

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

PROCESO ORDINARIO No. 39 2018 450 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ADRIANA VARGAS 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 treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 24 de julio de 2019, por la apelación, presentada por las demandadas.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

La señora ADRIANA VARGAS MORA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen que realizó el 27 de mayo de 1994 a PORVNIR S.A., así mismo se ordene a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado en 1994. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES recibir la totalidad de los mismos. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.3-4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. La demandante Adriana Vargas Mora, nació el 3 de Octubre de 1966 cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la pensión, el mismo día y mes del año 2023.
2. La demandante, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombina de pensiones COLPENSIONES y cotizando para pensiones, desde el día 14 de enero de 1985.
3. El día 26 de mayo de 1994, encontrándose mi mandante vinculada laboralmente con el empleador Antequera Gómez Esco, se trasladó del Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., cabe advertir que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado lo que recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariamente.
4. La accionante cotizando al Régimen de Prima Media un total de 169.71 semanas por intermedio de diversos empleadores.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

5. La demandante estando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y afiliada al Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombina de Pensiones COLPENSIONES, fue trasladada el 27 de mayo de 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por el Fondo privado la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
6. La demandante, al momento del traslado al fondo Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas, inconvenientes de este Régimen.
7. El fondo privado la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no asesoró a la demandante respecto del régimen pensional que más le convenía.
8. El fondo Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional de la demandante, no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o la edad de pensión o para mantener su mínimo legal.
9. El fondo Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del Régimen Pensional de la demandante, no le informó que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia. Financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del Régimen y como influiría esto en su pensión.
10. El fondo privado Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del Régimen Pensional de la demandante, no le informó que el monto de su pensión en ese



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

Régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como el grupo de beneficiarios y como influiría esto en su pensión.

- 11.** El fondo privado Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del Régimen Pensional de la demandante, no hizo proyecciones futuras de su pensión.
- 12.** El fondo privado Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del Régimen Pensional de la demandante, no le informo sobre la tasa de remplazo en relación con la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como influiría esto en su pensión.
- 13.** El fondo privado Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del Régimen Pensional de la demandante, no le informo sobre las condiciones requeridas en el Régimen de Ahorro Individual para pensionarse anticipadamente.
- 14.** El fondo privado Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado del Régimen Pensional de la demandante, tenía a su cargo una responsabilidad de carácter profesional que le imponía el deber de asesorarla eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa diligencia, prudencia, con respecto a la decisión de traslado de Régimen Pensional.
- 15.** Desde su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, el 27 de mayo de 1994 hasta el 2 de marzo de 2018, mi poderdante cotizó a ese régimen un total de 1429 semanas aproximadamente.
- 16.** Era obligación, de los demandados informar a mi poderdante, sobre el año de gracia que concedió el Artículo Segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados se pudieran trasladar por única vez antes del 28 de enero de 2004, situación que en el caso en concreto no aconteció a pesar que contar la AFP con las direcciones de residencia, trabajo y correo electrónico de mi poderdante, canales todos válidos para que se informara de primera mano por parte de este a mi mandante sobre los cambios normativos mencionados, quedando en evidencia la mala fe de la administradora de pensiones.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

- 17.** De igual manera la accionada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió informar a la señora Adriana Vargas Mora antes del 3 de octubre de 2013, sobre la imposibilidad de trasladarse de Régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el Derecho de Pensión, conforme lo establece el artículo 13 del Ley 100 de 1993, el cual fue reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, situación que NO ocurrió en el asunto bajo examen.
- 18.** La demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., informo a la accionante Adriana Vargas Mora, que su pensión de vejez en el RAIS sería de Dos millones trescientos sesenta y un mil trescientos noventa y ocho (\$2.361.398.00) para el año en la que cumpliría los 57 años de edad.
- 19.** Conforme a la Historia laboral expedida por Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se puede establecer que mi poderdante Adriana Vargas Mora tiene un Ingreso Base de Liquidación IBL para el año 2018 de \$13.713. 991.00, suma que aplicándole una tasa de remplazo del 61,62%, nos arroja para esa anualidad una mesada pensional en la Administradora Colombiana de pensiones “COLPENSIONES” de \$8.450.561.25.
- 20.** Mi poderdante elevó Derecho de Petición al Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, solicitando la nulidad de traslado de Régimen Pensional el 9 de mayo de 2018, de conformidad con lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias No (s) 33083 del 22 de noviembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014, y 31989 del 9 de septiembre de 2008.
- 21.** El día 23 de junio de 2018, mi mandante solicito a la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” solicitud de traslado de Régimen o anulación del mismo efectuado el 27 de mayo 1994 de conformidad con lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias No (s) 33083 del 22 de noviembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón y 31989 del 9 de septiembre de 2008 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

- 22.** La Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” por medio del oficio BZ2018_7287027- 1849734 informa que mi poderdante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS
- 23.** El día 13 de julio de 2018, mi mandante solicito a la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” que se ordenara el traslado al Régimen de Prima Media con prestación definida de solicitud de traslado de Régimen o anulación del mismo.
- 24.** La Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” por medio del oficio 2018_8205268 - 15887810 informa que mi poderdante que el tramite fue radicado y enviado a ASFONDOS.
- 25.** La Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” por medio del oficio BZ2018_8205268- 2324237 informa que la solicitud radicada no ha sido aceptada por la administradora de Fondo de Pensiones (AFP) en la cual mi cliente se encuentra registrada. (fl.- 4-6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 20 para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl.- 114 - 122).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 4, 5 y 21 a 25, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena e y prescripción. (fl. 165 - 168).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

El Juzgado de conocimiento, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor, condenó a PORVENIR S.A. a transferir la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, realizar descuentos por conceptos de seguros de invalidez y sobrevivencia y ordenó a COLPENSIONES recibir la totalidad de los dineros que le serán entregados. (fl.- 195-196).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que tal como quedó planteado al momento de fijar litigio consiste en determinar si la afiliación que hizo el demandante, o mejor dicho, el traslado que hizo el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a PORVENIR S.A., se encuentra viciado de nulidad. De conformidad con el artículo 13 literal B de la ley 100 del 93, la selección de cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su selección al momento de la vinculación

Entonces el desarrollo de esta sentencia va a ser así Primero se va a dilucidar en qué consiste una decisión libre y voluntaria, segundo en quién recae la carga de la prueba de establecer si esa decisión que tomó el demandante fue libre y voluntaria y por último las dos reglas aplicadas al caso concreto.

Entonces para empezar con el primer ítem es decir en qué consiste tomar una decisión libre y voluntaria las voces del artículo 13 literal E, el despacho debe remitirse o traer a colación el decreto 663 de 1993, el cual es el estatuto orgánico del sistema financiero. La misma Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 78852 SL 1452 del 3 de abril del 2019, haciendo un condensando de este tema y trayendo a colación diferentes pronunciamientos que ha hecho la misma Corte Suprema de Justicia establece en qué consiste ese principio de transparencia que establece o que exige el estatuto orgánico financiero que la transparencia es una norma de diálogo que le impone las administradoras a través del promotor de servicios, asesor comercial dar a conocer al usuario en un lenguaje claro



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

simple comprensible los elementos definitorios y condiciones de 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 del servicio, en otros términos la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sólo sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo o parcializar los neutros.

En ese orden de ideas para que se entienda que un afiliado ha tomado la decisión de manera libre y voluntaria debe haberse cumplido con la obligación de dar una información detallada comprensible comparada y objetiva de los dos sistemas es decir no basta con que al momento de abordar al demandante en este caso al afiliado para obtener su traslado no basta con explicar algunas características del régimen o algunas bondades sino que se tiene que explicar de manera detallada las bondades los pro y los contra como se dice y efectivamente eso comparado con el régimen de prima media de tal forma que sí efectivamente se le hablo o se le explicó algunas características, estas características deben ser desarrolladas y no solamente de manera general sino efectiva, en el caso concreto es decir establecer cuáles de las características que rodeaba el demandante para que el momento y explicarle cómo sería esas beneficios que le estaba ofreciendo

Así las cosas, en este caso en particular era a PORVENIR S.A. a la que le correspondía demostrar que efectivamente cumplió al momento de la afiliación de la demandante que se dio el 26 de mayo de 1994, que se le dio toda esa explicación de tal manera que él pudiera comprender lo que dejaba y qué es lo que estaba adquiriendo, entonces está esta obligación o carga probatoria encuentra dos sustentos normativos una sustancial y uno procesal. El sustancial lo encontramos en el código civil en artículo 1604 en el que establece que en estas ejecuciones de contratos quién debe probar la responsabilidad contractual es quién ha debido actuar con diligencia y cuidado y así lo señaló la Corte Suprema justicia quien tiene por sentado, que no esa otra diferente que la administradora la que debe tomar con



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

diligencia y cuidado en la medida que es la conocedora del servicio que ofrece, la conocedora del servicio de los demás oferentes y por ende al conocer de manera detallada el sistema de seguridad social y enfrentarse ante un afiliado que como la misma jurisprudencia lo ha denominado Lego que no conoce la materia y aquí efectivamente se evidenció que hay unos conocimientos vagos sobre eso entonces es cuando la carga de la prueba o efectivamente cuando se exige que quién debe acudir o actuar con esa debida diligencia y cuidado es la persona que conoce el sistema de fondo.

En el presente caso la administradora de pensiones es decir PORVENIR S.A. no acreditó que en el momento de la filiación le explicaron en debida forma el demandante en qué consistía el régimen de ahorro individual y no solamente ello, sino en qué consistía el régimen de prima media que estaba dejando, explicando cómo se adquiriría la pensión en uno y otro régimen.

Así las cosas, encontró que la demandada PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba en el presente proceso, y amparada en las sentencias proferidas por la H. Corte Suprema de justicia, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el actor y condenó en costas a la demandada.

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada porvenir interpone recurso de apelación, señalando:

“Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que usted acaba de proferir, toda vez que no hay lugar prosperar ninguna de las pretensiones incoadas encontrar mi representada por cuanto se evidencia que no se encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual celebrado por la demandante porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera el momento en que la demandante efecto el traslado no adquirió derecho alguno y sin consentimiento voluntario libre apremio máximo cuando era



**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

beneficiaria del régimen de transición la voluntad de permanencia del régimen de ahorro individual se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación. por otro lado respecto a los vicios del consentimiento alegado por la demandante Al suscribir su traslado por error inducido por dolo no porta la parte actora pruebas pertinentes porque en realidad la carga procesal de hacerlo, esto es la parte demandante según lo dispone el artículo 167 del código general del proceso y no simplemente como lo hiciera alegando una eventual falta el deber de información, así las cosas las consecuencias del traslado del régimen al definido la ley 100 del 93 y por ello cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que en los términos del artículo 1509 del código civil no tiene alcance para viciar el consentimiento, de esta manera resulta claramente imposible para cualquier persona establecer de forma clara si en el momento del traslado le era conveniente la afiliación de uno u otro régimen pensional pues obvio resultado conveniente mantener la vinculación en el régimen de prima media siempre y cuando cumplirá con todos o al menos uno de los requisitos que establece la ley para alcanzar pensión en este régimen incluso podría estimarse conveniente la permanencia del régimen de prima media para que sea una expectativa cercana de acceso a la pensión como lo son los beneficiarios del régimen de transición pues si ninguno de estos casos se encontraba la demandante toda vez que para la fecha en que decidió su traslado le faltaba más de 20 años para cumplir la edad reglamentaria de acceso a la pensión en el régimen de prima media lo que resulta imposible para las AFP informar sobre la conveniencia cierta de pertenecer a uno u otro régimen más aún cuando la demandante tuvo la oportunidad de redactar el traslado con la expedición del decreto 3800 del 2003 para cuya aplicación se expidió la circular 01 el 2004 de la superintendencia financiera mirando amplia información en medios de comunicación sobre los beneficios del régimen y las posibilidades del traslado es mas no sobra aclarar que cada régimen de aspectos favorables y desfavorables uno frente al otro precio el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de escoger mineralizado Ellos tienen las restricciones sobre las cuales se pronuncia



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

la corte constitucional sin que se puede invalidar por vía jurisprudencial con el convencimiento de forma equivocada que los errores derecho pueden viciar del consentimiento de quién celebra un acto jurídico imponiendo retroactivamente las administradoras de fondos de pensiones requisitos o trámites que las normas no contemplaban para la época de la afiliación. Respecto a los gastos de administración a los que fue condenada Porvenir resulta pues contrario a la equidad que se establezca que el fondo no puede beneficiarse del acto jurídico declarado ineficaz pero pues tampoco resulta equitativo que la demandante si se beneficie del ejercicio fiduciario efectuado por la AFP toda vez que no sólo se ordena el traslado de los aportes con la indexación sino que se incluye los rendimientos financieros que son el producto el ejercicio fiduciario mencionado anteriormente de este modo dejo sustentado mi recurso de apelación.”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

“encontrándome dentro la oportunidad procesal me permite interponer recurso apelación ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y de ahí me permito sustentar de la siguiente forma primero que todo me permito manifestar que todas y cada una de las actuaciones que ha realizado mi representada han sido conforme a la ley de otra forma ruegos de señores magistrados mi representada no sea condenada en costas en esta instancia toda vez que al recurrir la sentencia de primera instancia no es un acto caprichoso por parte de mi representada sino que simplemente lo que se permite prever es un desequilibrio en el sistema al momento del reconocimiento de la prestación de otra forma me permito manifestar y tal como quedó demostrado pues el mal actuar fue por parte del fondo y debería hacer es que el mismo fondo reconozca la pensión en los mismos términos que se ha debido reconocer o que la reconocería si la demandante estuviera en el régimen de prima media con prestación definida, desde de este modo dejó sentado a mí recurso”



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, los recursos interpuestos por las demandas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada COLPENSIONES, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora ADRIANA VARGAS 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 AFP PORVENIR S.A., en el 26 de mayo de 1994, 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. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS 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.

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **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**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

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

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Por ello, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

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).

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones
inicie acción judicial**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 39 2018 450 01 Dte: ADRIANA VARGAS MORA Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.



MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2017-044-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: RUFFO ALBERTO DÍAZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Protección, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de agosto de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones y Protección.

ANTECEDENTES

El señor RUFFO ALBERTO DÍAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE nulo el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

acto mediante el cual se trasladó del RPM al RAIS administrado por Protección S.A., ordenándole a esta última a transferir a Colpensiones el ahorro depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con intereses o rendimientos financieros, que se declara que es beneficiario del régimen de transición y por ello tiene derecho a que la demandada Colpensiones, le reconozca pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990. (fl. 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 31 de octubre de 1955, afiliándose al sistema general de pensiones desde el 1 de noviembre de 1987 al 31 de octubre de 2015, que estuvo afiliado al RMP hasta el 30 de agosto de 1995, data para la cual, decidió trasladarse al RAIS, siendo beneficiario del régimen de transición pues a 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad; señala que para dicho traslado de régimen, fue convencido por asesores de la entonces Colmena S.A., para vincularse a dicho fondo, para lo cual le aseguraron que se pensionaría antes de los 60 años, con una mesada superior a la que recibiría en el entonces ISS, que dicho traslado, lo llevó a la pérdida del régimen de transición del que era beneficiario y nunca se le advirtió por parte de Colmena S.A., la pérdida de dicho beneficio, no conoció los riesgos que implicaba tal traslado de régimen, pues no se le brindó la información completa acerca de las ventajas y desventajas de tal decisión.

Afirma que fue engañado en tanto no se pensionó antes de los 60 años de edad y la pensión que Protección S.A., le ofrece, asciende a \$838.786, monto muy inferior a la pensión que recibiría en Colpensiones.

