores elementos de prueba traídos al proceso y con la normatividad vigente el despacho llega a la siguiente conclusión. Se ha dicho qué pretende el demandante la declaración de un contrato de trabajo y la condena por el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones por despido sin justa causa atribuye al empleador indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, dispone los artículos 22 y 23 del código sustantivo del trabajo que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona presta sus servicios personales a otra persona natural o jurídica, una persona natural a otra persona natural o jurídica bajo una subordinación y con una remuneración, a su vez el artículo 24 del mismo ordenamiento sustantivo indica que con la simple demostración de la prestación personal del servicio se considera la existencia de un contrato de trabajo, en el presente caso no existe duda para el despacho que entre las partes efectivamente existieron 7 contratos de trabajo a término fijo entre las partes y que se ejecutaron sucesivamente y con solución de continuidad desde el 18 de noviembre del 2013 hasta la terminación del mismo que lo fue el 3 de agosto de 2018, el último cargo y salario fue de diseñador gráfico y \$1.263.000 pesos mensuales ya que así fue aceptado por la demandada al momento de contestar la demanda y absolver el interrogatorio de parte, además se soporta con los contratos de trabajo a término fijo que se suscribieron según da cuenta la certificación laboral emitida por Uni Incca y la carta de renuncia y aceptación por parte de la misma presentada por el demandante, documentos vistos a folio 12 a 23.

Así las cosas, demostrada la relación laboral que existió entre las partes al igual que los extremos, cargos y salarios, sumado que la demanda aceptó al momento de contestar la demanda en los hechos 6 y 7 que anudaba los salarios de los meses de enero a agosto del 2018 y las vacaciones y prestaciones sociales de los años 2017 y 2018 procede el despacho a efectuar las respectivas operaciones aritméticas de comprobación encontrando que por salarios, vacaciones y prestaciones la demanda adeuda al actor los siguientes conceptos: salarios \$8.925.200 pesos, cesantías \$2.048.371 pesos, intereses a las cesantías \$196.110 pesos, vacaciones \$959.529 y prima de servicios \$2.048.371 pesos, sumas a las que será condenada la demandada, lo anterior es el resultado de la sumatoria de las liquidaciones de los años 2017 y 2018 respectivamente y los salarios debidos por todo el año 2018.

Indemnización por despido si justa causa. La corte suprema de Justicia en su sala de casación laboral advirtió que al momento finalizar un vínculo laboral de manera unilateral la parte que da por terminado el contrato de trabajo debe manifestarle a la otra la causal o el motivo de su determinación sin que sea posible alegar con posterioridad algo diferente, además sobre esta obligación de vieja data ha señalado la misma corporación que en materia probatoria es principio Universal el de que quién afirma una cosa es quién está obligado a probarla, en ese orden de ideas queda relevado la demanda de dicha obligación ya que fue iniciativa El demandante dar por terminar la relación laboral, segunda cuenta la carta que milita folio 15 de fecha 31 de julio del año 2018 dónde se alegó falta de pago de nómina de los últimos meses, entre tanto la demandada en respuesta a la misma y a un derecho de petición que había presentado al demandante solicitó el pago en el cual solicitaba el pago, le respondió que tan pronto disponga de flujo de caja procederá a dar prelación al pago en las acreencias de los trabajadores según obra a folio 17, afirmación que también sirve de fundamento a la contestación de la demanda en dónde se indicó que la crisis financiera por la que estaban atravesando que era de público conocimiento se habían dejado a cancelar la acreencias de algunos trabajadores, **de tal suerte que queda probada la causal que tuvo el trabajador para endilgar al empleador en la carta de la renuncia presentada el 31 de junio del 2018 por no cancelar los salarios debidos a esa fecha, es decir, el incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador, no quedándole otra alternativa al despacho que condenar a la demandada de la indemnización dispuesta en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo,** dicha norma en su inciso segundo señala cómo se debe indemnizar el despido injusto en los contratos de trabajo a término fijo así “en los contratos a término fijo el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltará para cumplir el plazo estipulado en el contrato o el del lazo determinado por la duración de la obra o labor contratada caso en la cual la indemnización no será inferior a 15 días” es decir, se deben pagar los salarios correspondientes a los días, mes o años que faltaren para cumplir el termino de duración que se haya pactado en el contrato, así las cosas con un salario de \$1.263.000 pesos mensuales de acuerdo a contrato que se había firmado inicialmente el 2 de enero del 2018 y prorrogado hasta el 21 de diciembre del mismo año según documentos vistos a folio 12 y 13 le correspondería una indemnización de \$5.767.700 pesos que es el tiempo que hacía falta para cumplir en su totalidad el referido contrato de trabajo.

Indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales y salarios. A la terminación del vínculo laboral, dispone el artículo 65 del código sustantivo del trabajo que si a la terminación del contrato el empleador no paga el trabajo los salarios prestaciones debidas salvo los casos de

retención autorizado por la ley o convenido por las partes debe pagar al asalariado como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y el salario es mayor al salario mínimo legal mensual vigente, a partir del mes 25 los intereses correspondientes como lo indica el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, de conformidad con reiteradas jurisprudencias la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia advertida entre otras en la sentencias SL 1162 de 2018 y SL 194 del 2019 la aplicación de esta sanción no es automática debe analizarse si existió mala fe en La mora del empleador para el pago de las acreencias laborales. En el caso bajo la demanda después de aceptar la renuncia presentada por el demandante procedió a efectuar las respectivas liquidaciones de acreencias laborales qué obra a folio 590 el expediente. **Sin embargo, alega en la contestación de la demanda qué debido a que atravesaba por una grave crisis financiera que era de público conocimiento dejo de pagar las acreencias de algunos trabajadores entre ellas al actor, situación que probó dentro de juicio con las resoluciones emitidas por el Ministerio educación traídas al proceso por medio del cual se interviene a la universidad y se remueve de su cargo al representante legal de la universidad, al igual que con la copia del plan de economía Universitaria de educación, que da cuenta de su situación financiera, lo mismo que la copia de la comunicación de la universidad Incca dirigida al juez constitucional,” por lo que considera este despacho que no está probada” “la mala fe” por parte de la universidad al no haber cancelado las acreencias al actor al momento de la terminación de la relación laboral en el año 2018 al encontrarse en la situación financiera ya descrita no haciéndose merecedor a la sanción dispuesta en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, no quedando otra alternativa igualmente que absolver por esta pretensión....”**

Inconformes con esta decisión las partes interpusieron recursos así:

Parte demandante:

“... este representante, en la mayor parte de los elementos de la sentencia que usted acaba de darle alcance, se declara conforme. Más sin embargo respecto de la pretensión de la demanda consistente en el pago de la indemnización moratoria de la cual habla el artículo 65 del código sustantivo del trabajo se declara inconforme y en ese mismo orden de ideas interpone recurso de apelación por considerar que se dan los presupuestos de no pago y de mala fe, endilgables a la universidad Incca de Colombia qué causan y generan la indemnización moratoria, su señoría eso es lo que tengo para decir en esta instancia procesal.