Señala que laboró para el empleador Pablo Emilio Mejía entre el 1 de enero de 1985 al 31 de julio de 1987 y del 1 de marzo de 1988 al 31 de diciembre de 2003, tiempo durante el cual, no fue afiliado al ISS, para la cobertura de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, tiempos que representan 437 semanas; que solicitó ante Colpensiones, que previo al reconocimiento pensional, requiriera al empleador en mención para que efectuara el pago de cálculo actuarial por los periodos en mención y el 15 de diciembre de 2016, este empleador, allegó a Colpensiones los documentos solicitados por esta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradora para el cobro de título pensional, que para el 25 de julio de 2005, contaba con 834 semanas cotizadas y para el 31 de octubre de 2013, acreditaba más de 1000 semanas de cotización. (fls. 1 a 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 4, 14 y 19 a 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe. (fl. 62).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 2, 3, 6 y 14, negó los No. 9, 10 y 13 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio del consentimiento y prescripción. (fl. 90).

Respecto del litisconsorte, señor Pablo Emilio Mejía, se tuvo por no contestada la demanda. (fl. 126)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por el demandante al RAIS el 30 de agosto de 1995, condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los valores que reposaran en la cuenta de ahorro individual del actor producto de la afiliación del demandante, sin lugar a descontar sumas por concepto de gastos de administración, ordenó a Colpensiones a recibir dichos aportes y a actualizar la historia laboral del demandante, condenándola igualmente a reconocerle pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, señalando que la prestación se había causado el 31 de octubre de 2013, data para la cual, arribó a los 60 años de edad, siendo exigible a partir del 1 de noviembre de 2015, día siguiente a su última cotización, concediéndole a Colpensiones el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

término de 4 meses luego de recibir los aportes cuyo traslado se ordenó para reconocer la prestación. (fl.178).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

En lo que respecta a la nulidad de traslado de régimen pensional, se tiene que el acto jurídico de cambio de régimen pensional debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario como mínimo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como de los riesgos y consecuencias del traslado por tanto en el campo de la seguridad social existe un verdadero y subrayable deber de tener un consentimiento informado entendido como un procedimiento que garantiza antes de aceptar un ofrecimiento o servicio la comprensión por el usuario, las condiciones, riesgos y consecuencias de la afiliación al régimen vale decir que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido la información clara, cierta, comprensible y oportuna. Las administradoras de fondo de pensiones deben suministrar al afiliado una información confidencial, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y además que en estos procesos supera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, lo anterior se repite sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene un beneficio transicional o si esta próximo o no a pensionarse dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.

De las probanzas anteriores resulta indiscutible que la demandada administradora de fondo de pensiones y cesantías protección S.A omitió en el momento del traslado de régimen el deber de información para con el accionante en los términos que han quedado vistos pues no comunico las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen en esa medida el tenor de la jurisprudencia trae a colación ello deriva la nulidad del traslado así realizado con las respectivas consecuencias tales como el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con su rendimiento hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia. Así las cosas tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia abra de declararse la nulidad del traslado del demandante señor Ruffo Alberto Díaz al régimen de ahorro individual la que trae como consecuencia su devolución al régimen de prima media con prestación definida administrado por colpensiones y en consecuencia deberá la administradora de fondo de pensiones y cesantías protección S.A trasladar todos los valores recibidos producto de la afiliación y traslado del demandante a dicha sociedad tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada con todos sus frutos e intereses es decir con los rendimientos que se hubieran causado de conformidad con lo dispuesto en el Art 1746 del código civil sin que haya lugar a que dicha suma se le realicen los descuentos con ocasión a gastos de administración los que deben ser asumidos por el fondo de pensiones teniendo en cuenta que la nulidad aquí declarada fue producto de la conducta indebida de dicha entidad quien de conformidad con las directrices del Art 963 del código civil debe asumir a su cargo el deterioro sufrido por el bien administrado pues contrario a lo sostenido en su escrito de contestación a pesar de que la vinculación del demandante obedece a un cambio de fondo le asistía obligación de informarle sobre las consecuencias de su traslado de régimen en este caso hoy protección S.A.

Visto lo anterior, en cuanto a la pretensión encaminada a reconocimiento pensional, se tiene que a 1 de abril de 1994, el actor, contaba con más de 40 años y para conservar el régimen de transición hasta el año 2014 el demandante debió cotizar un mínimo de 750 semanas para el 22 de julio de 2005 fecha en la que entro en vigencia el acto legislativo 01 de 2005 por lo que se procede a verificar tal circunstancia a folio 75 del expediente se aportó la historia laboral de las semanas cotizadas por el demandante a colpensiones actualizadas al 22 de mayo de 2017 que da cuenta que el accionante cotizo desde el 1 de noviembre de 1987 al 31 de agosto de 1995 un total de 245.02 semanas a folio 97 y 99 adverso se aportó la historia laboral de las semanas cotizadas por el demandante a la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandada protección pensiones y cesantías con fecha de generación del 13 de septiembre de 2017 que en virtud de la nulidad de traslado declarada en esta sentencia se deben tener en cuenta como cotizadas a colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida de la cual se establece que entre el mes de septiembre del 95 a julio de 2005 fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 cotizo un total de 1380 días que arrojan 197.14 semanas que al adicionarlas al 245.02 cotizadas a colpensiones arrojan un total de 639.30 semanas, ahora bien debe señalarse que colpensiones propuso como excepción previa la de falta de integración de Litis consorcio necesario solicitándose vincular al proceso al señor Pablo Emilio Mejía Montañés por cuanto se afirma por la parte demandante que el actor estuvo vinculado laboralmente y no realizó las cotizaciones respectivas por lo que se solicita se integre el contradictorio y se ordene el pago de las mismas para con ello proceder colpensiones a resolver la pensión de vejez excepción que fue declarada probada por el juzgado en audiencia celebrada el 23 de abril del 2018 y se ordenó la integración de Litis consorcio necesario, el citado señor pablo Emilio Mejía montañés se notificó en forma personal como se evidencia a folio 124 del expediente sin que hubiese comparecido al proceso razón por la cual se tuvo por no contestada la demanda. Al revisar el expediente administrativo aportado por la demandada colpensiones a folio 136 encuentra el despacho que el demandante elevó petición informando sobre su relación laboral con el señor Mejía Montañés y aportando las pruebas que acreditaban la misma para el efecto de esta providencia el juzgado imprime tres documentales y las anexa al expediente, en las documentales mencionadas aparece certificación laboral suscrita por el citado Mejía Montañés mediante la cual señala que el actor prestó sus servicios mediante contrato de trabajo desde el 1 de enero de 1985 hasta 31 de julio de 1987 y desde el 1 de marzo del 98 al 31 de diciembre de 2003 pues bien con las documentales mencionadas las cuales como se indica reposan en el expediente administrativo del actor se demuestra la relación laboral con el empleador Pablo Emilio Mejía Montañés razón por la cual el juzgado tendrá en cuenta la misma para efectos pensionales toda vez que la corte suprema de justicia en sala laboral en sentencia SL 6621 del 2017 con radicación 49346 del 3 de mayo estableció “ los hechos expresados en los certificados laborales deben reputarse como cierto a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad luego de recordar que los diferentes pronunciamientos de la corporación a lo largo del tiempo han sostenido que el juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expide el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo ya sea sobre el tiempo de servicios y el salario sobre otro tema por esta razón la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda”, ahora bien si el mencionado empleador aceptó la relación laboral, expidió certificación de tiempos de servicios y no aparece la afiliación ni el pago de los aportes de pensión pagos al demandante colpensiones tenía la obligación de iniciar los trámites para el cobro coactivo tal como lo exige el Art 24 de la ley 100 del 93 en lo atinente al cobro coactivo que deben adelantar las administradoras de pensiones frente a los empleadores morosos.

De conformidad con las normas transcritas era deber de la administradora de pensiones colpensiones adelantar las acciones de cobro de sus aportes con motivo del incumplimiento del pago de los mismos trámite que brilla por su ausencia dentro del proceso, atendiendo a las anteriores consideraciones esgrimidas por la honorable corte suprema de justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral esto es el de no colocar al trabajador afiliado la carga de asumir las consecuencias adversas de la omisión de un empleador que no hizo el pago oportuno de las cotizaciones que está obligado a sufragar se tendrán en cuenta los periodos del 1 de enero del 85 hasta el 31 de julio del 87 esto es 930 días y desde el 1 de marzo del 98 al 31 de diciembre del 2003 esto es 2100 días para un total de 30,30 días que representan 432.86 semanas aclarado lo anterior y si sumamos las 432.86 semanas a las 639.30 semanas que cotizo el actor al fondo privado de colpensiones que como se anotó se debe tener en cuenta como válidas en el régimen de prima media arrojan un total de 1072.16 semanas superando las 750 semanas exigidas por el acto legislativo número 01 del 2005 por tanto conservo el régimen de transición hasta el año 2014.

Así las cosas el juzgado establece que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez por lo que habrá de impartirse condena en contra de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradora colombiana de pensiones Colpensiones a reconocer la pensión de vejez al demandante sobre 13 mesadas pensionales a partir del 31 de octubre de 2013 fecha en la que cumplió los 60 años de edad la que será exigible a partir del 1 de noviembre de 2015 en atención a que la última cotización la realizó el mes de octubre de dicho año y para el disfrute de la pensión se requiere la desafiliación del sistema para lo cual se le otorga un término de 4 meses contados a partir de la fecha en que reciba los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante señor Ruffo Alberto Díaz Quintero identificado con cedula de ciudadanía número 14217963 y que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante a protección S.A, quedando en cabeza de colpensiones liquidar la prestación pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección S.A.**, indicó:

Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho con el objetivo de que el superior revise los puntos todos los cuales tienen que ver con lo siguiente:

- 1. El señor ahora demandante está reclamando los privilegios legales derivados de la ley 100 de 1993 que es aquella norma que regula en su creación el régimen pensional tanto el RPM como el RAIS basado en el desconocimiento mismo de la ley y se apoya para ello en sentencias emitidas por la corte con posterioridad al negocio jurídico que se celebrara en el momento de la migración, el juzgado hace énfasis punto que yo comparto en que el deber de información existe desde antes de la ley 100 del 93 con el estatuto orgánico y sistema financiero y en el Art 100 de la ley 100 del 93 se encuentra también la exigencia, pero yo contra arguyo a eso diciendo que no existía el rigorismo que luego se le dio a estas normas o el desarrollo que se hizo de las mismas frente a la necesidad o frente a lo que fue el tropiezo que tuvieron los afiliados al momento de ir a reclamar la pensión y entonces la jurisprudencia se dedicó a llenar esos vacíos y volvió exigente lo que antes era previsión legal simple contemplada en el estatuto orgánico del sistema financiero y en la ley 100, porque en ese momento se exigía una información de pronto un poquito simple o sencilla en atención a dos cosas lo primero a que la ley estaba conocida por todos y no estaba poniendo exigencias diferentes a lo que era un formulario de afiliación o una ilustración simple a la persona que tenía el deber de conocer la ley y lo segundo pues porque se entendía que la propia persona tenía que tener un deber de diligencia frente a lo que era el nuevo negocio que estaba realizando, si ese deber de información existía pero fue desarrollado por la jurisprudencia de forma tal que la administradora que hizo la migración no violó la ley sino que simplemente se ciñó a ella razón por la cual digo yo tiene derecho tanto a ganarse los gastos de administración como a no ser condenada en costas no me refiero a la cuantía en este momento porque eso podrá discutirse acá cuando regrese el expediente sino al ítem condena en costas se debe condenar sin costas a quien viola la ley a quien pierda un proceso porque violó la ley no a quien pierda un proceso porque viola una disposición jurisprudencial que no existía en ese momento porque la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la justicia al cual se acude cuando no haya norma aplicable, de manera tal que cuando la jurisprudencia lo que hace es expandir lo que dijo una norma realmente es un criterio jurisprudencial que puede o no ser acogido porque realmente lo que obliga es la ley vigente al momento de y sin perder de vista que la interpretación que se hace con autoridad corresponde únicamente al legislador que esa si se entiende incorporada a la ley que se interpreta o la ley que se amplía de manera que en cuestión de criterio el que debe tenerse allí por eso digo no debió haber habido condena en costas. En cuanto a los gastos de administración yo insisto en que la administradora desarrolla un objeto lícito y tiene una causa lícita puesto que está autorizado por la ley para deducir esos gastos de administración en la medida que se ciña por supuesto a la propia ley si ya me dice que fue que la violó bueno ya estamos enfrentados a otra cosa, pero que pasa cuando esta administradora se ciñe a la ley y con base en ella devenga, genera, recibe un gasto de administración porque le produjo unos rendimientos gracias a la administración, eso significa desplegar unos gastos personal humano y una serie de infraestructura para que ese dinero rinda.*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

2. *Si estamos en el terreno de la nulidad en donde se habla con base en el 1746 del código civil que las cosas deben llegar al estado anterior tenemos que pensar también en las restituciones mutuas porque hay un punto que no puede quedarse por fuera es decir volvamos las cosas a como estaban pero entonces volvamos atrás vamos a restituírnos como estábamos antes o me quedo con los gastos de administración y usted con los rendimientos o no se gana los rendimientos y yo le devuelvo los gastos de administración para que pongamos las cosas como estaban antes, porque repito la administradora actuó con base en la ley, lo hizo dentro de los lineamientos legales no ha violado la ley en ningún caso es decir si algún error se cometió la culpa la tiene la ley no la administradora en ese sentido, entonces me vuelvo al principio la parte demandante simplemente sin tener un derecho consolidado a 1 de abril de 1994 simplemente se apoya en que la sentencia del 2008 en adelante han dicho que el fuerte es la administradora pero esos alegatos olvidan que esas sentencias y la misma ley 100 del 93 no han derogado el código civil, no han derogado normas tales como capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos que irradian a todo el derecho porque el código civil si uno toma la pirámide que señala uno encuentra primero la constitución de la república, en segundo lugar el código civil y de ahí para abajo es decir que el código civil tiene una serie de normas que iluminan el camino de las demás legislaciones y la legislación laboral no es la excepción en ninguna parte se ha dicho que la legislación laboral no tenga que respetar la capacidad, consentimiento, el objeto y causa lícito en ninguna parte ni siquiera el precepto constitucional que dice que Colombia es un estado de derecho pero hay que tener en cuenta eso capacidad, consentimiento, objeto, y causa lícitos que son elementos que irradian toda la jurisdicción entonces esta persona no tenía ni siquiera un derecho consolidado cual fue el daño que se le causo en aquel entonces o quien le causo el daño por cumplir con la ley realmente no lo creo que daño se le hizo que fue que no se le informo en aquel momento lo que podría ocurrirle dentro de 20 años y como sabemos primero cual iba hacer la conducta de la Corte y segundo que le iba a pasar a usted dentro de 20 años, cual iba hacer su línea salarial que es un aspecto que tiene que tenerse en cuenta para efectos de pensiones, como le íbamos hacer un comparativo con base en que se le puede hacer un comparativo o como se le va hacer una proyección si no se sabe repito cual va hacer la línea ascendente o descendente de su salario, si va a tener o no empleo una serie de cosas que solamente se pueden ver al cabo del tiempo de manera que la administradora actuó en su momento tenía que haberlo hecho no tenía otro camino diferente, si hoy en día sustrajéramos es desarrollo jurisprudencial estaríamos únicamente y exclusivamente frente a la ley objetiva que es la ley 100 del 93 con todas sus lagunas y vacíos legislativos si uno se pone a pensar en 1994 quien sabia de pensiones en 1994 ósea había lo que dice la ley 100 pero el desarrollo dinámico las jurisprudencias que luego se han emitido nadie las sabia, porque no se había presentado la necesidad de desarrollar estos criterios me afianzo que yo veo que hasta jueces demandan nulidad de traslado pero cómo es posible que un juez que administra justicia este demandando nulidad del traslado y uno dice si porque fue el que me apoyo en sentencias posteriores si eso es así para quien se supone administra justicia sin embargo encuentran quien les decreta nulidad no con la ley 100 con las jurisprudencias yo insisto en ese punto tengo que sopesar la situación en el año 94, en ese año tiene que arrancar diciendo usted administradora violo la ley y por ellos, voy a sancionar pero si no viola la ley no me condene a gastos de administración ni me condene en costas porque si yo me gano los gastos mientras que usted se gana los intereses pero si usted además de llevarse los rendimientos se lleva los gastos de administración está llevándose un premio por haber desconocido la ley y haber violado directamente el artículo 9 del CC.*

Colpensiones, recurrió señalando:

Me permito interponer recurso de apelación en contra de la providencia que acaba de proferir para que los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá la revoquen en su integridad además de ello solicito a los honorables magistrados surtan el grado jurisdiccional de consulta a favor de mi representada respecto a las condenas impuestas en esta instancia que afectan a colpensiones, mi recurso de apelación lo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sustento en el sentido de apartarme a la interpretación otorgada por el despacho dado de que no debió haberse declarado la nulidad del traslado efectuado el 30 de agosto de 1995 por el señor demandante a la AFP protección puesto que esta apoderada considera que en el presente caso no se vislumbra vicio de consentimiento alguno que lo haya inducido efectivamente a un error o a una mala decisión en su entonces además de ello debe tenerse en cuenta por los honorables magistrados que de acuerdo a lo indicado en múltiples sentencias de la corte constitucional las declaratorias de traslado y el ordenar a colpensiones recibir los aportes realizados en el régimen de ahorro e individual afecta sustancialmente al fondo común de la entidad que efectivamente los reconocimientos de pensión que hace colpensiones se basan en los aportes que efectivamente hacen las personas a lo largo de su vida laboral situación que efectivamente no sucedió en el caso del señor demandante puesto que al haberse trasladado de régimen como lo dije con antelación al 30 de agosto de 1995 se tiene que por más de 20 años mi representada no recibió ningún aporte por parte del mismo para lo cual como lo indica la corte constitucional afectaría o causaría una descapitalización al fondo común además de ello solicito a los honorables magistrados que tengan en cuenta que en el presente proceso, en el expediente no reposa ninguna prueba sumaria que permita verificar la diligencia y el cuidado por parte del afiliado incluso puede catalogarse como los deberes que tenía como consumidor financiero en el sentido de solicitar algún tipo de información al fondo en el cual se encontraba afiliado o en su defecto al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones con el propósito de verificar si efectivamente la información que le fue proporcionada en el momento de la afiliación fue ajustada a derecho así mismo debe tenerse de presente que el señor demandante ejerció el derecho a la escogencia de manera libre del régimen pensional, esta escogencia efectivamente mi representada no podía de ninguna manera intervenir en la misma sino que se hizo de manera libre y voluntaria por parte del señor Ruffo Alberto para lo cual no debe endilgarse alguna responsabilidad al respecto a mi representada así mismo debe tenerse de presente lo contenido en el Art noveno del código civil en lo cual debe tenerse presente la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad alguna para lo cual si en algún momento de estos 20 años posteriores al tratado de régimen pensional el señor Ruffo Alberto hubiese tenido alguna duda efectivamente habría accedido a la ley 100 y demás decretos reglamentarios para informarse de la asesoría que le fue proporcionada en el año 95 de la misma manera solcito a la honorable sala que tenga en cuenta que de acuerdo a pronunciamientos de la corte suprema de justicia se deben tener presente que en el caso objeto de esta apelación el señor demandante no tenía más de 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la ley 100 del 93 por lo cual no debió haberse aplicado en este caso la carga dinámica de la prueba y debió haber sido él quien efectivamente permitiera verificar de manera idónea que no había sido asesorado por parte del fondo privado.

Asimismo respecto de las condenas impuestas en la condena numero 4 tendiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con aplicación al Art 36 de la ley 100 que nos remite al acuerdo 049 del 90 y su decreto aprobatorio 758 debe tenerse de presente que efectivamente colpensiones le asiste el derecho a la verificación de las semanas que si en el hipotético caso que no se tuviera en cuenta la solicitud de la revocatoria de la declaratoria de nulidad de traslado y afiliación efectivamente colpensiones le asiste el derecho de la verificación de las semanas que posteriormente pueden ser trasladadas por parte del fondo privado por parte de protección puesto que bien se ha sabido y es por así decirlo de conocimiento cotidiano que al trasladar las semanas de cotización por parte de los fondos privados el detalle realmente cambia de manera sustancial para colpensiones ahora si efectivamente se dará el traslado de cotizaciones y si da el número de semanas que indico la señora juez en el momento de las consideraciones de fallo efectivamente mi representada considerara hacer un estudio pensional, verificar si realmente es beneficiario el señor demandante del régimen de transición o no y posteriormente hacer un reconocimiento de pensión aun así le asiste derecho a colpensiones a la verificación y a que efectivamente ya repose en su fondo común las semanas que cotizó el señor demandante a la AFP protección para lo cual solicito a los honorables magistrados que le permitan a colpensiones en el hipotético caso de confirmar lo que tiene que ver con la nulidad del traslado, que le permitan hacer a colpensiones un estudio pensional para un eventual reconocimiento de pensión a si mismo solcito que se tenga en cuenta que el Litis consorte - empleador



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

pablo Emilio no llevo contestación al presente proceso ni se pronunció al respecto, solicito que hagan alguna aclaración en lo que concierne a las deudas incobrables puesto que puede que en el presente caso efectivamente el señor pablo Emilio el que fue entonces empleador del señor demandante no esté en la capacidad de hacer algún pago para lo cual efectivamente se convertiría en una deuda incobrable por parte de colpensiones en ese sentido solicito a los magistrados que hagan un estudio del material probatorio llegado a la diligencia, que hagan un conteo de las semanas cotizadas y que realmente resultan efectivas y realmente reportadas tanto a la AFP protección como ante mi representada colpensiones y que hagan una valoración de las documentales efectivamente aportadas a la diligencia con el único propósito de que sea revocada la sentencia proferida en esta instancia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor RUFFO DÍAZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Pensiones y Cesantías Colmena, hoy Protección S.A., el 30 de agosto de 1995, el que reposa a folio 96 del expediente.

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

En estos casos, contrario a lo manifestado por las recurrentes Protección y Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Es así como en casos como en el presente, **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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

Tampoco es de recibo el argumento de la sociedad Protección S.A., también esbozado en sus alegaciones, según el cual, al momento en que se trasladó el actor al RAIS, era prematuro señalarle ventajas o desventajas de su traslado y no había disposición legal que lo impusiera; 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, 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.

Tampoco resulta de recibo el argumento de Colpensiones, según el cual, el actor, debía tener 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues el deber de información bajo estudio, se predica de todos los afiliados, con independencia de si están inmersos en tales posibilidades; 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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”.

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Ahora, en cuento al argumento de Colpensiones, según el cual, el traslado de régimen que será objeto de confirmación, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que se ordenó igualmente trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues la Administradora de Pensiones demandada, PROTECCIÓN S.A., a la que se trasladó el actor, no demostró cómo le correspondía que 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 a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone mantener la decisión proferida en lo que al traslado respecta, debiéndose **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, siendo esta la figura aplicable al caso bajo estudio como se estudió en apartes anteriores.

Pensión de vejez

Siendo la demandada Colpensiones condenada a efectuar el reconocimiento y pago de pensión de vejez, bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, se analizará si le asiste tal derecho al demandante, para lo cual, procede en primer lugar analizar si aún es beneficiario del régimen de transición, que invoca:

La documental obrante a folio 23 del plenario, contentiva de copia de registro de nacimiento del actor, da cuenta de que nació el 31 de octubre de 1953, circunstancia que permite concluir que a 1 de abril de 1994, tenía 40 años de edad, siendo en principio, beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 señala que los requisitos para que los hombres, accedan a adquirir derecho pensional bajo tal normatividad, son;



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

alcanzar los 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que los afiliados no hubieran a la anterior fecha cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005.

En este caso el demandante cumplió **los 60 años de edad el 31 de octubre de 2013**, por lo que se analizará si a 25 de julio de 2005 había cotizado 750 semanas para conservar el régimen de transición en que se encontraba.

A este respecto, de historia laboral allegada por la demandada Protección visible a folio 97 del plenario y actualizada a septiembre de 2017 y que recoge las semanas de cotización del demandante en el RPM, previo a su traslado, se determina que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, había cotizado 437,81 semanas; ahora bien, la juez de primer grado tuvo en cuenta como cotizado el periodo comprendido entre 1 de enero de 1985 a 31 de julio de 1987 y 1 de marzo de 1998 a 31 de diciembre de 2003, por cuanto se probó que el actor sostuvo vínculo laboral durante los interregnos temporales mencionados con el señor Pablo Mejía y así se corrobora de documental visible a folio 151 del plenario, mediante la cual el empleador en mención acepta dicho vínculo, así como que **no afilió** durante la vigencia del mismo al actor al sistema pensional.

Sobre este punto se observa que la decisión de primer grado, confunde los efectos de la falta de afiliación con los de la mora patronal, ya que en el presente y como lo acepta el mismo empleador del actor para los periodos en mención, el demandante, no fue afiliado al sistema pensional, lo que se corrobora fácilmente con las historias laborales del actor allegadas por las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandadas Colpensiones y Protección visibles a folios 75 y 97 del plenario, no siendo de resorte de las administradoras pensionales en este caso, requerir al empleador por el pago de aportes, pues este requerimiento sólo procede en caso de mora en el pago de las cotizaciones y no como cuando en este caso, lo que se presente es la **falta de afiliación**, tales diferencias de efectos de la mora patronal y la falta de afiliación han sido reiteradas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia radicación No. 70154 del 3 de julio de 2019, M.P. Jorge Luis Quiroz, oportunidad en que indicó:

*En este punto, es menester precisar que las consecuencias por la omisión de la afiliación son diferentes a las de la mora en el pago de aportes. **Cuando acontece lo primero, lo pertinente es el pago del cálculo actuarial para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez;** mientras que la segunda, se genera cuando existe el deber legal del empleador de realizar aportes al sistema de pensiones, a partir del momento de una afiliación válida y bajo los diferentes supuestos consagrados en la legislación y, en ese caso, el efecto consiste en tener en cuenta el período que la entidad de seguridad social no cobró (SL1342-2019).*

De tal manera, no resulta procedente exigir a la administradora pensional, efectuar cobro coactivo de aportes al no haberse realizado una afiliación válida al sistema pensional por los tiempos en mención, lo que procedía era ordenar al empleador vinculado como Litisconsorte al trámite procesal, efectuar el pago del cálculo actuarial correspondiente a efectos de validar como semanas efectivamente cotizadas los tiempos laborados por el actor; no obstante, si bien la parte demandante señala en los hechos de demandada que no fue afiliado por este empleador, señalando que presentó documentos ante Colpensiones para elaboración de cálculo actuarial; no petitionó se condenara a este al pago de dicho cálculo, como se verifica a folio 51 del plenario, tornándose inviable ordenar el pago del mismo en esta instancia, pues sólo el juez de primer grado, cuenta con las facultades ultra y extra petita.

Por las razones señaladas en precedencia, no es posible contabilizar las semanas laboradas por el actor entre 1 de enero de 1985 a 31 de julio de 1987 y 1 de marzo de 1998 a 31 de diciembre de 2003, como efectivamente cotizadas, pues se itera, esto sólo sería posible cuando el empleador realice el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, razón por la cual, es claro que a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

25 de julio de 2005, el demandante, sólo contaba con 437,81 efectivamente cotizadas, por ello, no conservó el régimen de transición en que se encontraba inmerso, debiéndose **absolver** a la demandada Colpensiones del pago de la pensión de vejez a que fuera condenada en primera instancia, lo que impone **revocar** el numeral CUARTO de sentencia recurrida.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de sentencia de primer grado, para en su lugar **absolver** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, del reconocimiento pensional allí señalado.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

**(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones
inicie acción judicial)**



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

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



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201700044-01 Dte: RUFFO ALBERTO DÍAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a horizontal line and a small loop at the end.

MARLENY RUEDA OLARTE

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

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE MARIBEL LASSO PORRAS VS
INGENIERIA Y ARQUITECTURA HOSPITALARIA LTDA RAD N° 02-
2017-569-01**

En la ciudad de Bogotá D.C. a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la sala de decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

La señora **MARIBEL LASSO PORRAS**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra **INGENIERIA Y ARQUITECTURA HOSPITALARIA LTDA**; a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 6 de noviembre de 2013 y hasta el 16 de enero de 2017, que se condene al pago de comisiones por la consecución a favor de la demandada de unos contratos, comisión equivalente al 1.5% de los contratos, solicita también y en consecuencia reliquidación incluyendo las comisiones, indemnización moratoria, indexación y costas. (fls 1 al 9)

Como fundamentos fácticos de las pretensiones se afirma que la demandante suscribió un contrato de trabajo con la demandada, el 6 de noviembre de 2013, para desempeñar el cargo de Gerente de Cuenta, que sus funciones eran el ofrecimiento de servicios y consecución de contratos, que el salario pactado fue de \$900.000, con el fin de restar valor a las comisiones se pactó que las bonificaciones serían de 1% a 1.5%, que verbalmente se aclaró que las comisiones serían de 1% para cliente privado y de 1.5% para público, que como

producto de su gestión la demandante consiguió los contratos que enumera en el hecho séptimo de la demanda, con el municipio de Sylvania, departamento de Vichada y municipio de Funza, los cuales fueron tramitados en su integridad por la demandante, sin que la demandada cancelara suma alguna por esa gestión, que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el 16 de enero de 2017, que en ese momento el salario era de \$ 1.348.200, que la indemnización se pagó sin tener en cuenta las comisiones . (fls 1 al 9).

Por su parte la demandada, en escrito de réplica presentado oportunamente, se pronuncia manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto no pactó la cláusula en la que la demandante fundamenta sus pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, señalando que terminó el 16 de enero de 2017, mediante pago de liquidación e indemnización, admitió también el salario pactado, pero negó que existiera cláusula de comisiones, dado que lo pactado eran bonificaciones ocasionales por mera liberalidad y por gestión comercial, concepto que no hacía parte de las funciones de la demandante como gerente de cuenta, y que lo pactado era que en el evento extraordinario de una gestión comercial por liberalidad se pagarían unas bonificaciones que no hacen parte del salario, por no ser habituales. Aseguró que los contratos no fueron gestión de la demandante. Propuso las excepciones de carencia del derecho, comportamiento anterior de la demandante e inexistencia fáctica de la fuente de la obligación. (fls 64 a 73).

Tramitada la primera instancia, la Juez 2 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada a los diez (10) días del mes de abril de 2019, por la que resolvió ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora. (fls 316 y siguientes).

Para llegar a esa conclusión la Juez afirmó en síntesis lo siguiente: *“...La existencia de la relación laboral, no fue motivo de discusión entre las partes, ya que se suscribió un contrato de trabajo a término*

indefinido el 6 de noviembre del año 2013, para desempeñar la demandante el cargo de gerente de cuenta, y que se pactó como salario el convenido al momento de la firma del contrato, puesto que así, fue aceptado por la demandada al momento de contestar la demanda y se tendrá como fecha de terminación del contrato el 16 de enero del 2017 de acuerdo con la carta de terminación del contrato que milita el folio 19, así como la certificación expedida por la demandada del folio 21, y la liquidación de las prestaciones sociales que se encuentra en el folio 90 del plenario. Así sobre las anteriores bases se procede al estudio de las peticiones de la demanda.

Pago de las comisiones, pretende la parte demandante se condene a la sociedad demandada al pago de las comisiones por la consecución de los contratos No. 002 del 2015 contratante, Hospital Ismael Silva del municipio de Silvania por \$7.051.204.622 pesos con fecha de suscripción e 16 octubre del año 2015, el cual comenzó el 18 de septiembre del año 2015, y se entregó la licitación el 2 de octubre del mismo año. Contrato de compraventa, contratante del departamento de Vichada por \$3,195,221,320 pesos con fecha de suscripción el 26 de diciembre de 2016, comenzando la gestión el 7 de octubre de 2016, y entregando la licitación el 11 de noviembre del mismo año. Contrato de obra pública No. 0505 de 2016 contratante el municipio de Funza por valor de \$2,566,771,474 pesos, fecha de suscripción el 15 de diciembre de 2016, la gestión que se inició el 3 de octubre de 2016, y se entregó la licitación el 31 de octubre del mismo año.