Parte demandada:

Sí señor juez dentro del término legal me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos, señor juez el suscrito en calidad de apoderado general de la Universidad Incca de Colombia reprocha la sanción del artículo 64 del código sustantivo del trabajo esto es el despido indirecto como quiera que el despido indirecto no fue ocasionado, en virtud a que el despido indirecto no fue ocasionado de una forma dolosa de una forma intencional que el trabajador se sintiera pues gravemente afectado, esos, esos presupuestos los ha sostenido la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral SL 1682 del 2019 o magistrado ponente Rigoberto Echeverri

Bueno, el cual establece más de existir una violación grave a las obligaciones que le atribuía a mi representada como empleador se debe acreditar que la conducta estaba enmarcada en actos hostiles y discriminatorios enfocados a impulsar al trabajador a su renuncia. Descendiendo al caso concreto no existe condición discriminatoria toda vez que el pago de salarios prestaciones sociales obedeció la situación administrativa y financiera que estaba pasando mi representada y que hizo que entrara en recesión de pagos. En virtud de lo anterior, mi representada cuenta con las pruebas suficientes para desvirtuar dicha situación y en ese orden de ideas no se configuraría un despido indirecto por causa imputable a mi representada, así las cosas, tampoco estamos en presencia de un despido sin justa causa, para la parte actora dicha situación no era sorpresa al ser trabajador de la institución se daba cuenta y daba fe de las situaciones que ocurrían internamente en la universidad. Adicionalmente señor juez hay que tener en cuenta que la universidad Incca es una es una universidad en carácter de fundación, la cual nosotros no tenemos los beneficios de una empresa comercial, que pueden iniciar proceso reorganización nosotros tenemos que, al ser fundación tenemos que acoger para resolver nuestra situación financiera, pues a las disposiciones del Ministerio de Educación Nacional, los cuales se evidencia claramente que descendiendo el caso que nos ocupa específicamente, el despido indirecto artículo 64 del código sustantivo del trabajo, no es posible establecer que la conducta de mi representada fueron encaminadas a impulsar la renuncia del trabajador, todo lo contrario esa situación no solamente le pasó a él, al Señor demandante sino a muchos más trabajadores, porque la Universidad inevitablemente tuvo que entrar en recesión de pagos, así las cosas muy comedidamente solicito que se revoque en sede de segunda instancia, el tribunal superior de Bogotá sala, sala laboral que se analicen de los aspectos dichos aquí en el recurso apelación y revoquen de la sanción, el punto referente al despido indirecto consagra en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo Muchas gracias.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá los puntos de apelación esto es las condenas por indemnización por despido indirecto y sanción moratoria, comenzando por razones de método por el recurso de la demandada, que se limitó a la condena por indemnización por despido indirecto, para luego resolver el de la demandada que cuestiona la falta de condena a indemnización moratoria. Debe la Sala entonces antes de resolver el caso en particular hacer algunas precisiones respecto a la terminación del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo que nace por acuerdo de voluntades puede además de terminar de la misma manera; finalizar o bien por una causa legal o por decisión unilateral (Artículo 61, literal h del C S T).

Cuando esta decisión unilateral es del trabajador, hablamos de

renuncia; mientras que cuando es del empleador hablamos comúnmente de despido el cual puede ser con o sin justa causa.

Ahora bien, para que la renuncia pueda tenerse como una verdadera y autentica decisión de terminar el contrato, debe obedecer a un espontaneo acto de la voluntad y en ese caso será una renuncia, se itera pura y simple, lo que desde luego no genera reparación alguna.

Sin embargo, existe otro tipo de renuncia o de decisión unilateral de trabajador de dar por terminado el vínculo, que se diferencia de la pura y simple porque en ella se invoca una justa causa atribuible al empleador y es lo que se conoce de vieja data como **despido indirecto**.

Son por tanto diferentes las dos figuras procesales que se dan, cuando se persigue declarar, que la renuncia, fue producto de un vicio del consentimiento, que fue resultado de presión dolo etc, lo que genera una nulidad de la renuncia; y cuando se persigue declarar que existió un despido indirecto, esto es, se itera que la renuncia fue producto de la existencia de una justa causa atribuible al empleador.

Lo ha señalado la CSJ de vieja data; por ejemplo, en Sent de oct 23 de 1995 Rad 7782 en la que esa Corporación precisó:

“ ... debe la Corte advertir que del vicio del consentimiento en el acto de la dimisión no deriva el despido indirecto; este último se presenta cuando el trabajador acredita que se vio compelido a renunciar por una de las justas causas que establece el literal b) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 y que así lo manifestó en el momento de la terminación del contrato de trabajo; sus efectos jurídicos son los mismo del despido sin justa causa....”

Bien hechas las anteriores precisiones y descendiendo al caso específico que hoy nos ocupa, encuentra la Sala que el argumento del recurrente al respecto luce equivocado, toda vez que en este caso lo que existió fue una renuncia motivada, no una pura y simple y por tanto la sentencia que invoca para apoyar su argumento, resulta mal interpretada toda vez que en ella se analiza otro tipo de causal a la que se expresó en

este caso, omitiendo el impugnante que en la renuncia, el actor no solo dijo que se trataba de una decisión personal que lo llevaría a mejorar su calidad de vida; sino que antes de ello el demandante señaló: “ **Lo anterior obedece a una situación económica debido al atraso del pago de nomina de los últimos meses....**”.

Resulta entonces, claro que lo único a probar por parte del actor, era que efectivamente el empleador estaba incumpliendo con una de sus especiales y principales obligaciones; esto es de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 numeral 4 del CST: “Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos”.

No tenía como sostiene el recurrente acreditar que la conducta del no pago de salario se encontraba enmarcada en actos hostiles o discriminatorios, señalando que así lo dijo la Corte en la sentencia que citó, pues en ella (SL1682 de 2019), la Corte analizó otra causal, esto es aquella en la que se asegura se afectó la dignidad del trabajador, se mantuvo una política de discriminación y segregación, lo cual vulnera el principio que prohíbe en materia laboral tratos, injustos inequitativos y denigrantes, que en ese caso se refería a mantener congelado su salario y que entre otras cosas encontró probada como una justa causa; luego la sentencia corrobora aún más la existencia de una justa causa; que en este caso esta absolutamente acreditada, esto es la falta de pago de salarios, que adujo la demandada obedecía a crisis financiera, que dicho sea de paso no podría exonerarlo de remunerar un servicio que recibe aún en la crisis.

Por tanto se impone confirmar la sentencia, en cuando condenó al pago de indemnización por despido sin justa causa, aclarando que como señaló la Corte en la sentencia citada, en el despido indirecto, este es el efecto jurídico que se genera.

Resuelto el recurso de la demandada se resuelve el de la parte actora, anunciado desde ya que le asiste razón al recurrente por lo que la sentencia en este punto será revocada. Veamos las razones.

Debe la Sala en primer lugar que la mala fe no debe probarse y que por el contrario el empleador que pretenda exonerarse de la sanción por no

pago de salarios y prestaciones debe probar que su conducta estuvo guiada por la buena fe.

Aseguró la demandada desde el juicio que la omisión el pago fue por la crisis económica y el Juez argumentó que con las resoluciones del Ministerio de Educación que obran en el expediente quedaba acreditado o probado que la conducta no era de mala fe, interpreta la Sala que acreditó la buena fe; pues es lo adecuado como ya se observó; pues con ellas quedó establecido agregó la intervención de la Universidad y la crisis financiera, así como con el plan de economía presentado por esta institución educativa.

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

En ese orden, para exonerar a la demandada de esta sanción, era necesario que demostrara, **que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe.**

Y es que, en cuanto a la crisis económica, que fue la defensa de la demandada y que el Juez encontró acreditada; de vieja data la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

Claro resulta entonces que además de afirmar que está en crisis, **la demandada debía probar que esa iliquidez era resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador, y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma. Por el contrario, reitera la Corte, se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para, solucionarla,** excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador.

Se equivocó el Juez en este caso, porque las resoluciones que mencionó en primer lugar no son de intervención, como afirmó y muy por el contrario dan fe es de actividades preventivas; lo que claramente indica como se podía evitar de otra manera la aludida crisis.