Por su parte la demandada en el escrito contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de la actora, y manifestó que el contrato finalizó el 16 de enero del año 2017 con una liquidación que incluyó la indemnización de ley por la terminación unilateral por parte del empleador y que los contratos no fueron gestión comercial de la demandante que se entiende conceptualmente, cómo interactuar con los funcionarios de la entidad contratante para aclarar términos técnicos en el pliego, para hacer observaciones técnicas a las cantidades de obra, o servicio y hacer visita de campo obligatorio estas gestiones, **éstas nunca fueron realizadas por la demandante ya que requería conocimientos profesionales en arquitectura e ingeniería, y que la demandante profesionalmente es locutora y productora de radio y televisión. Los verdaderos gestores comerciales lo que refiere al ítem o al contrato 7.1 se efectuó a cargo de Wilson Emilio Herrera González. Para el contrato mencionado en el numeral 7.2 lo realizó la señora Diana Marcela Dussan y para el contrato bajo el numeral 7.3 lo efectuó Wilmar Goyeneche Cuervo** y que dentro de las funciones del cargo correspondiente al manual de funciones de gerente de cuenta no está la de gestión comercial refiere que los trámites los de los contratos era su carga habitual de trabajo, muy diferente a la gestión comercial. Que la función propia del contrato de la actora en todas las licitaciones de la empresa, era el diligenciamiento de los formularios según la directriz del director comercial o de gerencia, y la solicitud de pólizas de cumplimiento, así como sacar fotocopias a grandes cantidades, la foliación de las propuestas y generar las funciones para las que fue contratada, que no puede afirmar que ella entregó las licitaciones ya que fue el representante legal de la empresa el señor Wilson Emilio

Herrera, y que los viajes o desplazamientos a todas esas actividades y los gastos figuran en la contabilidad y como soportes de las mismas se determinan que ahí no figura la demandante, pues no sé desplazó ni interactuó con funcionarios para que se afirmara que ejecutó la gestión comercial.

A folio 16 del expediente se encuentra el contrato de trabajo número No. 012 suscrito por la demandante y la demandada, con fecha de iniciación de labores el 6 de noviembre del año 2013 con el cargo de gerente de cuenta dentro del cual se pactó una cláusula adicional en la que se lee lo siguiente: **“entre las partes acuerdan que las bonificaciones por venta a agente público serán del 1 al 1.5% del valor de la venta sin incluir impuestos y que las demás bonificaciones extraordinarias que pague el empleador al trabajador por gestiones comerciales adicionales al salario establecido para ningún efecto legal forma parte del salario o de las prestaciones sociales y no serán pagadas de manera habitual, Igualmente se acuerda que con los siguientes beneficios auxilios de conformidad con la ley 50 de 1990 tampoco tendrán naturaleza salarial, primero beneficio por \$270.000 mensuales”**.

Así mismo se allegó el contrato de obra 002 de 2015 suscrito entre la ESE hospital Ismael Silva y unión temporal Hospital Silvania 2015 para la construcción de la infraestructura para la reposición de la ESE HOSPITAL ISMAEL SILVA del municipio de SILVANA por valor de \$7.051.204.622, cómo se avizora de folios 24 a 33; resolución 089 del 15 de octubre del año 2015 mediante la cual se adjudica el contrato 002 de 2015 a la demandada; folios 34 a 35 contrato de compraventa suscrito entre ingeniería y arquitectura hospitalaria del departamento del vichada por valor de \$3.195.221.320 folios 36 a 43, acta de audiencia pública de adjudicación del proceso de licitación pública número GB-OAJ – LP-015 de 2016, folios 44 a 45 contrato de obra pública 05 05 2016 suscrito entre el municipio de Funza y el consorcio salud Funza por valor de \$2.576.771.474; folios 46 a 49, resolución número 091 del 6 de diciembre del año 2016 adjudicación de contrato cuyo objeto consiste en reposición de la infraestructura de los centros de salud 7 troles y el atrio del municipio de Funza Cundinamarca al contratista consorcio Salud Funza; folio 50 a 52 copia del correo de fecha 5 de diciembre del 2016 dirigido a la demandante “en respuesta a su solicitud de cotización adjunto oferta”. Folio 53 cotización PDFVT-51 3557 del 5 de diciembre del 2016 emitido por imcolmedica s.a. dirigida a Maribel lazo porras folio 54, copia del correo del 12 de diciembre del 2016 dirigido la demandante “de acuerdo a su solicitud adjunto la cotización y las fichas requeridas” folio 55 cotización M16 - 11036 del 12 de diciembre del 2016 folio 56 y 57, copia del correo del 15 de diciembre del 2016 dirigido la demandante “adjuntó el documento solicitado para el tema de las llantas de las sillas neurológicas pediátricas”; folio 58 manual del gerente de cuenta; folios 80 a 84 correo electrónico del 23 de enero del 2014 remitido a la demandante por el director comercial enviando formatos a diligenciar para los clientes asignados; folios 97 a 100 certificación expedida por la contadora pública de la compañía en la que certifica el gasto por pago de tiquetes aéreos con destino a Puerto Carreño y Bogotá, y pagos

de alojamiento en los que no figura la demandante; folios 102 a 104 y del 108 al 134 copias del contrato de obra adjudicación de contrato de compraventa de audiencia pública de adjudicación a folio 135 a 299.

A su turno el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte manifestó lo siguiente; conocer a la demandante desde el año 2014 cuando llevó la hoja de vida a la empresa y trabajó hasta enero del año 2017; que la labor que desempeñó fue como gerente de cuenta para llevar los procesos de licitación y que cumplía funciones como manejo de la papelería, presentar observaciones en el momento en que fuera necesario, montar las licitaciones públicas presentarlas en el momento en que fueran conveniente, llenar los formatos necesarios dentro de la parte comercial y buscar los clientes para poder acceder a que la empresa tuviera más contrato. Que devengaba un salario equivalente a \$900.000 y que se le daba una bonificación equivalente a \$270.000 y que se le pagaba mensualmente. Que cuando hiciera gestión comercial tenía la posibilidad de ganar un porcentaje sobre esa gestión comercial, teniendo en cuenta **que la gestión comercial es la interacción que se tiene con los clientes** y que cuando la persona está presentando la licitación como tal, que en esos eventos que se mencionan a la demanda los tres específicos, fue el, como representante legal, el que normalmente trabajó y efectuó parte de las funciones que tenían que desarrollar para efectuar el proyecto y llevar a cabo el mismo, que todos los integrantes de la empresa ayudaban a montar las licitaciones, para poder participar y ganarlas, refirió que la interacción comercial es cuando la persona ha trabajado los clientes ha ido a visitarlos, conoce técnicamente sobre el tema lo que se va hacer y si son viables los proyectos. Indicó que la señora Maribel para tener derecho al porcentaje reclamado, era necesario que existiera una factura un desarrollo del proceso o haberse ganado un proceso licitatorio; que la gestión recibida en los procesos era del 1 al 1.5% siempre y cuando hubiera hecho la gestión comercial y el porcentaje dependía de que fuera pública o privada; que con los públicos se manejaba el 1% de toda la gestión, es decir, que fuera donde el cliente hubiese presentado productos, de que se hubiese dicho que elementos hospitalarios se constituyen allí, como se iban a dotar los hospitales y que tiene además relación con las personas específicas de cada lugar que se llenará los cuadros que había dado el director comercial para así determinar quién había efectuado el seguimiento de la gestión; indicó que antes del porcentaje del 1 o 1.5 % se había; impuesto que **este porcentaje tan sólo lo de devengará quién efectuara todas las facetas antes mencionadas** porque esto sólo constituían bonificaciones si se han efectuado las etapas antes mencionadas. Sostuvo que el contrato se dio por terminado sin justa causa por la situación económica de la compañía por el bajo flujo de contratos de trabajos por lo que tuvo que reducir el personal que allí no sólo se terminó el contrato de la señora Maribel sino de otras personas; que a Maribel no se le impuso metas porque se trabajaba con contratación con clientes privados que venden equipos médicos y que construyen hospitales que el procedimiento para saber si la venta la hizo una u otra persona, era necesario cumplir con las funciones que se habían establecido en los cuadros, y que hay unos cuadros en que se relacionan las actividades que se han realizado en los que efectivamente se constata la gestión y que esos cuadros se los

entregaron a Maribel pero que ella nunca lo llenó; que se revisó que clientes visitados y específicamente los nombrados y que ella no tuvo ninguna relación frente a estos, pues no hizo visitas y licitaciones; aduce que frente a estos clientes esa negociación la hizo él directamente, el como representante legal, que efectuó un trabajo técnico; que miraba cuáles eran las necesidades del lugar y el estudio de mercadeo; **que frente a estos clientes Maribel no participó en ninguno de los pasos de la gestión comercial porque ella hacia la gestión de las funciones como tal, que era una gestión operativa** que era montar la licitación, presentar la licitación, pedir la parte técnica que se necesitaba, que se llenarán los formularios respectivos, que es a una función operativa que son funciones inherentes a su contrato, **pero que en ningún momento en virtud de estos contratos Maribel estuvo ni en el vichada, ni ejecutó las diferentes etapas para efecto de devengar la bonificación respectivas**, que no hay registro de que hubiera ido a hacer la gestión comercial o técnica como tampoco lo hizo frente al contrato de Silvania. **Indicó que frente a la gestión como tal en las funciones de montar la licitación no existía pago adicional que dentro del tiempo que Maribel laboró no causó comisión, que lo que se dio fue una bonificación y que la bonificación la empresa la estima normalmente y no busca ningún momento evadir algún tipo de impuestos simplemente es el agradecimiento que se genera frente alguna venta o sobre alguna gestión comercial y que Maribel causó bonificaciones** en el momento en que ella estuvo presente donde haya tenido sus clientes donde fue a visitar en sus clientes directamente; igual sostiene que la terminación del contrato de Maribel la empresa no le adeuda bonificaciones que se le liquidó y se pagó la indemnización por la terminación del contrato con la demandante sin justa causa; que a la terminación de la relación no elevó la demandante petición, frente al pago de alguna bonificación que considerará que estuviera pendiente que si le preguntó que si se iba a entregar alguna bonificación sobre algún contrato como por ejemplo el del vichada a lo cual le dijeron que no había ninguna comisión y bonificación, relata que cuando se hacía la gestión la bonificación se hacía efectiva cuando se terminaba y se pagaba en su totalidad el contrato que a Maribel se le canceló la bonificación de cuanto a la relación de las bonificaciones que ella obtuvo y el trabajo que ella género que recuerda el de San Cristóbal y que estuvo trabajando fuertemente en ese proceso junto con otra compañera Mayi Velázquez, las que realizaron todo el trabajo el cual está obtener que ese cliente que otro de los ejemplos en los cuales Maribel devengo bonificación fue el de Cundinamarca por valor de \$500.000.000.000 y que se le dio la bonificación respectiva; que la bonificación no sé específico en el contrato que allí dice por las ventas generadas es decir por la gestión realizada y era cuando se le daba la bonificación de la gestión siempre que ello hubiera efectuado todas las etapas y que la comisión equivale al 1% si trabajaba todas las etapas que sí trabajaba en todas las etapas dos o tres personas éste 1% se repartía entre ellas que siempre se manejaba para estas para las personas que hubieren intervenido. Frente al documento del folio 20 que se le puso de presente indicó ser la liquidación y ser la firma del representante e indicó también que efectivamente aparece un saldo de comisión, pero que siempre se había hablado de bonificación; que de pronto la persona que hizo la

liquidación por un error de transcripción colocó la palabra comisión pero que se trata realmente de una bonificación; que frente al manejo del ente público y privado, indicó que ellos tuvieron un cuadro en el cual se especificaba cuáles eran los clientes; que este cuadro era manejado por Maribel, que dentro de sus funciones manejaba los dos clientes públicos y privados pero en un momento dado ha manejado únicamente clientes públicos donde debía ir y visitar esos clientes y que ya estaba capacitada para manejar los dos clientes públicos y privados porque su función era salir a buscar los clientes y llevarlos a la empresa para que ellos pudieran tener un contrato siempre y cuando ella manifestara que había ido a hacer la gestión comercial; indicó que la consecución de los clientes privados radicado en que Maribel, era llevar a los clientes a la empresa para que éstos los contrataran pero debía lograrse la negociación; que a Maribel se le contrató para que ayudara en todos los procesos licitatorios; que experiencia no tenía pero que se necesita una persona que hubiera trabajado con equipos médicos y que les ayudarán en lo referente y que ellos le enseñaron sobre el proceso de licitación; en relación con la página de CECOP señaló que esta se utiliza para buscar procesos licitatorios y que si ven que les pueden presentar o enviar alguna propuesta ella debía manejarlo con la parte comercial para que se buscará si era viable la presentación; que preguntará y analizará si se podía presentar su propuesta indicó que la gestión comercial más importante que debe realizar un gestión comercial es sigan el adjudicación de los procesos por tanto el acto más importante que debe realizar el gestor comercial es presentar la adjudicación, refiere que las adjudicación del contrato ISMAEL SILVA en el municipio de Silvania. él fue quien representó a la empresa en el acta de adjudicación que lo manejó como gestor comercial, que para el contrato del departamento de vichada él asistió al acto de adjudicación representando a la empresa y que duró 2 días en vichada en la zona, que los aviones no salen todos los días y que tuvo los dos días para las ubicación del contrato y en relación con el contrato de obra pública del municipio de Funza él representó a la empresa, que hizo todo el proceso hasta el acto de adjudicación y antes de llegar a esta etapa él también había colaborado de las demás etapas anteriores, que él contacto a los tres clientes, Indicó que en otros negocios donde se haya contactado el cliente a través de otra persona, él va igual a los actos de adjudicación porque conoce bien el negocio y puedo hablar del tema para el acercamiento del cliente que cuando hace esa gestión pasa los viáticos y los vuelos y que para efectos del control interno de un registro en el cual se puede constatar que en efecto la labor y frente a quién se debe entonces reconocer la bonificación, que en lo que a él respecta, él nunca ha llegado el cuadro a su nombre porque es el representante legal y único dueño pero que las restantes personas que hayan participado si deben elaborar, menciona que no pagó viáticos a la demandante para ir a vichada como tampoco para ir a Silvania ni a Funza que en otras oportunidades tampoco la demandante efectuó un viaje, aclara que el gestor comercial consiste en la acción o en la conducta de interactuar con el cliente, que en Silvania está el doctor Fredy Barragán gerente del hospital y la asesora jurídica la doctora Olga Correa y que está en la parte encargada de lo administrativo Qué es el doctor Óscar Ortiz en Silvania no se ha terminado este proceso de liquidación indica que cada una de las etapas no tiene denominación específica pero que se

denomina gestión comercial, añade que la cláusula escrita en el contrato no se hizo a mano si lo que está se agregó en el computador. Frente a las funciones de Maribel señaló que están escritas y que éstas tenían que ver con los procesos licitatorios que dentro de ellas está la de buscar en el CECOP y llenar la papelería buscar y avisar si había algún proceso en el cual ellos pudieran participar que esas eran algunas de sus funciones para los cuales se le paga un salario, que además de armar las carpetas y ayudar dentro del proceso de documentación debe fotocopiar toda la información que fuera necesaria y hablar con el equipo técnico en su momento mirar que más se requería para presentar la licitación y tenerla lista y así ellos decidiste presentaban o no en el proceso licitatorio que en muchos eventos no se presentaron porque no daba la rentabilidad y el análisis financiero ni técnico y que ellos para efectos de presentarse debían tener alguna calidad y alguna cantidad de obras para así tener algún tipo de ganancia que la demandante deberá realizar constantemente su correo electrónico pero que como gestión al respecto a la licitación no tenía ninguna; igualmente indicó que los contratos de obra los puede obtener cualquiera porque son documentos públicos que cualquier persona puede acceder al proceso de los mismos visitando la página del CECOP.

Igualmente declaró la señora Diana Marcela Durán Naranjo sub gerente de la empresa que manifestó que conoce la demandante del año 2014 aproximadamente y qué cargo que desempeñaba era el de gerente de cuenta que como gerente de cuenta, era la encargada de hacer la documentación de las licitaciones toda la parte administrativa llenar los formularios de acuerdo a la información que se le daba solicitar las pólizas estar pendiente de las fechas de las licitaciones, según el cronograma que indican los pliegos archivar, fotocopiar, foliar, hacer los trabajos de secretaría que dentro de las funciones no tenía que ver con ventas que ella sólo tenía que seguir las directrices y estar pendiente de la página del CECOP y que cuando salía algo avisar a las áreas encargadas que para esa época la testigo era la directora técnica y estaba encargada de los procesos ante el INVIMA que debía atender las visitas coordinar los soportes técnicos que hacían porque venden equipos médicos y al venderlos daban garantía de ellos señaló que las funciones que ha desempeñado a tener en algún momento relación con las funciones de Maribel porque cuando llegaba una licitación tenían que ver con dotación biomédica ella era la encargada de ver si el equipo cumplíamos las características que exigían y si estaban dentro del presupuesto; que Maribel cuando ingresó devengaba la suma equivalente a \$900.000 y lo conoce porque está testigo también tuvo funciones administrativas como por ejemplo hacer las entrevistas a las personas cuando ingresaban a la empresa y sabe también que salario devengaba de acuerdo al cargo desempeñado en la empresa, relata cuanto devengaba adicional a los \$900.000, la demandante tiene un auxilio aproximadamente de la suma equivalente a \$6000 y se le pagaban también el celular y el auxilio estaba estipulado en el contrato pero no lo recuerda con exactitud, que cuando Maribel fue contratada, el director comercial del momento envió la información y el valor adicional que se le daba, pero no recuerda cómo se encontraba redactada la cláusula, que aparte de estos dos rubros de pronto tenía

alguna bonificación, si la empresa ha llegado a tener un contrato pero que eso lo definía la gerencia y la bonificación de Maribel depende de las cantidades que se hacían, que de acuerdo el trabajo y el tiempo que implicaba la actividad, que dentro de las funciones de Maribel ella no participaba en esas actividades para devengar las bonificaciones que eso era únicamente una decisión de gerencia, que la bonificación dependía en las labores que sean para el proceso, que se estuviera trabajando. Indicó que el proceso licitatorio tenía unos anexos y las labores de Maribel era la de realizar esos anexos como la manifestación de interés, la carta de presentación de la propuesta la solicitud de los antecedentes judiciales y fiscales de la empresa y del representante legal si la empresa tenía revisor fiscal que se tuviera también la certificación de este dónde dijera que estaba al día en el pago de la seguridad social solicitar al área encargada de las planillas el pago. Refiere que la demandante tenía contacto con los clientes cuando había que llevar una observación cuándo debe asistir a una audiencia siempre y cuando así lo determinara la gerencia, a llevar las pólizas firmadas y que cuando se hablaba de esto se decía que ya existía la licitación y que estaba llevando a cabo dentro del pliego la documentación requerida. Que la demandante era el contacto directo con ellos y devengaba una bonificación en ese caso, respecto a la bonificación manifestó que era un porcentaje sobre el contrato que se considera que el porcentaje aproximadamente entre el 1 al 1.5% que eso depende del trabajo que se hiciera, que para los clientes público será del 1.5% y para el privado de la del 1%, que la bonificación sea hacía efectiva cuando se liquida el contrato que no sea durante qué periodicidad Maribel tenía contacto con los clientes para devengar la bonificación que ya tenía conocimiento dependiendo del proceso hicieron la dotación si tenía conocimiento, pero cuando se trataba de construcciones; que Maribel tenía acceso a los dos procesos por qué hacía todo el trabajo administrativo, en relación con los contratos con el hospital Ismael Silva de Silvania suscrito el 16 de octubre del año 2015 el contrato de compraventa del departamento del vichada suscrito el 26 de diciembre del año 2016 y el contrato de obra pública No. 0505 del 2016 del Municipio de Funza, manifestó tener conocimiento sobre el de Vichada únicamente por ser de educación biomédica porque el ingeniero Wilson y ella hicieron la gestión comercial necesaria ella tuvo contacto directo con la entidad contratante para ese proceso; que desde antes inclusive porque ellos lo contrataron para hacer un estudio de mercadeo y al análisis del acceso al área para llevar los equipos necesarios que el contacto directo con la entidad se refiere a que ellos viajaron hasta allá para hacer las observaciones que se tenían frente al proceso, aclara los pliegos y que la interacción es estar en contacto directo con el cliente para aclarar las dudas que se presenten frente al proceso, y el contacto directo es cuando iban y hablaban con la ingeniera biomédica, que allí se examinaban cuáles eran las necesidades; que Maribel no participó como gestora comercial para la bonificación, que indicó que sólo participó en el contrato de Vichada en la parte operativa porque ella es ingeniera electrónica y sólo tiene que ver en el área de dotación biomédica, que frente a los otros dos procesos no tiene conocimiento directo, igualmente Indicó que para el seguimiento de clientes el director comercial envía un correo queda una directriz de cuáles eran los formularios que se debían diligenciar la directriz la recibían en la área comercial, de qué era lo que tenía que

hacer y esa era la manera para saber quién adelantó la gestión; que a la gestión que se realizó en el vichada no se llena el formulario porque ella no es del área comercial, que la directriz se encontraba dirigida únicamente al área comercial y que la empresa sabía que ellos efectúan la gestión porque así se hizo directamente la orden por la gerencia y ella sí lo acompañó que la gerencia no llevaba los formularios, indicó que Maribel participó en los contratos buscando las licitaciones en la página del CECOP y que la visita comercial a los clientes antes de realizar la licitación por lo menos el del vichada le solicitaron hacerla ella personalmente hacer el estudio de Mercado de acuerdo a las necesidades de ellos.

A su turno declaró en esta instancia la señora María Aurora Sánchez Beltrán quien manifestó conocerle a la demandante desde hace 5 años por que trabajaron juntas en ingeniería y arquitectura hospitalaria, que ella ingresó un año después de que la testigo ingresara a la empresa, indica que laboró para la empresa desde el 7 de noviembre del año 2012 hasta el 31 de julio del año 2016 que se desempeñaba inicialmente como técnico biomédico luego fue coordinadora del área de biomédica de servicio técnico, señala que Maribel ingresó el 7 de noviembre del año 2013 y que laboró hasta febrero o marzo del año 2017, que el vínculo finalizó entre Maribel y la compañía que cree fue exactamente por lo mismo que le pasó a ella y fue por un recorte de personal, que Maribel era gerente de cuenta que hacía todo el tema de las licitaciones y proyectos que llegaban a la empresa que ella armado la parte de los pliegos se les ayudaba con cotizaciones, que se cerraba los negocios que sea visitan los clientes dentro de la función de la testigo y la función de Maribel indicó que existió en algún momento conexión, que como la testigo era la coordinadora de la parte de biomédica que a veces llegaban las licitaciones de dotación de equipos médicos, que ella hacía la parte técnica y Maribel armado a toda la licitación todo lo relacionado con la parte financiera jurídica técnica y económica y que presentaban los pliegos ya armados a la oferta y la presentaba al cliente final y durante este proceso la testigo estaba en compañía de Maribel mirando la parte técnica y que Maribel también les ayudan a cotizar equipos porque tenía un Aliado estratégico de otra empresa que les daba muy buenos precios y que ella solicitaba las cotizaciones y en conjunto hacían esa parte económica que ella se dedicaba armar el tema jurídico y financiero y que son los otros documentos legales los que se deban adjuntar y que era Maribel quién los recolectado indicó que presentaba la oferta al posible cliente aceptado la misma y que sí se aceptaba la misma el proceso a seguir se refería al tema de la entrega que ella hacía la parte de la documentación técnica de los equipos y que se hacía la entrega pertinente y de acuerdo a la forma de pago que se había acordado ellos hacían el pago, que era comisionado del 0.5% aproximadamente y Maribel ganado el 1.5% del porcentaje o el precio neto que lo sabe porque el vínculo de amistad así lo permite porque ya estaba presente en la reunión que allí se hacía mención de los porcentajes, que la reunión sea hacía con el gerente general y con la parte comercial, que los involucrados en este caso Maribel y el señor Velázquez antes como directora de licitación se les indicó que la parte técnica y qué porcentaje se pagaba generalmente cuando el cliente pagaba todo y que se hacía entonces la entrega del porcentaje indica que ya estuvo presente en

una licitación no de su tema porque es de arquitectura en el hospital del silvania pero que de hecho ayudaron todos los trabajadores de la compañía para la licitación y que ellos hicieron una reunión interna y acordaron una comisión y que en el momento en que salió Maribel no le dieron ningún dinero de reconocimiento de esa comisión que en su caso si se lo pagaron equivalente al 0.5%, aduce que hay otra obra que la del vichada y que ella alcanzó a hacer el cuadro económico y Maribel lo trabajo que ella salió pero que no le cancelaron eso, que en esos pliegos ella estuvo presente indirectamente, que después de que salieron de la compañía ella fue testigo de que Maribel llamaba la compañía y que le decían que no tenían dinero para pagarle que la persona financiera le decía que le pagaba el próximo mes indicado el participado en la elaboración del pliego de las funciones que tenía que realizar la señora Maribel y qué es un sistema de gestión y calidad dentro de las funciones para los años 2013 al 2014 prevé aprobación de gerencia y supervisión de quién era la directora técnica, Maribel cumplió a cabalidad con estas funciones para generar las comisiones dentro de los procesos licitatorios y dentro los contratos ya mencionados que la función de Maribel consistían buscar las licitaciones ingresar a la página verificar los proyectos nuevos de los clientes hacen los pliegos presentar así las audiencias y de esos proyectos de ingeniería y arquitectura que hasta ayer a su trabajo y que posterior a eso la testigo hacía las entregas en la parte técnica de la misma forma cómo hicieron los contratos del vichada y el de silvania ya que eso las mismas funciones en esos en esas elaboraciones de pliegos que no sabe el tema de vichada que cuando fue la fecha en que lo entregaron que el de silvania ella sabe que aún no se encontraba listo que saben que Maribel hizo alguna licitaciones y que había una página del CECOP donde se ingresa van los productos públicos o privados y que Maribel buscaba en esta página pues era imposible que ingeniería y arquitecta trajera sus clientes porque esos procesos por legalidad y por transparencia Tienen que salir en la página que Maribel buscaba y presentaba los respectivos proyectos y armaba la licitación todo el tiempo con ayuda o con la de las personas que también trabajaban en la empresa que existía una persona que prestaba ayuda la parte técnica y que Maribel presentaba el proyecto que sí les iba bien entraba entonces en la comisión que la licitación iba a entes públicos y privados y que la comisión era igual que no había diferencia que el salario era entre \$1.100.000 y \$1.500.000 en su casa solicitaron las prestaciones con las comisiones porque fue así acordado interna y verbalmente y que esa reunión fue con la gerencia y las partes comerciales que Maribel lazo y Maggie Velázquez y ella en calidad de testigo estuvieron allí presentes; igualmente manifestó que le consta la gestión comercial que realizó Maribel porque fue ella quien buscó casi todos los precios de los equipos médicos con el Aliado COLMEDICA donde ella tenía un convenio especial con ellos que ella buscó los precios de los equipos la oferta y alcanzó armar con la testigo el cuadro económico y que la testigo hizo el cuadro técnico que hasta ahí llegó la gestión de la testigo porque salió de la empresa, pero que Maribel armó casi todo el pliego hasta el momento que ella evidencio; indica que la gestión comercial hasta donde sabía no era una obligación de Maribel porque ella no tenía que buscar los clientes pero no tenía que intermediar en ningún momento con ningún distribuidor para que le bajara los precios que esa gestión la realizaban la persona comercial que tenían en venta y

respecto al tema de viajar Maribel no viajó porque no era necesario viajar, que la presentación de la oferta la hizo el gerente general pero que Maribel armó el pliego en compañía de Paola Bermúdez, que solamente fue la directora de licitaciones porque era obligatorio que fuera con el gerente general pero la gerente de cuenta no tenía por qué ir, en ese momento agrega que no conocía la cláusula adicional que firmaron las partes el 6 de noviembre del año 2013 porque ella Sólo se dedicó al manual de funciones y que no le consta que Maribel haya viajado al vichada y a Funza,

Por último declaró en esta instancia el señor Pedro Andrés Bohórquez Malagón quien manifestó conocer a la demandante entre el 26 de agosto del año 2016 a enero del año 2017 porque trabajo para la demanda desde la misma época que cuando ingresó a Maribel ya se encontraba en la empresa, que él era auxiliar contable, que Maribel era la encargada de leer los requisitos de las licitaciones y hablar con cada departamento de la empresa para que hicieran lo pertinente y ganar la licitación y prestar los servicios o la parte instrumentos médicos que la función del testigo tenía relación con las funciones de Maribel porque le suministraba las cámaras de comercio y los Rut y que ellos necesitaban para aplicar la licitación indica que Maribel tenía contacto con los clientes y que hablaba permanentemente para ver lo de la seguridad social y lo de las obras que se hacían tanto en silvania como en vichada los demás procesos y señala que las licitaciones ganaba Maribel comisión que ella ganaba a la gerencia donde se liquidaba la nómina y que manifestaba la comisión que se ganaba en el mes, que al momento en que ingresa al sistema decían comisión y en la liquidación también desea comisión y que la nómina en la ingresado al sistema y la comisión estaba allí manifestada por el 1.5% pero que él haya visto la forma de la liquidación de ese 1% no tiene idea porque simplemente aparecía la comisión y la registrada en la nómina y que ese registro se hacía mensual y que la señora Maribel en el tiempo que él estuvo. cree que ocasionó o causó dos o tres comisiones por haber sacado la licitación adelante durante los seis meses que él estuvo presente, reitera que la finalización del contrato acuerdo la comisión a la nómina liquidado la seguridad social de los empleados y si había a comisión dentro de la nómina se ingresaba la misma al sistema y se liquidaba también sobre la comisión o sobre los salarios y que la señora Maribel se le hizo liquidación y se le pagó y que en esa liquidación final se tuvo en cuenta una comisión para la mesa; que cree que no sabe si la de Silvania también la causó pues que no vio nada liquidado en su respectivo desprendible de nómina, frente a las licitaciones no tenía injerencia que daba apoyo a la parte de Maribel y que para que ella presentaba la licitaciones con la documentación al día era necesario recaudar la por los diferentes departamentos pero que después de esta él no tenía injerencia alguna, que las licitaciones también se apoyaba la parte de arquitectura y que los ingenieros y arquitectos suministran los documentos necesarios y los requisitos para para que Maribel supiera y se aplicaba o no a tal licitación, que en la parte de insumos médicos se le preguntaba a los ingenieros las características de cada equipo para ver si se cumplía y poder así participar en la licitación que sabía que por cada licitación que sacaba delante ganaba comisión equivalente al 1.5% y que ese porcentaje se lo reportaba la nómina de Maribel que en el momento en que la página donde se ven las licitaciones salía como

probada la licitación, Igualmente informaba que la misma gestión se realizó por Maribel en el contrato de mesitas hizo lo mismo los contratos de Silvania y Vichada y Funza y que siempre estuvo buscando licitaciones, que no le consta que Maribel haya viajado esas obras pues no tiene reporte dentro de las obras de visita alguna por parte de la demandante.