Efectivamente a folio 66 y siguientes aparece la Resolución N° 010067 de 23 de septiembre, de **2019**, - **el contrato del demandante terminó en 2018-**, y en ella se indica de manera expresa que “ ... el Ministerio de Educación Nacional en ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia de la educación superior, dispuestas en la Ley 1740 de 2014, expidió el 2 de abril, la Resolución N° **003503 de 2019**, **< por la cual se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Universidad INCCA de Colombia en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia>...**”

Señala la misma resolución, que las medidas están orientadas o encaminadas al señalamiento de condiciones de carácter administrativo y financiero que le permitan corregir o solucionar en el menor tiempo deficiencias de esa naturaleza, entre otras la designación de un inspector in situ, así como la implementación de políticas de austeridad en el gasto, que antes que una intervención es justamente lo contrario en aras de solucionar deficiencias financieras, siendo relevante reiterar que se dan en el 2019, tiempo después a la terminación del contrato del actor; situación que el Juez no observó.

Es más, en la resolución se lee que la situación de la Universidad denota falta de gestión efectiva de las directivas de la Universidad, argumento que, de haber sido analizado, jamás podría ser considerado como prueba de buena fe, para exonerarla de la sanción moratoria. (fl 75).

Es también en esa resolución que se decide remplazar a la representante legal de la Universidad, hasta por un año prorrogable como parte de las medidas, tendientes al restablecimiento y cuya finalización dependería del cumplimiento de los propósitos establecidos.

En consecuencia, ni existió intervención ni prueba alguna de la buena fe de la demandada en la omisión de pagos en 2018, con medidas preventivas expedidas en 2019, que solo reflejan que la situación habría podido ser solucionada de otra manera entre otras con más eficiencia de la gestión de las directivas.

Por manera que, se itera, de manera alguna puede admitirse como argumento o justificación de no pago, la crisis financiera, porque sabido es

que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas, razón por la que se REVOCARÁ el numeral cuarto de la sentencia apelada para en su lugar condenar a la demandada, a pagar al demandante JOEL STIVEN RODRÍGUEZ RAMÍREZ, un día de salario desde el 3 de agosto de 2018 y hasta por 24 meses. A partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta que verifique el pago; de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del CST.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia apelada para en su lugar CONDENAR a la demandada UNVERSIDAD INCCA DE COLOMBIA a pagar al demandante JOEL STIVEN RODRÍGUEZ RAMÍREZ; un día de salario desde el 3 de agosto de 2018 y hasta por 24 meses. A partir del mes 25 a pagar, intereses moratorios, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria y hasta que verifique el pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO Sin COSTAS en la alzada.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

ACLARACION DE VOTO

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

PROCESO ORDINARIO No. 23 2019 00742 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA NELLY ASTRID ROJAS MORA
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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 11 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Veintitrés laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la apoderada de la parte actora.

ALEGACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ANTECEDENTES

Solicita la parte actora se declare la nulidad de la afiliación y el traslado suscrito por la demandante con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., por ineficacia de la misma ya que se encuentra viciada de nulidad por vicio del consentimiento (error – dolo) inducción en error de hecho. Que como consecuencia de lo anterior, se condena a la demandada PORVENIR S.A., al pago de los daños y perjuicios de orden moral y material. Así mismo que se condene al pago de las costas del proceso y a todo lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita. Que se condene a la demandada a retornar a COLPENSIONES, el capital de la cuenta individual junto con sus rendimientos financieros y demás valores a que haya lugar y que se encuentren a nombre de la demandante en el fondo de pensiones obligatorias como consecuencia de la declaratoria de nulidad. Finalmente solicita se condene a COLPENSIONES a que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, acepte y reciba como afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la demandante. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 7 de junio 1.962de junio de 1963 y actualmente cuenta con 57 años de edad.
- Que estando en el RPM, administrado por el ISS y se trasladó al RAIS el 31 de enero de 2002 administrado por la AFP PORVENIR S.A.
- Que a comienzos del año 2002se presentaron funcionarios de la AFP demandada, a la empresa donde labora, a fin de que les fuese permitido un espacio para dar charlas en las que se motivaría el traslado de régimen.
- Que razón a lo anterior, se hizo una reunión grupal, en la que se les informó que el ISS iba a tener una carga financiera tal, que no podría asumir el pago de sus pensiones y que no habría quien respondiera por sus ahorros.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que el ISS tendría que desaparecer, por lo que no tenía una pensión segura.
- Que le informaron que podía obtener una pensión superior a la que obtendría en el seguros social.
- Que que le indicaron que le devolverían sus recursos o dinero cuando ella quisiera.
- Que confiada con esas promesas, suscribió el formulario de traslado.
- Que omitieron brindarle información sobre hechos relevantes sobre su situación pensional. (fl.- 6-7)

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, 2, 3, 49, 50 y 51, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPÉNSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (fl. Cd – folio 86).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el numeral 51, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación. (fl. Cd – folio 86).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

“PRIMERO ABSOLVER a las demandas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las pretensiones de la demanda..

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante CLAUDIA NELLY ASTRID ROJAS MORA.

TERCERO: ORDENAR si la presente sentencia no fuere apelada, se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.”

Fundamentó su decisión en la Juez de primer grado señalando en síntesis que la ineficacia y nulidad del traslado del presente proceso se discute por las partes, la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad, mientras las demandadas aseguran que es válida, la parte demandante asegura que es nula o ineficaz.

Tratándose de la afiliación al sistema pensional lo primero que debe decir es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se filian, tal y como lo indica literal 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 la seguridad social en caso de que se vea truncado.

Señala que el deber de información para ese Despacho está a cargo de las administradoras de pensiones quienes tienen una responsabilidad de carácter profesional, por lo que procedió a la revisión de las pruebas allegadas al proceso, de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPL y de la SS.

De lo anterior, encontró como pruebas documentales el formulario de solicitud de afiliación el cual por sí solo no puede ser prueba suficiente para establecer una información completa y necesaria tal y como lo ha dicho la Corte Suprema justicia, no basta con suscribir el documento para establecer que se brindó la información completa y suficiente.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Que en el presente caso tenemos además de esta documental tenemos el interrogatorio de parte rendido por la señora demandante quien manifiesta obviamente su inconformidad pues tiene que ver con el tema del valor de la mesada pensional, es la diferencia que ésta discute en el presente con proceso y que no le fue en consideración al momento mismo de la afiliación, del interrogatorio de parte también se puede establecer que la señora demandante recibió una asesoría que aproximadamente duró dos horas en una reunión que fue grupal en la cual se encontraba también la señora testigo Magdalena Gómez Acuña, manifiesta que en esta reunión les dijeron que el seguro se iba a acabar, manifiesta igualmente que en esta reunión le dijeron que al pasar al fondo privado que iba a tener una mayor solidez su dinero y tranquilidad para su vejez, manifiesta igualmente que le manifestaron que en este fondo privado se podría pensionar a cualquier edad, o sea antes de la edad establecida por el seguro social había una diferencia en ese punto; igualmente que sus aportes iban a tener un rendimiento eso manifestó en su interrogatorio de parte y que esos rendimientos ese iban a sumar al valor de los aportes para efectos de la mesada pensional, manifiesta respecto del seguro social que, según el dicho de la señora demandante, que en el seguro social se necesitaba edad, en principio eso fue lo que le dijo al despacho que necesitaba la edad.

Indicó que al estudiar cada caso en particular encontró que éste es sui generis porque se está discutiendo efectivamente la disconformidad de la señora demandante en lo que tiene que ver con su valor de la mesada pensional y encontró que la información recibida, que fue para el año 2000, no sé requería una información demasiado concreta o exacta.