Acorde con el contrato de trabajo celebrado entre las partes el 6 de noviembre del año 2013 y que milita el folio 16 del expediente encuentra el Despacho que el cargo para el cual fue contratada la demandante fue para el de gerente de nómina y en la misma fecha figura una cláusula adicional así “cláusula adicional al contrato número 012 suscrito entre ingeniería arquitectura hospitalaria limitada y Maribel lanzó porra entre las partes acuerdan que las bonificaciones por venta cliente público serán del 1% al 1.5% del valor de la venta sin incluir impuestos y que las demás bonificaciones extraordinarias que paga el empleador al trabajador por gestiones comerciales adicionales al salario establecido para ningún efecto legal forman parte del salario o prestaciones sociales y no serán pagadas de manera habitual Igualmente acuerdo con los siguientes beneficios o auxilios de conformidad con la ley 50 de 1990 tampoco tendrá naturaleza salarial primero beneficio por \$270000 mensuales firmas el empleador Wilson Emilio Herrera González nit 822 007 412 - 5 representante legal y el trabajador Maribel Lazo Porras cc 52621399 de Bogotá”

Con el fin de determinar qué funciones cumplía la demandante en el cargo de gerente de cuenta el Despacho se remite al documento que milita folio 80 del expediente manual de funciones gerente de cuenta del área comercial jefe inmediato dirección comercial en el que se registra el objetivo del cargo como gerente de cuenta en el cual consistía “realizar la búsqueda de nuevos clientes y fidelización de los que ya están con nosotros a través de la presentación de las licitaciones en el sector público y seguimiento a posibles clientes potenciales en el sector privado funciones y responsabilidades primero seguimiento proceso de licitaciones ingresando diariamente a la página del CECOP y en cada uno de las páginas de las instituciones estatales y privadas. Segundo analizar con dirección comercial de los posibles procesos a participar en cuanto a monto modalidad de contratación requisitos jurídicos técnicos y económicos con el fin de realizar la viabilidad del proceso tercero seguimiento diario en los procesos establecidos como posibles de participar en cuanto a cronograma observaciones etcétera para preparar la documentación exigida para la para la licitación y presentarla a la dirección comercial para su revisión. Cuarto entregar en el sitio solicitado la licitación y asistir a las audiencias del cierre de los diferentes procesos. Quinto seguimiento de datos a cada uno los procesos presentados diariamente teniendo presente las observaciones las respuestas además dadas además el cambio de cronograma etcétera. Sexto solicitar la generación de las pólizas de seriedad de oferta para la presentación de las diferentes propuestas. Séptimo la solicitud de anulación de las pólizas que fueran solicitadas pero que al final los procesos no se hubieren presentado. Octavo manejo de proveedor en COLMEDICA en cuanto todos los aspectos cotizaciones descuentos capacitaciones etcétera.

Noveno revisión del correo institucional Maribella la hospitalaria.com. Funciones que son las mismas que se remite la demandante el 13 de enero de la 2016 por vía correo electrónico Adriana Urbina de acuerdo a la solicitud que se hiciera folio 83 y el cual no fue refutado que en su momento por la parte demandante.

Sea lo primero indicar que le correspondía la carga de la prueba la parte actora para demostrar que cumplió las gestiones necesarias para la licitación es que la entidad demandada suscribió con los entes oficiales y que se suscriben en los hechos 7.1, 7.2 y 7.3, de la demanda acorde con las exigencias plasmadas en el artículo 167 del código general del proceso, es cierto que en el documento analizado anteriormente se indican las funciones del cargo desempeñado por la demandante, sin embargo no basta para el despacho escribir aquella sino que es menester probar que la demandante las ejecutó a favor de la demandada y que gracias a ella se logró la consecución de los contratos descritos en los numerales antes citados; dentro de las piezas aportadas con la demanda encuentra el despacho que se incorporaron los varios contratos celebrados entre la demandada y las entidades oficiales tanto de construcción de obras, como de suministro de equipos, sin que dentro de estos documentales se puede inferir una participación de la demandante, al remitirse el despacho a lo manifestado por los testigos, se observa que la señora Diana Marcela Dulce Naranjo, señaló que la demandante como gerente de cuenta era la encargada de hacer la documentación de la licitación toda la parte administrativa llenar los formularios de acuerdo a la información que se le suministra a solicitar las pólizas estar pendiente de las fechas de las licitaciones según el cronograma que indicaban los pliegos archivar fotocopiar foliar efectuar todos los trabajos generales en secretaría, dentro de las funciones no tenía que ver con la de las ventas ya que sólo tenía que seguir las directrices y estar pendiente de la página del CELCOP y cuando salía alguna licitación avisar a las áreas encargadas, que dentro de las funciones que tenían a su cargo no participaba en actividades para devengar la bonificación ya que éstas dependía de las labores que se hacía para el proceso que se estuviera trabajando que la actora tenía que la actora tenía contacto con los clientes cuando había que llevar una observación únicamente asistir a la audiencia siempre y cuando así lo determinara la gerencia pero que esto no hacía parte inherente o al diario de sus actividades, igualmente de a llevar las pólizas firmadas que cuando se hacía el contacto directo con ellos allí si se devengaba alguna bonificación pero para aquellas personas que hubieren efectuado todas las etapas relacionadas con el proceso de licitación teniendo en cuenta el contacto con los clientes y la materialización del negocio frente a los contratos que le otorgaron a la demandada sí existía la efectuar negociación, reitera la testigo se devenga la bonificación respecto a aquellos que tienen intervenido no tuvo conocimiento de los contratos con el hospital Ismael Silva del municipio de Sylvania ni el municipio de Funza, sino únicamente el del Vichada por ser de dotación biomédica porque ella es ingeniera y la testigo efecto únicamente la gestión operativa tienen contacto directo con la entidad contratante para ese proceso que desde antes inclusive porque ellos la contactaron para hacer un estudio de mercadeo y el análisis del acceso al área para llevar los equipos y que

Maribel no participó como gestora comercial para la bonificación siendo consistente lo declarado por esta testigo, con lo que sostuvo el representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte, adicionalmente los documentos aportados al expediente y que obran de folio 109 a 134 consistentes en el ticket y facturas de hospedaje a nombre de Wilson Emilio Herrera y Diana Marcela Naranjo que dan cuenta que quienes viajaron a Puerto Carreño a realizar las gestiones para el contrato del vichada fue el señor herrera tal como lo sostuvo en calidad de representante al absorber el interrogatorio de parte y la testigo antes mencionada.

A su turno María Aurora Sánchez Beltrán Indicó que Maribel como gerente de cuentas hacia todo el tema de licitaciones y proyectos que llevaba la empresa que armaba el paquete de pliegos que ayuda las cotizaciones que se llevaban los negocios, que hacía las visitas a los clientes, que Maribel cumplió con las funciones para generar comisiones dentro de otros procesos licitatorios y dentro de los contratos mencionados que la dedicación de Maribel era la de las licitaciones ingresar a la página verificar los proyectos y avisar nuevos posibles clientes hacer los pliegos presentarse a la audiencia de sus proyectos de ingeniería y arquitectura y que hasta ahí era su trabajo y que de la misma forma cómo hicieron los contratos del vichada y del Silvania indicó no conoce la cláusula adicional al contrato que firmaron las partes el 6 de noviembre del año 2013, porque ella sólo se dedicó al manual de funciones y que no le consta que Maribel haya viajado el Vichada en Funza, que toda la preparación de los procesos licitatorios tanto los documentos como de presentarse a las audiencias de esos proyectos donde se adjudicados los mismos no se acredita la participación de la demandante y por el contrario quien sí lo hizo fue el mismo representante legal de la accionada como bien lo indicó al absolver interrogatorio de parte y de los diferentes dichos recaudados de la prueba documental, igualmente tampoco se evidencia que la actora haya interactuado con los clientes, pues las labores que desarrolló fueron netamente inherentes al cargo de gerente de cuentas de acuerdo a la descripción que se señala en las funciones que debe desempeñar y no como gestora comercial quién , debía llegar entonces a la adjudicación del contrato laboral que ejecutó el mismo representante legal en relación con los contratos de Silvania, Vichada y Funza y como lo manifestó en el interrogatorio de parte y de conformidad al proceso de adjudicación que se puede avizorar de folio 148 a 149, 275 a 276 y 297 a 299.

En relación con el testimonio de Jorge Andrés Bohórquez, indicó que Maribel era la encargada de los requisitos de las licitaciones y hablar con cada departamento de la empresa para que se hiciera la licitación que tenía contacto con los clientes y que hablaban permanentemente de las obras que se hacían la de Silvania y demás proceso que cuando Maribel ganaba comisiones bajaba la gerencia donde indicaba que se liquidará la comisión respectiva en la nómina y manifestaba la comisión que se ganaba en el mes que ya manifestaba que equivale al 1.5% pero que eso es lo escuchó únicamente el de Maribel pero que no vio la forma de la liquidación ni cómo participó ella en la adjudicación que no puede decir lo que tuvo conocimiento directo porque no tenía acceso a los mismos porque simplemente aparece a la comisión y en la

registrada en la nómina frente a las licitaciones no tenía injerencia el dentro de su función e informa que la misma respecto a la gestión que realizó Maribel él no tenía acceso alguno por lo que no puede dar fe que ya participó en la licitación, tampoco puede señalar que lo hizo con los contratos de Silvania, Vichada ni Funza, que sabe que ella buscaba licitaciones pero que no le consta que Maribel haya viajado a las obras sobre las cuales están solicitando aquí la comisión, que no puede dar cuenta como testigo de la gestión comercial que hubiera podido realizar la demandante frente a los contratos de Silvania, Funza y Vichada pues al mismo no le consta que la actora haya viajado las obras y quien las haya ejecutado las diferentes etapas para la causación de la comisión.

Concluye el Despacho entonces que las actividades de la licitación tiene dos momentos específicos antes de la presentación con toda la documentación que se requiere y después de la presentación para efectos de concretar la misma, que si bien es cierto la demandante participó en la primera etapa estás en el recaudo la documentación y todo lo necesario para poder presentarse la licitación, no lo hizo así en la segunda etapa de la misma, concluye el despacho que de las pruebas analizadas tanto de las documentales como las testimoniales no se infiere que la demandante hubiese desplegado una labor diferente a la de la parte administrativa y que como bien lo indican las probanzas analizadas desde su mismo puesto fijo mientras que se acreditó que no solo se requería llenar unos papeles o unos formularios que se descargaron por internet y que esta era la labor que efectúa la demandante sino que la labor de además trascendió en la consecución de los contratos que implicaba el desplazamiento a entrevistarse con los representantes de las entidades, que están buscando contratar para la realización de las obras o para la compra de los equipos y por supuesto la participación activa en la audiencia de la que se adjudicaban los contratos a los que no asistió la demandada y tampoco participó pues se reitera se encontraban en la parte previa de este proceso pues no hay prueba de ello dentro del expediente, es decir la parte actora no logró acreditar su participación en la adjudicación de los contratos señalados en los numerales 7.1, 7.2 y 7.3 de la demanda para generar a su favor el pago de las comisiones reclamadas por lo que se absolverá a la demanda de esta petición. Frente al reajuste, liquidación de prestaciones sociales, de la indemnización por despido, de los aportes a la seguridad social, como quiera que estas peticiones estaban condicionadas a que se acreditará el pago de las comisiones por los contratos mencionados en los numerales 7.1, 7.2 y 7.3 de los hechos de la demanda y como consecuencia de ello se tuviere como factores salariales diferentes y se liquidará las prestaciones sociales y la indemnización por despido cancelada la demandante, igual suerte que la petición anterior corren estas pretensiones porque se absolverá a la demanda de las mismas. Frente, a la sanción por la no consignación completa de las cesantías a un fondo frente a esta petición debe señalar que la demandada no adeuda ningún valor por cesantías y las sumas consignadas al fondo respectivo lo fueron por el valor total de aquéllas puesto que no se accedió a su reliquidación, razón por lo que tampoco se accederá a la

sanción reclamada prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 pues la misma sólo se causa si el empleador no consigna la totalidad de las cesantías a un fondo, presupuesto que no ocurrió. En el caso que nos ocupa frente a la indemnización moratoria, se peticiona el reconocimiento de la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, como quiera que no prosperaron las peticiones de la liquidación de prestaciones sociales o el pago de comisiones y por ende la demandada no adeuda ninguno de esos conceptos a la demandante no se accederá a la indemnización moratoria.

Además de las anteriores consideraciones no podemos pasar por alto la cláusula adicional del contrato número No. 012 suscrita por las partes en las que en las que la que se lee “las partes acuerdan que las bonificaciones por venta a cliente público serán del 1% al 1.5% del valor de las ventas sin incluir que la causación es extraordinaria, que paga el empleador al trabajador por gestiones comerciales adicionales al salario establecido para ningún efecto legal forman parte del salario o prestaciones sociales y no serán pagadas de la forma habitual Igualmente acuerdo a los siguientes beneficios auxilios de conformidad con la ley 50 de 1990 tampoco tendrá naturaleza salarial”, **es decir que las partes de manera libre y voluntaria con respecto a los derechos mínimos establecidos en nuestra legislación laboral decidieron que el pago de las bonificaciones comisiones e incentivos no se tendrán en cuenta dentro de la base de la liquidación para prestaciones sociales indemnizaciones o cualquier erogación laboral a cargo de la demandada acuerdo que se acompasa con lo previsto en el artículo 128 del código sustantivo del trabajo al señalar lo siguiente “ 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 reciben dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones y los beneficios son si los habituales u ocasionales acordados en forma convencional o contractualmente otorgada en forma extralegal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto que no constituye salario el dinero ni en especies” ,Así las cosas menester es indicar en este punto que el acuerdo de voluntades es ley para las partes y que por lo mismo debe darse cabal cumplimiento a lo que allí se estipula como lo fue la cláusula a la que se ha hecho mención a la cláusula adicional del contrato número No. 012 así las cosas y de lo anterior se colige sin dubitación alguna, que tal cláusula adicional fue celebrada bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en este orden de ideas no hay lugar a imponer condena alguna.....”**

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando: “De manera respetuosa manifiesto a el Despacho que presentó recurso de apelación en contra del fallo proferido por su señoría en esta oportunidad y en la audiencia en la cual estamos aquí reunidos todos, lo cual sustentó en los siguientes aspectos: **no puede el Despacho ignorar el trabajo que se desempeñó durante el paso de mi representada por la**

entidad de mandar todo esto con base a las indicaciones que se encuentran plasmadas en el mismo manual de funciones el cual se refiere a un ejecutivo de cuenta y tal como se ha manifestado el ejecutivo de cuenta no es sencillamente un operador un simple funcionario que se dedica a sacar fotocopias, sino su función es conseguir clientes y mantener los que se encuentran algunos que se encuentren activos de una empresa de la cual está militando, todo esto coincide con la narración de los tres de las testimonios, inclusive los mismos testimonios rendidos por la señora Diana Marcela a la cual hace elocuente alusión, el despacho siempre se refirieron que fue el único testimonio que participó entre estas diligencias se refería únicamente a hacer creer que mi representada solamente cumplió funciones operativas dentro del tiempo que estuvo ahí, entonces si esto fuese así las bonificaciones o comisiones que llegó a recibir por tales conceptos en los cuales si se genere, se generó un contrato a favor de la entidad demandada, **si no hubieran existido, nunca se le hubiera pagado ningún tipo de bonificación y en tratándose a la cláusula adicional del contrato de trabajo el contrato No. 012 tenemos señoría que la jurisprudencia tiene muy sentada su posición en cuanto a la diferenciación de comisión y bonificación como quiera que la bonificación es algo que liberalmente concede el otorga el trabajador el empleador a sus trabajadores** y que no constituye ningún tipo de remuneración por su trabajo, más por el contrario aquí no se puede disfrazar como bonificación las comisiones que se pagaron a razón de los contratos que se lograron a favor de la entidad demandada como quiera que las bonificaciones en relación en este caso preciso a los \$270.000 de los cuales se habla en este contrato, claro que si son de mera liberalidad del empleador y con los cuales se le colabora al empleado para la realización de su gestión que era de transporte, mientras que las comisiones si se determinaban era por su gestión, **porque en estos contratos si bien ella no estuvo presente en las audiencias en las cuales se asignaron estos contratos a favor de la entidad demandada. también no lo estuvo en los que supuestamente si se le pagaron las bonificaciones o comisiones que se le dieron durante el tiempo que estuvo trabajando con la entidad** y esto lo narró textualmente representante legal que es y ella había recibido en bonificaciones como él lo llamó por su labor sí y es más, tanto los testigos de la parte demandada como de la parte actora consideran todos y que ella no asistió en ningún momento a las audiencias en las cuales se le asignó a la parte pasiva una determinada licitación, de la misma forma un gerente de cuenta un actor comercial dentro de una entidad, no tiene por qué estar pendiente de la realización de la obra ya que esos son aspectos netamente técnicos que le corresponden a cada una de las áreas, en particular a las que se fuera la determinada gestión, es decir los ingenieros civiles tenían que estar a cargo de su labor en la construcción los ingenieros biomédicos a cargo de lo suyo igualmente **y obviamente el trabajo de mi representada terminaba con la consecución de estos contratos a favor de la entidad demandada.** Muy elocuentemente también su señoría hizo alusión a los correos que en los cuales las entidades que colaboraban suministrando implementos y maquinaria a la demandada se cruzan con el correo institucional que tenía mi representada es más, la testigo que rindió sus palabras a favor de nosotros la señora Velázquez