En este caso, la demandante aceptó que tenía claridad que en el ISS para acceder a la PENSIÓN de vejez, era necesario contar con una edad y unas semanas de cotización, en cuanto al fondo privado le manifestaron que tenían una cuenta individual, que ahí va el valor de sus aportes, que iban a hacer unas inversiones, que esas inversiones crean una rentabilidad y que esa rentabilidad iba a esa cuenta de ahorros y de ahí salía el valor de la mesada pensional, luego esto es eso es cierto, así es que se liquida el valor de la de la mesada pensional, en el fondo privado depende del valor de los



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

aportes el bono, que además la señora manifestó que el bono también dependía del valor de la rentabilidad, de estos tres dineros sale el valor de la mesada pensional luego efectivamente tenían información de dónde provenía el valor de la mesada pensional y que se pueden pensionar con anterioridad eso es cierto.

Señaló el Juez de primer grado que, el problema es que es muy complicado ya que hay que tener bastante dinero ahorrado para poderse pensionar, indicó que eso es una característica del fondo privado, del régimen de ahorro individual con solidaridad es una características innegable, reiteró que es complicado porque hay que tener gran cantidad de dinero en esa cuenta ahorro individual en ese sentido es que consideró el Despacho que en este caso en particular, sumado a la suscripción del documento afiliación ya no está solo el documento de afiliación como prueba, se está analizando de manera integral con el testimonio, y el interrogatorio de parto y sumado que no puedes conocer el despacho de manera, que la demandante no es un afiliado lego, ya que tiene cierta preparación, se tiene que el despacho consideró que en este caso en particular si se demuestra que hay una información suficiente respecto de características y condiciones de estos dos regímenes pensionales para haber tomado la decisión debidamente informada razón por la cual despacho considera que en este caso no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante, señaló:

“ Me permito formular recurso de apelación contra la decisión que nos ha sido notificada en este momento estando dentro de la oportunidad procesal de manera respetuosa Me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se me acaba de notificar toda vez que está apoderada no comparte la decisión adoptada en primera instancia por el despacho a su cargo se tiene como fundamentos de derecho en el presente recurso de apelación lo dispuesto en el artículo 66 modificado por la ley 1149 del 2007, artículo 10, apelación de la sentencia de primera instancia, código procesal del trabajo y de la seguridad social, está apoderada no comparte la decisión del a quo toda vez que se encuentra plenamente probado que la demandada Horizonte hoy Porvenir violó el consentimiento de mi poderdante Claudia Nelly Rojas Mora al momento del traslado de régimen pensional, vale decir el 31 de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

enero de 2002 cuando la demandante suscribiera formulario de afiliación de traslado de régimen sin haber recibido información Clara, veraz, oportuna y suficiente Amén de habersele engañado al manifestar la demandada Horizonte hoy porvenir que el seguro social iba a tener una carga financiera tal que no podría asumir el pago de su pensión, ya que era Estatal no habría quién responderá por sus ahorros que muy seguramente el ISS tendría que desaparecer y con él sus pensiones, de manera que no podría tener una pensión segura lo cual género un gran temor sus circunstancias familiares en ese momento mientras que Horizonte y Porvenir allí si podría pensionarse a la edad que quisieran pues era un tema de recursos cabe indicar que a los 57 años A mi poderdante ni siquiera le daba el capital para obtener una pensión de salario mínimo nunca mencionaron que para lograrlo así en la edad que se quisiera debía contar con un capital mínimo lo cual es sufragante ocultamiento de una información central clave importante en la decisión que ella tomó en este momento se le dijo que podría alcanzar una pensión superior a la que obtendría en el seguro social lo cual era falso y tan falso era que ni siquiera reunir el capital para obtener una pensión a los 57 años manifiesta la demandante que además le indicaron que le devolverían sus recursos o dinero cuando ella quisiera, la demandada guardo reticencia, Silencio en aspectos fundamentales para la toma de decisión informada y objetiva de mi poderdante tal y como se evidencian los hechos de la demanda durante en el plenario con lo cual Se generó un ver un error de hecho insanable lleva a la consecuencia consecuentes nulidad o ineficacia del negocio jurídico obra en el plenario pruebas documentales incontrovertibles de la responsabilidad de la demandada y el perjuicio causado a mi poderdante y no aportó la AFP Porvenir prueba alguna de su diligencia la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia sala laboral 2 condiciona certeza plena de las pretensiones de esta apoderada la cual se evidencia en la fundamentación jurídica de la demanda es importante Resaltar que los abogados no manejamos todos los temas del derecho no somos expertos en todas las áreas del derecho nosotros como abogados También tenemos derecho y acceso a los derechos fundamentales aquí en los derechos laborales y a los derechos pensionales a los que nos hacemos acreedores y en ese sentido es importante que operarme todas las áreas los abogados tampoco nos las sabemos todas en todos los en todas las áreas del derecho es muy difícil es muy complejo y todos nosotros los abogados lo sabemos en que necesariamente nos especializamos y nos centramos en unas líneas determinadas Qué son las que normalmente manejamos pero que no nos permiten interpretar o manejar de manera experta todas todas las áreas del derecho y todas las decisiones personales que nosotros estamos manejando de tal manera que la señora Claudia ni siquiera pudo ella directamente presentar esta demanda sino que ella debió asesorarse de abogados expertos que le permitieran precisamente precisar los términos de la misma y por eso yo soy su apoderada en este momento y no se representó ella misma, la jurisprudencia de la unidad de Corte Suprema de Justicia sala laboral Entonces nos ratifica lo indicado y también se comprueba dentro del proceso que Porvenir no obró con la debida diligencia y dejó transcurrir además el tiempo en qué mi poderdante podría trasladarse sin asesorarla debidamente antes de los 47 años, nunca fue contactada para brindarle una mínima asesoría o una mínima indicación de que podía tomar una decisión en ese momento y podía en ese momento realizar su traslado estos. Puntos han sido ratificados en reciente fallo del Tribunal superior de Bogotá del 29 de enero de 2021 entre otros puntos indica: el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de forma informada conforme lo has puesto nuestra honorable Corte Suprema de Justicia de manera reiterada de la sentencia bajo el radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, postura que mantiene



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre de 2019, hasta aquí las razones de orden sustancial y jurídicas, con las que sustentó el recurso de apelación..”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la parte actora, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora CLAUDIA NELLY ASTRID ROJAS MORA, 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 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 está en cabeza de la demandada.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por el Juez de primer grado, **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, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Es por lo anterior, que esta Sala no comparte la decisión adoptada por el Juez de primer grado, ya que, si bien es cierto, del interrogatorio de parte y del testimonio vertido a los autos se puede establecer que efectivamente a la actora en la asesoría que le fue brindada, se le explicaron las ventajas del traslado, como es lograr una pensión anticipada, o que sus aportes generarían rendimientos, no es menos cierto, que no le informaron las



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

posibles consecuencias negativas que traería dicho traslado, o tan siquiera la manera en que podría acceder a tales beneficios, es decir, no se le informó cual era el capital que se requería para ello.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada por la demandada es el formulario de afiliación suscrito por el 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.

En el presente caso, si bien se evidenció que la actora es de profesión, abogada, contrario a lo señalado por el Juez de instancia, esta circunstancia no significa que la misma sea experta en seguridad social, o que por ello no se le deba brindar la información, en los términos señalados por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala laboral, ya que esto se podría considerar como un trato injusto y discriminatorio.

Es por ello que la Sala revocará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a la actora, todas las circunstancias necesarias para la toma de la decisión, esto es, los aspectos positivos, negativos, o ventajas y desventajas y ante la falta de actividad probatoria, nos lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información necesaria.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el 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. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA 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 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)

Por lo anterior, se itera, se **REVOCARÁ** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR y se ordena a esta última, a efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA 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. Las de primera instancia a cargo de la demandada PORVENIR y en favor de la parte actora.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante, señora CLAUDIA NELLY ASTRID ROJAS MORA, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, con la AFP PORVENIR S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante, señora CLAUDIA NELLY ASTRID ROJAS MORA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 742 01 Dte: CLAUDIA NELLY
ASTRID ROJAS MORA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

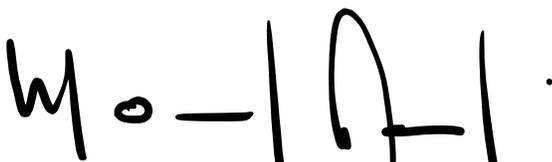
QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y en favor de la parte demandante.

SEXTO: 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 748 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALIDA GAMBOA REYES
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 veintinueve (29) días del mes de octubre 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 11 de febrero de 2021, 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.

ANTECEDENTES

Solicita la parte actora se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación traslado efectuado por la Sra **ALIDA GAMBOA REYES** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual el día 22 de marzo del 2000 ante la AFP COLFONDOS por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndola en error y diciendo su consentimiento para que se



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

trasladará al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora. Como consecuencia de lo anterior se ordene a COLFONDOS retornar a la señora demandante junto con todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos los frutos de intereses, con los rendimientos que se hubieren generado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Qué se ordene a COLPENSIONES en el régimen de prima media con prestación definida a la actora y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que desde el 13 de septiembre de 1975 y hasta el 30 de abril de 2000, la actora estuvo afiliada al fondo de pensiones del entonces Instituto de seguros sociales con la convicción de ser esta la entidad más estable para manejar su pensión acumulando para el 30 de abril del año 2000 total de 802,43 semanas cotizadas a dicho régimen-

Que para el mes de abril de 2000 laboraba en la empresa ALUPACK los asesores de COLFONDOS SA le presentaron un nuevo régimen pensional en el que le indicaron que iba a tener una pensión igual al salario que devengará al momento de pensionarse, que los ahorros que realizará en pensión irían a una cuenta privada y que se podía pensionar en cualquier momento con los ahorros que hubiese realizado hasta esa fecha y que le indicaron que de no realizar el traslado perdería sus aportes.

Qué el cambio de régimen que realizó fue inesperado porque no sabía de qué se trataba pues no hubo información previa de la empresa y sintió que su continuar con su empleo, que en ningún momento le informaron que podía retractarse del traslado efectuado con ellos pues no hubo información clara y



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

concreta hacia ella, que el asesor del fondo la asesoró frente a los beneficios y desventajas que se aplicaría para pensión en un fondo de pensiones.

Por todo lo anterior, señala que realizó el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, que en la actualidad tiene un total de 1676 semanas cotizadas a febrero del 2018 y que elevó derechos de petición en los que solicita la declaratoria de nulidad pero los mismos le fueron negados. (fl.-5-6)

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, 2, 15 y 16, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó la 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, proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (fl. CD folio 154).

Por su parte la demandada **COLFONDOS S.A.**, no presentó oposición a las pretensiones de la demanda, únicamente en la relacionada con el pago de las costas y agencias en derecho. (fl. CD folio 154).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante ALIDA GAMBOA REYES al régimen de ahorro individual con solidaridad



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 ALIDA GAMBOA REYES 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 ALIDA GAMBOA REYES 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 en esta instancia “

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 31989 del año 2008, 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.

Señala que del interrogatorio de parte tampoco se puede extraer confesión alguna, ya que no se evidencia que ser le hubiese brindado una información



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 su despacho para que ante el H. Tribunal superior de Bogotá – Sala laboral, revoquen el mismo en atención a las siguientes consideraciones, en primer lugar se debe señalar que el juez de primera instancia tomó la terminación divertir la carga la prueba aclarando que la demanda no demostró que la asesoría brindada no fuera de las características del régimen de ahorro individual fuese completa, clara y transparente, sin embargo se pone de presente a los honorables magistrados que tal decisión tomada al momento de proferir Sentencia desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia la inversión de la carga de la prueba, como en sentencia T 422 del 2000, lo anterior, que se reitera qué tal como se señaló en los alegatos de conclusión la Corte Suprema dispuso que en estos casos ha de tomarse las actitudes de los afiliados Cómo bordar entendimiento y en este punto, donde deberá revocarse en su integridad la sentencia en razón a que dentro del trámite no se ha mostrado que existiese algún vicio del consentimiento al momento en que la demandante suscribió su traslado de régimen, sino que por el contrario quedó debidamente acreditada que su afiliación a la AFP COLFONDOS fue de manera libre y voluntaria en consecuencia le solicito respetuosamente a los honorables magistrados revocar su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a mi representa todas y cada una las condenas impuestas Gracias su señoría.”

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 ALIDA GAMBOA REYES, 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.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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 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.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Sin costas en esta instancia.

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

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. 23 2019 748 01 Dte: ALIDA GAMBOA RYES
Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 23-2019-631-01
ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ADELAIDA VÁSQUEZ Y OTRO
DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes, revisa la Corporación el fallo proferido el 10 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

Los señores ADELAIDA VÁSQUEZ y PEDRO ELÍAS PIRAJÓN, por intermedio de apoderado judicial interponen demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que tienen derecho a la demandada a pague a su favor sustitución pensional por el fallecimiento de su hijo. (fl. 49)

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que el señor Fredy Pirajón Vásquez estuvo afiliado a Protección cotizando para dicha AFP para los riesgos de IVM, que falleció el 26 de noviembre de 2017, sin que para dicha data tuviera hijos, cónyuge ni compañera permanente, ya que nunca constituyó unión marital de hecho, no se casó ni procreó hijos; señalan que su hijo en vida los apoyó económicamente y los incluía como beneficiarios en los seguros.

Señalan que reclamaron ante la demandada la correspondiente sustitución pensional por el fallecimiento de su hijo, la que les fue negada el 30 de abril de 201, para lo cual indicó la entidad que se había constatado que ellos no dependían económicamente de su hijo. (fls. 48 y 49).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 2, 5, y 6, negó el No. 8 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica demandada, buena fe, prescripción, incompatibilidad entre intereses moratorios e indexación sobre mesadas pensionales. (fl. 75).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento ABSOLVIÓ a la demandada pretensiones incoadas en su contra por los demandantes, condenándolos en costas. (fl.98)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que se encontraba acreditada la calidad de padres de los demandantes del causante, así como que este último desde junio de 2017, cotizaba para los riesgos de IVM a Protección, entidad que aceptó tal circunstancia, que conforme la fecha de fallecimiento del hijo de los demandantes, lo pretendido se debía estudiar a la luz de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, que exigía cotizaciones dentro de los últimos 3 años al fallecimiento de 50 semanas, que habían quedado suficientemente acreditadas como quiera tal circunstancia no había sido objeto de reproche y se probó que el hijo de los demandantes había cotizado en toda su vida laboral 598,29 semas de cotización y contaba con las 50 semanas en comento dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento.