*participó textualmente en un proyecto que fue el del Vichada y en el cual ella argumentó y manifestó la participación completa de mi representada en este proceso, para la obtención del contrato a favor de la entidad demandada. De la misma forma la consecución de los contratos o de las licitaciones en la página del CECOP, determina y como quiera que tratándose de las licitaciones no existe ningún tipo de negociación con las entidades públicas, esto no es algo que se deba dar sino después la negociación, después de la asignación de los contratos a favor de la entidad demandada, **de la misma forma no podemos dejar a un lado que se despidió a mi representada únicamente con el fin de no cancelar sus comisiones,** estuvo detrás de la empresa más de un año tratando de hacer que le pagaran esto y pues como solamente se quedó en palabras por eso llegamos a las instancias en las que en la que actualmente nos encontramos. Igualmente y por último quiero resaltar que en la hoja de vida de mi representada que fue allegada al plenario por parte de la actora en el documento mediante el cual describió del traslado de la demanda habla únicamente que ella es especialista en la consecución y el estudio de licitaciones, entonces una persona que se dedique y que en INCOLMEDICA también se dedicaba lo mismo a conseguir licitaciones a favor de la entidad y por lo cual le cancelaron una comisión por su gestión, entonces en este caso no podía ser operativa a favor de la entidad demandada para las licitaciones que se conseguían por bajos montos y por grandes montos y comercial para cuando se conseguían licitaciones por bajos montos en este orden de ideas, solicito se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se consideren las pretensiones a mi representada Muchas gracias.”*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS la Sala definirá dos puntos básicos que se extraen del recurso: i) Si lo pactado como bonificación en realidad lo es o por el contrario está acreditado que se trataba de comisiones y ii) Si se causaron por tres contratos, por tanto, procede su pago, así como la reliquidación; temas estos que se resolverán en conjunto.

Resulta entonces necesario analizar la cláusula contractual en donde se pactaron las pretendidas comisiones, que sin duda **si lo son,** a la luz de lo establecido en el art 127 del CST, constituyen salario **y de encontrarse probadas deben incluirse para liquidación de prestaciones, así como también lo son las bonificaciones cuando son habituales.**

En la cláusula adicional al contrato celebrado el 6 de noviembre de 2013 y que aparece a folio 18, se pactó lo siguiente:

*“Entre las partes acuerdan que las bonificaciones por venta a cliente Público(sic) serán del 1% al 1,5% del valor de la venta sin incluir Impuestos, (sic) **y que las demás** bonificaciones extraordinarias que paga el empleador al trabajador por gestiones comerciales, adicionales al salario establecido, para ningún efecto legal forman parte del salario o prestaciones sociales, y no serán pagas de manera habitual. Igualmente se acuerda que los siguientes beneficios o auxilios, de acuerdo con la Ley 50 de 1990, tampoco tendrán naturaleza salarial (1) Beneficio por Doscientos mil pesos (\$270.000) mensuales.”*

Del acuerdo se desprende una clara diferencia entre las denominadas bonificaciones por venta a cliente público y otras que claramente se señalan como las demás bonificaciones extraordinarias, generadas por gestiones comerciales, siendo en uno y otro caso, justamente eso **extraordinarias**, luego excluye la habitualidad necesaria para que sean consideradas como salario, independientemente de que en realidad sean comisiones o bonificaciones.

No hay entonces soporte o pacto alguno que indique lo afirmado en la demanda, esto es que el 1% era el valor de una comisión por venta a cliente privado y el 1.5% a cliente público, acuerdo que se dijo en la demanda fue verbal, y que le correspondía demostrar a la demandante de acuerdo con lo establecido en el art 167 del C G P, como bien lo señaló la Juez. Por el contrario, el acuerdo que ya se transcribió solo contempla bonificaciones por venta clientes públicos, cuyo valor iría entre 1 y 1.5 %, sin determinar, en que eventos tendría lugar cada uno de los porcentajes, pero en todo caso lejos de confusa la cláusula es clara, se trataba de bonificaciones extraordinarias, todas las por venta a clientes públicos y todas las demás, ligadas a

gestiones comerciales y ventas, las cuales en todo caso no serían factor salarial.

Vale decir que la cláusula fue suscrita el mismo día en que se celebró el contrato, es decir desde el inicio de la relación laboral, luego las manifestaciones sobre mala fe y de querer no pagar comisiones, además de carecer de sustento probatorio, riñen hasta con la lógica, no se desea omitir lo que ni siquiera se ha acordado y menos causado.

Ahora, bien el cargo para el cual se contrató a la demandante fue el de gerente de cuenta, cuyo objetivo según documental aportada por la demandada y visible a folios 80 y siguientes **era la búsqueda de nuevos clientes y fidelización de los que ya tenía la compañía**, lo que de manera alguna puede indicar que esa búsqueda y fidelización se extienda a ventas que son realizadas por los gestores comerciales, de ahí que si así sucedía tendría lugar la bonificación extraordinaria.

Se describe también como objetivo del cargo el presentar licitaciones en el sector público y hacer seguimiento a posibles clientes potenciales en el sector privado, de este objetivo se itera, es imposible inferir que la demandante realizaba gestiones de venta y comerciales que es lo único que daría lugar al pago de las bonificaciones pactadas, dicho sea desde ya válidamente como tales, pues las comisiones diferentes si a bonificaciones, tienen lugar cuando la principal actividad del trabajador es justamente esta venta y gestión comercial.

En ese orden vemos también como las funciones y responsabilidades del cargo se dirigen al seguimiento de los procesos, análisis de los mismos de la mano de la dirección comercial, entrega de licitaciones y asistencia a audiencias, generación y anulación de póliza de seriedad de ofertas y manejo de cotizaciones descuentos y

otros, todas estas no adecuadas de las desempeñadas por un asesor comercial. (fl 80).

Ahora, bien pudo ser que se diera esa venta extraordinaria, de hecho, sucedió en otros eventos; pero de los tres casos de entidades públicas que la demandante dice haber obtenido y realizado como venta y gestión comercial, no hay prueba alguna, es decir no hay prueba de la efectiva gestión de la actora, lo que daría lugar al pago de la bonificación pactada, se itera no hay prueba de que se haya pactado y realizado como comisión.

Por el contrario, no solo de la documental que aparece a folios 102 y siguientes, sino de lo declarado por los testigos que con juicio analizó la Juez, se infiere que quien realizó esa gestión comercial y venta en los tres procesos fue el señor Wilson Herrera. Efectivamente aparece en esa documental constancia del viaje realizados a Puerto Carreño para el contrato de vichada, del mencionado señor Herrera, sin que la demandante haya asistido, así como tampoco lo hizo al municipio de Silvania, ni tampoco en el del municipio de Funza, documental abundante que va hasta el folio 297, con la que se comprueba que la gestión fue adelantada por el señor WILSON EMILIO HERRERA GONZALEZ; sin que haya prueba alguna de la participación de la actora en esa gestión comercial.

Finalmente, si bien puede ser cierto que la labor de la actora terminara con la consecución de los contratos, no lo es que ello genere la bonificación pactada, pues esta solo podría causarse con el adelantamiento de la venta de la gestión comercial, que como encontró la Juez tiene dos momentos la consecución de la documentación y la concreción del negocio, participando la actora en la primera, (recopilación de documentos); más no en la segunda, sin que exista prueba se insiste en labor diferente a la administrativa propia de su cago que como ya dijimos no era en el área comercial y que implicaba desplazamientos, a fin se itera de concretar el negocio

con las entidades públicas, participación en las audiencias de adjudicación, es decir la verdadera gestión comercial, que no puede ser solamente la gestión de documentos previos.

Así las cosas, resulta claro tal y como señaló la Juez, que no hay prueba de la participación en los términos de la cláusula adicional al contrato en los contratos señalados en los numerales 7.1, 7.2 y 7.3 de la demanda para generar a su favor el pago de la bonificación, que solo eso hubiese sido procedente, en caso de haberse demostrado, ya que fue expresamente excluida como factor salarial, lo cual resulta valido no solo porque así lo permite la ley, sino porque justamente no obedece al tipo de bonificaciones que el art 127 del C S T considera como retributiva del servicio y por ende como salario.

En consecuencia luego del amplio análisis que realizara la Juez esta Sala encuentra que en verdad, ni producto tan siquiera de un exhaustivo análisis interpretativo, podría esta corporación no solo concluir que lo que se generaron fueron comisiones y menos aún cuantificarlas, dado que tampoco se probó el pacto de 1% para sector privado y de 1.5% para sector público señalado por la parte actora, sencillamente porque en estos casos, tales interpretaciones resultan irrelevantes, dado que el pago solo puede extraerse se repite e insiste de la determinación con claridad de las gestiones porcentajes definidos y cumplimiento de los mismos.

Por todo lo anterior, debe confirmarse en su integridad la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

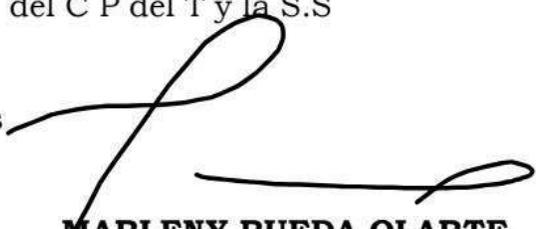
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

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

PROCESO ORDINARIO No. 02 2018 036 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

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

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. **KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.201.041 de Bogotá, y T.P. No. 267.784 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 2 de septiembre de 2019, por la apelación, presentada por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

ANTECEDENTES

El señor JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen que realizó a PORVENIR S.A. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A. devolver íntegramente el bono pensional recibido, así como también las cotizaciones, rendimientos, cotizaciones e intereses a COLPENSIONES. Finalmente se ordene a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. (fls.18 - 19)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. Que nació el 2 de mayo de 1955 y comenzó su vida laboral el 20 de marzo de 1974, fecha en la cual se afilió al ISS.
2. Que cotizó para el ISS un total de 541,14 semanas.
3. Que en el mes de mayo de 1.999, concurren a su lugar de trabajo un grupo de asesores de la demandada PORVENIR S.A., cuya estrategia era buscar el traslado de régimen pensional
4. Que los asesores le dieron una información errada, engañosa y pervertida, como que podía pensionarse antes de cumplir la edad exigida, que el sistema pensional que manejaba el ISS se iba a terminar y no podía pensionarse, que tendría beneficios anticipados y que el monto de la pensión que recibiría en PORVENIR sería superior.
5. Que de conformidad con lo anterior, fue engañado y asaltado en su buena fe.
6. Que solicitó el traslado a COLPENSIONES, pero el mismo le fue negado.
(fl.- 19 – 21)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**7.****CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 4 y 14 a 16, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones inexistencia de la obligación, error en el derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 36 - 47).

Por su parte la demandada PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 11 y 12, los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó prescripción falta de causa para pedir, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl.- 65 - 70).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgado de conocimiento, declaró la nulidad del traslado efectuado por el actor, condenó a PORVENIR S.A. a transferir la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del actor y ordenó a COLPENSIONES recibir la totalidad de los dineros que le serán entregados

Así mismo condenó a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez del actor teniendo en cuenta el art. 33 de la Ley 100 de 1993 a partir de la fecha en la que cumplió 62 años de edad o a partir de la fecha en que se desvincule del sistema general de pensiones. (fl.- 121 - 122).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que tal como se planteó la demanda en la fijación del litigio en el presente asunto el demandante pretende se declara en la nulidad de la filiación efectuada el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

26 de mayo de 1999 a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

Indicó la pérdida del régimen de transición no es el único motivo que impulsa a la jurisdicción ordinaria a acceder a la ineficacia el traslado del régimen pensional como lo alegan los fondos de pensiones, pues la validez o no del traslado del régimen también puede suscitarse cuando quiera que se discuta la veracidad a la información que se le brindó al afiliado, lo cual involucra necesariamente el análisis el acto jurídico que generó el traslado, si resultado eficaz

Señaló que las administradoras de pensiones tiene el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que sea de salvar entre un administrador experto y un afiliado en materia de alta complejidad pues la elección del régimen pensional depende del simple deber de información, lo anterior por cuanto desde hace más de 10 años la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse la otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen intereses sociales como son la protección de la vejez la invalidez y de la muerte de allí que estas entidades en función de sus fines y compromisos sociales demandar ejemplo de comportamiento y confianza a los ciudadanos quienes reciben sus ahorros actuar de buena fe con transparencia y formadas en la ética del servicio público.

Así mismo señaló que no basta con la suscripción del formulario de afiliación y que el documento no haya sido tachado de falso para darle plena validez al traslado por cuanto no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado

Finaliza indicando que no existe en esta instancias prueba de la información que se le brindo al actor tal como lo ha señalado la jurisprudencia la sala



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que declaró la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual, la que trae como consecuencia su devolución al régimen de prima media con prestación definida administrado de por COLPENSIONES y consecuentemente

Ahora en lo que tiene que ver con la petición de reconocimiento y pago de la prestación pensional encabeza la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES Observa el despacho la historia laboral consolidada que el demandante, en la que se encuentra que acredita a COLPENSIONES, 527 semanas y en el fondo privado 912 para un total de 1439 semanas cotizadas las cuales superan el requisito semanas exigidas en el artículo 33 de la ley 100 del 93 que fue modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003, a folio 2 del expedientes se observa que el actor del juicio nació el 2 de Agosto de 1955 cumpliendo 68 años de edad el mismo día y mes del año 2017, razón por la cual se satisfizo los requisitos mínimos para acceder a la pensión pensional de conformidad con los presupuestos de la ley 797 del 2003, quedando pendiente el estudio por parte de COLPENSIONES, sobre la tasa de reemplazo y el IBL.

Así las cosas el Juzgado estableció que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con la ley citada anteriormente por lo que habrá de impartirse condena en contra de la administradora COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez el demandante a partir de la fecha de su desvinculación de sistema seguridad Social para lo cual se le otorgará un término de 4 meses contados a partir de la fecha en que reciba los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y que hubiere recibido producto de la afiliación a PORVENIR.