Que conforme el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, a falta de cónyuge o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios de la prestación los padres del causante si dependían económicamente de este; que para ello, los demandantes habían rendido interrogatorio de parte, que el señor Pedro Pirajón, había señalado que percibía una pensión mínima y con ello

sufragaba los gastos del arriendo que ascendía a \$200.000, así como los servicios públicos del hogar que habitaba con su esposa, que su hijo lo ayudaba con mercado y dinero y a sus sobrinos y de igual manera su hija Maritza también les colaboraba con mercado y dinero; por su parte la señora Adelaida refirió que pagaban arriendo en la vereda Pantano de Vargas en el valor que refirió su esposo y su hijo les ayudaba en lo que necesitaban, de igual manera, sus hijas les ayudaban cuando podían y a veces ellos les ayudaban porque eran separadas de sus esposos, ayuda que salía de la pensión de su esposo.

Señaló que la señora Maritza, hermana del causante indicó en la testimonial vertida que su hermano siempre ayudaba a sus padres, no con una cuota fija pero sí les daba para ayudarles con el mercado ya que vivía en la casa de su propiedad, que los demandantes aparte de la pensión del señor Pedro Elías, no tenían ningún otro ingreso. Que la testigo Andrea Torres, manifestó que había conocido al hijo de los demandantes hace aproximadamente 5 años y él le decía que ellos dependían económicamente de él, que les enviaba dinero cada quincena, pero no sabía cuánto; a su turno la testimonial vertida por Natalia Pirajón, hija de los demandantes, refirió que convivía con el causante en la casa de propiedad de sus padres ubicada en Mosquera y su mamá le colaboraba a ella económicamente y su hermano le ayudaba a sus padres mensualmente, pero no sabía cuánto era y luego de que falleció este último, son sus padres quienes le colaboran a ella con los gastos del mercado y para los gastos de sus hijos.

Indicó que de las testimoniales vertidas, coincidían en afirmar que el hijo de los demandantes les ayudaba a estos económicamente y de vez en cuando sus otras dos hermanas también lo hacían, excepto la señora Natalia, de igual manera en interrogatorio de parte vertido por los demandantes, estos señalaban que su hijo fallecido los ayudaba cuando podía; señaló que conforme los gastos que narraron los testigos y los demandantes en que incurrieran en la vereda en que habitaban, podían ascender a \$450.000 mensuales y habían señalado que su padre devengaba una pensión mínima, que señora Natalia Pirajón hermana del causante, había indicado que su hermano le ayudaba por lo menos con \$600.000 mensuales para la manutención de ella y su hijo, afirmando de igual forma que este devengaba un

salario mínimo porque laboraba como operario; de lo que se determina que conforme dichos gastos en que incurría el hijo fallecido a favor de su hermana y al no demostrarse que devengaba más de un salario, se descartaba la dependencia económica de los padres respecto de este.

Y en cuanto a dicho concepto, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 265 de 2020, había reiterado que la dependencia económica debía ser cierta y no presunta, demostrándose el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, la participación económica debe ser regular y periódica y las contribuciones debían ser significativas de cara a los ingresos del causante, de manera que se constituya un verdadero soporte, que pone en riesgo las condiciones de vida digna de quienes alegan ser sus beneficiarios, ya que su nivel de vida, está subordinada a los ingresos de la persona que fallece.

Conforme lo anterior señaló que no se había podido acreditar que la ayuda económica que recibían los demandantes por parte de su hijo, lo hubiese sido de manera regular, ya que una vez fallecido, su solvencia económica no se había visto afectada conforme el mismo dicho de la demandante Adelaida Vásquez quien había señalado que cuando sus hijas no le ayudaban, ellos como padres les ayudaban y tales ayudas lo eran en mercado y dinero que salía de la pensión de su esposo, de ahí que la dependencia económica debía ser cierta y no se había probado el valor económico de la ayuda suministrada por su hijo, si esta era significativa, si era regular o periódica, conforme al total de los ingresos de los causantes; como quiera que el demandante a la fecha de su fallecimiento devengaba un salario mínimo y debía ayudar con dicho ingreso a su hermana y sobrino en cuantía de \$600.000, se descarta la ayuda significativa respecto de sus padres y si bien la Corte había señalado que esta no debía ser absoluta, se determinaba que los demandantes para su sustento eran autosuficientes, pues reiteró que habían manifestado que ayudaban a sus hijas económicamente y con mercado, aunado a lo cual, también habían indicado que habían regresado a vivir a la casa de su propiedad, por lo que ya no sufragaban arriendo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta, sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Fredy Huxley

Pirajón, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 26 de noviembre de 2017 (fl. 7), como tampoco que era hijo de los demandantes, conforme se observa de registro civil de nacimiento del señor Fredy visible a folio 8 del plenario.

Tampoco ofreció controversia que el señor Fredy, se encontraba afiliado a Protección S.A., AFP para la que cotizaba para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, acreditando igualmente que previo a su fallecimiento había cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores a este, en los términos del numeral 1 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Imperativo resulta comenzar señalando que como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que como se indicó, tuvo lugar el 26 de noviembre de 2017, data para la cual, se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, para el caso de los padres y ante la inexistencia de hijos y cónyuge como es el caso del señor Fredy Pirajón, acreditar dependencia económica respecto del causante fallecido.

Conforme lo anterior, procede verificar si los demandantes acreditaron dicha dependencia respecto de su hijo fallecida, la que no debe ser TOTAL Y ABSOLUTA, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C - 111 de 2006 y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL 3315 del 5 de agosto de 2020, M.P. Fernando Castillo Cadena; indicando de igual forma que la dependencia económica a acreditar por parte de los padres, debe ser relevante o significativa y no constituir una simple ayuda del hijo hacia sus padres.

Es así como para que sea procedente la pensión de sobrevivientes pretendida, debe configurarse una situación fáctica en la que se debe demostrar cierto grado de subordinación de los padres en este caso, respecto de la ayuda económica que en vida le era suministraba por su hijo; de manera que dicha ayuda les permitía mantener una vida en condiciones dignas y de subsistencia mínima y siempre que no se demuestre que con los ingresos que devenga el peticionario pueda ser económicamente

independiente, es decir que si con aquello de donde deriva su sustento y sin la ayuda brindada por la causante puede vivir bajo las mismas condiciones, desaparece de manera inmediata el propósito principal y el fin último de la pensión reclamada.

Así las cosas, verificado el acervo probatorio se logra concluir que como acertadamente lo señaló el juez de primer grado, si bien quedó determinada la ayuda económica que proporcionaba el señor Fredy Pirajón a sus padres en vida; el fallecimiento de este, no tuvo la vocación de aminorar las condiciones de vida digna de sus padres; lo anterior como quiera que la demandante y madre del señor Fredy señaló de manera clara que cuando este aún vivía ella y su esposo le proporcionaban ayudas económicas a sus otras hijas cuando lo necesitaran y de igual manera lo siguieron haciendo luego del deceso de este; confesión de la que se deriva que la pareja demandante siempre ha poseído una independencia económica, que derivan de la mesada pensional que recibe el señor Pedro Pirajón.

Aunado a ello y como bien lo concluyó la decisión de primer grado, quedó determinado que el señor Fredy en vida, devengaba un salario mínimo, ingreso del que destinaba una gran parte para ayudar a su hermana Ángela y al hijo de esta, como esta lo manifestó en diligencia de testimonio; circunstancia que permite aseverar que la ayuda destinada a sus padres no era significativa, ya que no se demostró que el causante devengara suma adicional a dicho salario.

Es así como en los términos del criterio jurisprudencial en cita, lo que se logró probar en el presente asunto, es que el señor Fredy en vida le proporcionaba a sus padres una ayuda económica y esta no cumple con los requisitos allí señalados para configurarse como una dependencia económica de sus padres respecto de este último, pues ellos mismos son quienes ayudan a sus hijas con su subsistencia y lo siguieron haciendo luego del fallecimiento del señor Fredy, lo que se itera, determina su independencia económica respecto de su hijo fallecido, no configurándose entonces esa dependencia alegada para considerar a los demandantes como beneficiarios de la prestación reclamada, circunstancia que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 consultada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

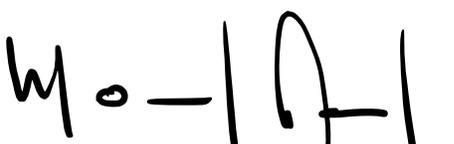
SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 27 - 2019 - 0008 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARCO AGUACIA AGUACIA

DEMANDADA: 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 DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

Se reconoce personería a la dra. Belcy Bautista Fonseca, como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre 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 febrero de 2020, proferida por el Juzgado Veintisiete laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte actora.

ALEGATOS

Dentro del término concedido, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, PRESENTÓ ALEGACIONES DE INSTANCIA.

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

El señor MARCOS AGUACIA AGUACIA, actuando por intermedio de apoderado judicial demandó a COLPENSIONES con el fin que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se condene a la demandada al pago

de la pensión de vejez dando aplicación al principio de favorabilidad, consagrada en el art. 53 de la C.N., junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios y la indexación de la condena. (fl.- 3)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló la actora a folios **2 y 3 del expediente**, que nació el 25 de enero de 1.995, por lo que cumplió 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2015; que solicitó el día 25 de marzo de 2015 la pensión de vejez ante la demandada.

Que mediante historia laboral de fecha 28 de agosto de 2018, se encuentra que el actor cuanta con 916,43 de semanas cotizadas; que es beneficiario del régimen de transición, por cuanto a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1.993, contaba con más de 35 años de edad y cumple con los requisitos estableció el acto legislativo 01 de 2005.

Finaliza indicando que, en reiteradas oportunidades ha solicitado el reconocimiento de su pensión de vejez a la demandada, pero ésta ha negado el reconocimiento y pago de la misma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 6, 8, 9 y 10, para los demás señaló que no son ciertos o que les constan. Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos , no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia del pago de costas. (fls. 26 - 31).

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, la Juez 27 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, 23 de febrero del 2021 resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada y que denominó inexistencia del derecho de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte actora. (fl.- 40-41).

Fincó su decisión, señalando que el actor en principio era beneficiario del régimen de transición ya que había cotizado más de 15 años de servicios al primero de abril de 1994, cómo lo aceptó la demandada COLPENSIONES en la contestación de la demanda y cómo se advierte de la historia laboral de folios 10 al 13 el expediente.

Señaló que como problema jurídico, corresponde dilucidar si el demandante mantuvo el régimen de transición y si es procedente el reconocimiento de su derecho pensional a la luz del acuerdo 049 de 1990, con premisas normativas tenemos el parágrafo 4° del acto legislativo 01 de 2005 y el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990.

En primer lugar señaló que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, el demandante había cotizado un total de 808 semanas, por lo que mantuvo el mismo hasta el 31 de diciembre 2014, no obstante lo anterior, los requisitos para acceder a la pensión son 2, tanto número mínimo de semanas de cotización, como la edad, que para los hombres se señala en 60 años entonces más allá de las semanas cotizadas por el demandante lo cierto es que la edad de 60 años, la alcanzó el demandante hasta el 25 de enero 2015 y el régimen de transición se mantuvo como término máximo hasta el 31 de diciembre de 2014, es decir que para mantener el régimen de transición el actor debía cumplir los requisitos de semanas de cotización y edad para pensionarse a más tardar el 31 de diciembre 2014.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es dable el estudio de las pretensiones a la luz de lo señalado en el acuerdo 049 de 1.990. Ahora bien, pasando al estudio de la pensión se encuentra el artículo 9 de la ley 797 de 2003, premisas normativas para determinar si le asiste el derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, encontrando que el demandante cumplió los 62 años de edad el 25 de enero 2017, fecha para la cual contaba con 1063 semanas de cotización conforme la resolución 273023 del 18 de octubre de 2018 y según el reporte de semanas de cotización de folios 10 al 13 del plenario la última cotización efectuada por el demandante es de julio de 2018, fecha para la cual acreditó apenas 1226 semanas de cotización, por lo que no cumple con el requisito de densidad de semanas cotizadas y en consecuencia ABSOLVIÓ a la demandada en los términos antes señalados.

RECURSO DE APELACIÓN.

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

“ si bien es cierto que aparecen las 1200 semanas que aduce el despacho, no es menos cierto que COLPENSIONES para el 28 de septiembre del año 2020, mediante resolución sub-206678 manifiesta y acepta que mi cliente para esa época tenía 1295 semanas, esto es para febrero para febrero del año 2020, a partir de lo que le comentaba, certifica 1295 semanas no tiene cuenta COLPENSIONES las semanas de noviembre y diciembre del año 2019, enero, febrero y marzo del 2020 por eso pues es importante analizar y mirar bien el expediente administrativo más allá de esto mi cliente consiguió para el mes de marzo y abril del año 2020, 2 aportes que sumarían 8 semanas motivo por el cual se encuentra que tiene 1310 semanas, aproximadas, motivo por el cual Solicito su señoría se reconsidere, revoque esta decisión y en su lugar se considera prestación exigida por mi cliente como quiera que demuestra, certificado mediante la resolución anteriormente nombrada del 28 de septiembre del 2020 que aparece en 1295 semanas más el faltante y los meses de marzo y abril del año 2020 suman más de 1300 semanas Muchas gracias.”

C O N S I D E R A C I O N E S

De acuerdo con lo establecido el artículo 66 A del C P del T la Sala se referirá **única y exclusivamente a las materias objeto del recurso interpuesto**, esto es, a los argumentos o motivos de inconformidad que el apelante señaló en la oportunidad procesal pertinente, los cuales para el presente caso corresponden en que a la fecha, cuenta con más de 1300 semanas de cotización, por lo que le asiste el derecho al reconocimiento pensional.

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que en primer lugar, la parte actora solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, al considerarse beneficiario del régimen de transición, pretensión que fue negada por la Juez de primer grado, al encontrar que no causó el derecho antes de diciembre de 2014, aspecto, éste que no fue objeto de reproche por la parte actora en el recurso de apelación que se estudia.

Ahora bien, posteriormente la Juez de instancia estudió la pretensión de vejez de conformidad con la ley 797 de 2003, la cual exige, que el actor hubiese cumplida la edad de 62 años y en la actualidad cuente con más de 1300 semanas de cotización,

no obstante lo anterior, señaló que si bien, se cumple con el requisito de edad, no es menos cierto que el actor acreditó solamente 1.226 semanas de cotización.

Así las cosas, se encuentra que el apoderado de la parte actora en su recurso señala que la demandada COLPENSIONES, aceptó en la resolución No. SUB-206678 que el actor 1295 semanas, para febrero 2020, pero que en ella se omitieron los periodos correspondientes a noviembre y diciembre del año 2019, enero, febrero y marzo del 2020 y 2 aportes que sumarían 8 semanas, y según su dicho el actor a la fecha de la interposición del recurso contaba con 1310 semanas aproximadamente, por lo que tendría derecho a la prestación que reclama.

No obstante lo anterior, y de la revisión minuciosa de la totalidad del expediente, esto es, las resoluciones allegadas por la parte actora, las allegadas por la demandada y del expediente administrativo (CD - folio37), esta Sala encuentra que la resolución que menciona el apoderado en su recurso **SUB-206678 de febrero de 2020**, no fue allegada al plenario y tal y como lo señaló la Juez de primer grado, la última resolución expedida por la demandada y que consta en el expediente, es la **SUB 273023 del 18 de octubre de 2018**, en la que la demandada COLPENSIONES se indica que el actor, para el **31 de julio 2018, contaba con 1.226**.

De conformidad con lo anterior, esta Colegiatura confirmará la decisión adoptada por la Juez de primer grado, como quiera que con las documentales obrantes en el expediente, no se logró demostrar que el actor, cumpliera con el requisito de densidad de semanas de cotización, para acceder a la prestación que reclama.

Sin costas en la alzada.

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 decisión objeto de alzada, conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

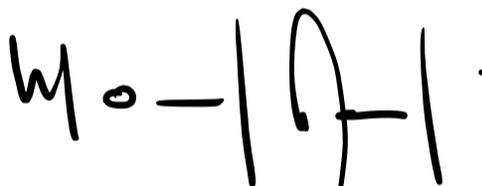
Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL

ORDINARIO No. 27 2019 0618 01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

**DEMANDANTE: JOSE ANTONIO PORTELA
GAMBOA**

DEMANDADO: OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalado para la verificación de la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, se constituyeron en ella y la declararon abierta.

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 demandante, contra el auto proferido por la Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el día diecisiete (17) de junio de dos

mil veintiuno (2021), por medio del cual se negó la prueba testimonial y de oficios.

HECHOS

El señor JOSÉ ANTONIO PORTELA GAMBOA, instauró demanda en contra de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, para que mediante el trámite del presente proceso, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión legal y/o voluntaria de jubilación, a partir del 1 de enero de 2019, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de las condenas. (fls 6 - 7).

El Juez de instancia, durante la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, negó el decreto de la prueba testimonial solicitada, considerando que los testimonios en el proceso no son necesarios, porque para la resolución del mismo, se evalúa el caso particular según los requisitos de edad y tiempo de trabajo.

Por la misma razón señaló que no es necesario el listado referente a trabajadores que se les reconoció la pensión de jubilación y/o voluntaria.

Inconforme con dicha determinación, el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación, de conformidad con lo señalado en el art. 65 del C.P.L. y de la S.S., toda vez que se está negando el decreto y la práctica de pruebas, señalando: *“solicito comedidamente que, bueno, por un lado consideramos pertinente y conducente, dos tipos de pruebas, la primera, pues los testimonios que hemos solicitado, por lo menos que se llevan a cabo o se recauden 3 de los 5 testigos que hemos solicitado y también de la misma manera la prueba que hemos solicitado, en el acápite 5.3 de la demanda, del escrito de demanda, en el cual se le solicitó de manera respetuosa al*

despacho ordenar a OCCIDENTAL DE COLOMBIA, que mediante escrito indique el listado de los trabajadores a los cuales se les ha reconocido la pensión de jubilación y/o voluntaria, estas pruebas resultan ser completamente pertinentes y conducentes, toda vez que ponen de presente que se ha violentado la igualdad, que ha habido una expectativa legítima, que se le ha violentado a mi mandante y a través de los testimonios y de la prueba enunciada en el acápite 5.3, ponemos de presente que se ha generado una expectativa legítima en favor de mi mandante y pues obviamente en otros casos de idénticas situaciones fácticas si se ha reconocido esta mesada pensional, luego no habiendo un criterio constitucional, o legal, para reconocer en unos casos si y en otros no, cuando las situaciones fácticas son completamente similares, se ha violentado la igualdad eso es lo que queremos poner de presente de manera que esto únicamente lo podemos acreditar, con el listado solicitado y con los testimonios pues a través del dicho de ellos se pondrá y permitirá dilucidar que las actuaciones han conculcado no solo derechos de carácter legal y en materia de seguridad social, sino derechos de carácter constitucional como lo es el derecho a la igualdad. Entonces solicito comedidamente al Despacho se sirva conceder el recurso de apelación que estoy interponiendo para que se conceda la práctica de esas dos pruebas, reitero, los testimonios, por lo menos 3 de los 5 que hemos solicitado y de otro lado la prueba solicitada en el acápite 5.3 del escrito de demanda. Muchas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A de C P DEL T y de la S S la Sala resolverá los recursos comenzando por razones de orden metodológica por el de los demandados.

Sea lo primero precisar que acorde a lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez dirigirá

el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento sin perjuicio de la defensa de las partes. Por su parte el artículo 53 *ibidem* lo faculta para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito.

Además de ello, el artículo 54 lo *faculta* para decretar pruebas de oficio que *a su juicio* resulten indispensables para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, a cargo de una de las partes o de ambas.

Bajo este esquema, el Juez Ordinario debe desarrollar sus facultades de orden legal con miras a adelantar el debate procesal en forma tal que transcurra sin complicaciones y garantizándose la celeridad propia del proceso, sin perjudicar eso si los derechos de las partes. En otros términos, la práctica de pruebas siempre debe estar guiada por un *examen de pertinencia*, que debe analizar el juez al momento de decretarlas, para evitar el decreto y práctica de pruebas que en nada contribuyen al establecimiento de la verdad real de los supuestos fácticos controvertidos, afectándose principios como la recta y cumplida administración de justicia, la celeridad y economía procesal, entre otros.

Ahora bien, dentro de las dos posibilidades de decreto de pruebas – solicitadas por las partes y decretadas de oficio – varía el poder y el grado de discrecionalidad del Juez, puesto que las pruebas solicitadas por las partes sólo pueden ser denegadas por motivos de pertinencia y conducencia claramente establecidos en una providencia, mientras que el decreto de las pruebas de oficio depende del juicio del juez instructor del proceso, quien por su conocimiento e inmediatez en el proceso, es quien sabe las pruebas que se requieren para el esclarecimiento de los hechos, además de las solicitadas por las partes.

Lo anterior en virtud de que lo natural es que las partes delimiten un conjunto de medios probatorios directamente relacionados con el objeto del pleito, por ser su interés el de la resolución de la controversia a su favor, sin que sea dable predicar en el procedimiento laboral un total principio inquisitivo que implique que un trabajador pueda presentar una demanda y esperar a que el juez revele su intención, busque las pruebas relevantes, etc., pues es una carga procesal mínima que incumbe a las partes.

En ese orden de ideas, como regla general las pruebas deben ser solicitadas oportunamente por las partes, que son las interesadas en las resultas del proceso, conservándose el decreto de pruebas de oficio como una medida excepcional que sólo incumbe al juez en su papel de director del proceso y que se guía por su examen de las necesidades del juicio en el propósito de develar la verdad real de los hechos.

En el presente asunto, esta sala encuentra acertada la decisión adoptada por la Juez de Primer Grado, como quiera que las pruebas que pretende la parte actora sean decretadas, son inconducentes, ya que no se puede perder de vista que lo solicitado en el presente proceso, es el reconocimiento y pago de pensión legal y/o voluntaria de jubilación, que se causa con el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicios, y las pruebas solicitadas no son las adecuadas para demostrar dichos aspectos, máxime si se tiene en cuenta que en el presente proceso, no se discuten los aspectos relacionados con la existencia y duración de la relación laboral que unió a las partes.

De conformidad con lo anterior, se encuentra que la juez instructora del proceso, encontró acertadamente que las pruebas que se estudian en este recurso, no son necesarias, haciendo uso legítimo de su papel director e intermediador del proceso, además del poder discrecional que le otorga el ordenamiento procesal para decretar pruebas de oficio o rechazar las que soliciten las partes, guiado por el

examen de pertinencia de que se trató en líneas anteriores, por lo que se habrá de confirmar la decisión objeto de estudio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente 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