DE LOS RECURSOS

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

PORVENIR S.A.:

“Me permito interponer recurso apelación contra la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos el despacho de la obra un marco normativo referente al deber de información que le da asistido a mi representada y a las demás administradoras de pensiones Especialmente del régimen de ahorro individual de la ley 100 de 1993, en su artículo 13 y posteriores decretos reglamentarios, en ese sentido se hace un análisis normativo y jurisprudencial referente a ese deber de información se reconoce también en ese aspecto que el mismo deber de información no ha sido una exigencia que se haya efectuado de manera directa o sin evolución sino que contrario a ello ha sido de manera progresiva y se ha incrementado el mismo conforme a los diferentes pronunciamientos que sean emitidos por la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia y con ello que ha surgido nuevas leyes como la 1328 del 2009 y la 1748 reglamentarios, en ese sentido analizar el traslado de régimen que efectuó el demandante para mayo de 1999 y conforme a la sentencia de SL 1452 de 2010, sobre la formación que tiene las administradoras de pensiones, la demanda evidentemente se tiene presente esa primera fase pero al momento de aplicarse se está exigiendo a mi representada aspectos adicionales a lo que por la misma ley estaba obligada, claro que mi representada no puede allegar aparte del formulario de vinculación documentación adicional o medios incluso medios probatorios adicionales porque la información que se le suministra al demandante era de manera verbal y como él mismo lo manifestó en su interrogatorio de parte, así fue información que no tuvo solamente en una primera oportunidad con las directivas sino posteriormente cuando suscribió el formulario de vinculación en ese sentido, al hacer un análisis frente al traslado de esa carga dinámica de la prueba, frente a jurisprudencia dentro de aspectos fácticos le encajan demandante porque al 1 abril de 1994 no contaba con la edad para ser un posible beneficio del régimen de transición, por lo que no puede conllevar o concluirse que se le estaba generando un perjuicio al trasladarse de régimen porque iba a depender de la situación particular del mismo durante todo su tiempo de vinculación en el régimen de ahorro individual, siendo esto así, el demandante decido suscribir un formulario que en el mismo interrogatorio manifestó haber leído es decir aceptar ese traslado de régimen con mi representada y que posteriormente no solamente mi representada cumplía con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ese formulario de vinculación porque la misma jurisprudencia ha indicado que el deber de información no se agota con el acto de traslado de régimen sino con todos los actos que realiza, así se cumple en perfeccionar o acompañar al afiliado hasta la consolidación de su situación pensional y no solamente se contaba con el formulario de afiliación, existen extractos de aportes enviados al demandante que el mismo indicó que le llegaban y que observaba frente a la cantidad de aporte de rendimiento, incluso información de su Bono pensional, un formulario de vinculación en pensiones voluntarias que suscribió para el año 2006, en la contestación de demanda hay una actualización y su historia laboral referente al Bono pensional para el año 99, entonces no solamente es como indicó el fallador de primera instancia el formulario de afiliación, si existe toda una documental que acredita que el demandante se le hizo un acompañamiento referente a ese deber de información que le asistía mi representada Por ende pues no puede accederse o no puede concluirse que al demandante incluso al no recordar aspectos de la información que se le suministro o la misma, lo fue de carácter verbal se concluye de que no se le suministro la información, me apartó también de la interpretación referente a que las negaciones indefinidas no requieren medio probatorio que es lo que indica el artículo 167 del código general del proceso, que se está aplicando en esta sentencia pues consideró que esa no fue la intención del legislador al centrar frente a ese traslado de la carga dinámica de la prueba o asignación por parte del juzgador a la parte que tenga tal efecto sino más que todo centrarse a la parte procesal que tenga mayor facilidad de llegar una prueba o de probar un hecho dentro de un proceso judicial y como ya sé indicado en este tipo de procesos el único documento por escrito que existe es el formulario de vinculación, por ende es ese aspecto de negaciones indefinidas más aun cuando en el mismo escrito de la demanda el demandante está admitiendo una inconformidad en el régimen de ahorro individual por el monto de su mesada pensional, por los anteriores argumentos solicitó al honorable tribunal revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y declarar válida la filiación del demandante”

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES indicó:

“Me permito interponer recurso de apelación en contra la Providencia que acaba de preferir para que los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá la revoquen en su integridad, además de ello solicitó los honorables



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

magistrados surtan el grado jurisdiccional de consulta en favor de mi representada respecto de las condenas impuestas en esta instancia que afectan a COLPENSIONES, el recurso de apelación lo sustentó en el sentido de apartarme la interpretación otorgada por el despacho pues está apoderada considera que en el presente caso no debió haberse aplicado la figura de la carga dinámica de la prueba, puesto que para el presente caso del señor demandante Jaime Humberto Chiquillo no cuenta con las características o los requisitos necesarios para ser beneficiario del régimen de transición, puesto que para el 1 de abril 1994, tenía 38 años de edad y contaba con 287,96 semanas de cotización lo que evidentemente el presente caso no sería aplicado no debió ser aplicado, la carga dinámica de la prueba de acuerdo también lo preferido, lo indicado o manifestado por parte de la Corte Suprema de Justicia, a sí mismo debe tenerse en cuenta en consonancia lo contenido en la sentencia STL 10825 el 2017 con radicación 47528 donde el Magistrado Ponente fue Jorge el doctor JORGE LUIS QUIRÓZ ALEMÁN en el entendido en que indicó me permito citar: en efecto la tesis de la declaración de nulidad de la filiación por falta de cumplir con el deber de información por parte de las AFP opera sólo para las personas beneficiarias del régimen de transición pensional del artículo 36 de la ley 100 del 93 que ha sido acogida sentencias como las C 789 del 2008 y SU 130 de la Corte constitucional y la SL 37174 en 2010 y 46380 del 2015, de esta sala de casación, en el sentido se reitera el requisito de la, del régimen de transición para la aplicabilidad tanto de la carga dinámica de la prueba como de la figura de la declaratoria de nulidad por falta el deber de información, por parte de las AFP. Asimismo es necesario indicar el despacho, al magistrado que en el presente caso también se puede vislumbrar de acuerdo al interrogatorio de parte absuelto por el señor demandante una falta de diligencia y cuidado por parte del mismo puesto que en tanto de sus declaraciones como de material probatorio llegada a la diligencia no hay ningún ninguna manifestación o documental que permita verificar que el Señor demandante hizo las gestiones tendientes a demostrar su interés respecto de su asunto pensional, puesto que por más de 17 años permaneció en el régimen de ahorro individual sin manifestar ninguna oposición o solicitar algún tipo de información respecto el información que le han brindado para el 31 de julio de 1999 fecha en la cual se hizo el traslado de régimen pensional, así mismo del interrogatorio de parte el señor demandante indicó que nunca había entendido las condiciones de pensión pero al mismo tiempo se puede desprender de ello que si nunca entendió las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

condiciones para pensionarse pues porque precisamente no se acercó a alguna de las aquí demandadas en algún momento de estar afiliado pues al RAIS y haber preguntado precisamente las condiciones para poder pensionarse, además de ello el señor demandante indicó que obtuvo dos asesorías por parte de la demandada PORVENIR pero que en esas dos asesorías lo único que le indicaron era que el ISS se iba a acabar y que la pensión era anticipada, al respecto de la de la manifestación que el ISS se iba acabar lo cierto es que el régimen de prima media se ha mantenido vigente en el tiempo puesto que por medio del decreto 2011 del 2012 COLPENSIONES asumió las funciones en pensiones que venía desempeñando el instituto de seguros sociales para lo cual es Claro que sí para el 99, año en el cual el señor demandante se trasladó régimen pensional no se acabó el instituto de seguros sociales en su defecto el régimen de prima media, el señor demandante pudo haber retornado a COLPENSIONES en cualquier tiempo sin estar obviamente inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, además de ello solicitó a los Honorables Magistrados conceden la oportunidad a mi representada de si se confirma la declaratoria de nulidad emitida en esta instancia permitan a COLPENSIONES realizar un estudio pensional posterior a la devolución de los detalles cotizados de los aportes cotizados a la AFP Porvenir puesto que en este sentido también es el derecho de mi representada obtener la totalidad de los del detalle que primero pues obviamente PORVENIR cumpla con su deber de traslado y posteriormente que mi representa proceda hacer un estudio pensional y no de inmediato condenaron reconocimiento de pensión aún sabiendo que tal y como lo dijo el despacho hace falta todavía el estudio de lo que concierne con el IBL y la tasa de reemplazo para lo cual es claro que COLPENSIONES debe hacer este estudio pensional en ese sentido solicitó a los honorables magistrados tengan en cuenta las argumentaciones antedichas y el material probatorio allegado a la diligencia con el único propósito de que sea revocada la sentencia su integridad Muchas gracias”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, el recurso interpuestos por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en su, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PORVENIR S.A., en el 29 de marzo de 1994, 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 y contrario a lo señalado por la demandada COLPENSIONES en sus alegatos de conclusión, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

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

Igualmente se considera, que se debe declarar la **ineficacia** del traslado de régimen, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(ver SL 1452 de 2019). Por ello se modificará la decisión dictada por la juez de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la afiliación, pues el acto jurídico de traslado no pudo perfeccionarse dado el incumplimiento de la AFP de las normas en materia de información.

Pensión de vejez

Determinada lo anterior, siendo que el actor peticiona reconocimiento pensional previsto en la Ley 100 de 1993, procede estudiar dicha pretensión a la luz de lo previsto en el artículo 33 de dicha normatividad:

“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

Sobre el particular, se encuentra acreditado que el señor Jaime Chiquillo cumple la exigencia legal relacionada con la edad requerida, en tanto alcanzó los 62 años de edad el 2 de agosto de, como se verifica de documental contentiva de la copia del documento de identificación obrante a folio 3 del expediente; ocurre lo propio con la exigencia de semanas de cotización, dado que conforme historia laboral expedida por el ISS (fl. 4) y la expedida por la demandada Porvenir S.A. (fl. 7), la demandante acredita haber cotizado un total de **1.453,14** semanas efectuadas hasta marzo de 2017, asistiéndole así el derecho a que le sea reconocida la prestación pensional que solicita, en los términos señalados por el Juzgado de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

instancia, circunstancia que impone **confirmar** la decisión proferida por el Juez de conocimiento.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de estudio, en cuanto declaró la nulidad de la afiliación del actor en el RAIS, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor JAIME HUMBERTO CHIQUILLO DIAZ, de conformidad con lo antes señalado.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de alzada.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO
DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones
inicie acción judicial**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 02 2018 036 01 Dte: JAIME HUMBERTO CHIQUILLO
DIAZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 02-2017-330-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ YENI VALBUENA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor José Ismael Moreno, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de junio de 2019.

ALEGACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

La señora LUZ YENI VALBUENA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que DAVIVIR hoy Protección, al mediar en el traslado de régimen que efectuara el 1 de octubre de 1994, la asesoró de manera errada e inadecuada, sin realizar un análisis juicioso y profesional sobre las consecuencias que implicaba dicho traslado, solicita igualmente se declare que dicha administradora, no le suministró la información, completa, verídica y comprensible antes de llegar a la edad de 47 años; como consecuencia de tales declaraciones solicita se declare la nulidad del traslado que efectuara al RAIS a través de la hoy Protección S.A., se ordene a Porvenir S.A., a trasladar a órdenes de Colpensiones los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y a Colpensiones a aceptar su traslado. (fls. 1 y 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 14 de febrero de 1968, contando con 50 años de edad, que desde 1986, empezó a realizar aportes pensionales al ISS y el 1 de octubre de 1994, se traslada al RAIS por intermedio de DAVIVIR Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., decisión de traslado que tomó atendiendo a las recomendaciones del ejecutivo de esa entidad, quien le indicó que no perdería ningún beneficio con su traslado, podría pensionarse antes de la edad requerida y podría tener excedentes de libre disponibilidad, recibiendo una mesada pensional de mayor valor a la que devengaría en el RPM.

Afirma que el 27 de mayo de 2005, se trasladó a Porvenir S.A., administradora a la que se encuentra afiliada actualmente que cuenta con un total de 1555 semanas cotizadas al sistema pensional y antes de cumplir los 47 años de edad, no recibió por parte de Porvenir S.A., asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar al RPM, por lo que quedó inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, que radicó el 15 de febrero de 2018 derecho de petición ante Colpensiones, mediante el cual solicitó traslado a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

dicho régimen, entidad que respondió de manera negativa indicándole que le faltaban menos de 10 años para adquirir derecho pensional, que también remitió comunicación a Porvenir S.A., solicitando se le informara cuál sería el valor de su mesada pensional para el año 2018, frente a lo cual esa administradora le indicó que le correspondería una mesada de \$2.357.500.

Afirma que si se encontrara afiliada al RPM, teniendo en cuenta que su IBL, asciende a \$6.725.130, correspondiéndole una tasa de reemplazo de 68.70%, para una mesada de \$4.619.887 si dejara de cotizar actualmente y de continuar cotizando, le correspondería una mesada de \$5.675.776, lo que evidencia que no existió una adecuada asesoría pensional por parte de Porvenir S.A., no siendo tampoco asesorada al momento de su traslado de régimen. (fls. 2 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 6, 7, 11, 12, negó los No. 18 a 21 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó error de derecho no vicia al consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas. (fl. 91).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 2, 6, 7, 13 a 15 y 14, negó los No. 17 a 21 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo. (fl. 144).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, negó los No. 4, 5, 20 y 21 y manifestó no constarle los demás,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción. (fl. 168).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad de la afiliación y traslado efectuado por la demandante al RAIS el 1 de octubre de 1994, y la realizada el 27 de mayo de 2005 a Porvenir, condenó a esta última a trasladar a Colpensiones los valores que reposaran en la cuenta de ahorro individual del actor producto de la afiliación del demandante, sin lugar a descontar sumas por concepto de gastos de administración, ordenó a Colpensiones a recibir dichos aportes y a actualizar la historia laboral de la demandante y condenó en costas a Porvenir y Protección S.A. (fl.206).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

La demandante pretende se declare la nulidad de afiliación efectuada el 1 de octubre de 1994 a Davivir pensiones y cesantías hoy administradora de fondos de pensiones y cesantías, protección S.A y como consecuencia de lo anterior se ordena a Porvenir a trasladar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida los aportes rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones y que Colpensiones acepte el traslado del actor al régimen de prima media.

Precisado lo anterior no hay duda para esta juzgadora que la premisa se hace consistir en la nulidad de afiliación y se ordena el traslado de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones porque en su sentir esa decisión libre y voluntaria de traslado no estuvo presidida la suficiente ilustración por parte de la AFP por lo que no existe un consentimiento y libertad y voluntariedad de la nulidad del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad. La seguridad Social es un servicio público en derecho irrenunciable lo cual se encuentra fundamental en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia es de allí que se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social ahora viene el legislador en la ley 100 del 93 estableció dos regímenes pensionales, estos son el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad hay que decir que aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria la selección de uno de los dos sistemas es libre y una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de trasladarse un régimen pensional a otro siempre y cuando se cumpla con las condiciones establecidas en el literal E del artículo 13 de la norma incita, el artículo 114 de la ley 100 de 1993 establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones ahora bien respecto a los efectos de la declaratoria de nulidad del artículo 1746 del código civil, sobre el particular señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 31989 de septiembre 2008, en lo anterior se encuentra ratificado mediante las sentencias radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 magistrada ponente doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón y la radicados 331314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 del 2008 en las que se establece sobre el tema puesto a consideración de la jurisdicción la obligación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consiste en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios, se advierte de la línea jurisprudencial que al faltar al deber de información este es evidencia cuando la entidad guarda silencio y pues el deber de la entidad es indicarle al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema. Situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual precisamente en razón a la naturaleza de los administradores pensionales en cuanto a su carácter pensional para lo cual se remitió la corte en tales sentencias al decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la ley 100 de 1993, respecto al tema de la nulidad de la afiliación al RAIS el despacho hace suyas las reflexiones expuestas por la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en sentencia del 3 de septiembre del 2014 con radicado 46292 magistrada ponente la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón aunque en esta sentencia se estudia el tema del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida indicando lo siguiente en perspectiva literal B del artículo 3 de la ley 100 de 1993 es imperativo para el juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición ante la existencia de traslado no simplemente verificar los requisitos atrás de escrito sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos que la decisión estuvo precedida de la comprensión suficiente y menor real del consentimiento para adoptarla en ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes que con lleva la pérdida la transición al juzgado no sólo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 esto es al primero de abril del 94 sino que será menester determinar previamente por tratarse un presupuesto eficacia si en todo caso aquel estuvo ajustado los principios que gobiernan el estatuto de seguridad social y de las reglas de la libertad de escogencia el sistema la cual estará sujeta a la comprobación de que existe una decisión documentada precedida las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones.

Con respecto al interrogatorio de parte esta juzgadora y las apoderadas de protección y Porvenir S.A cuando le preguntaron si esa asesoría había estado precedida de decir se le había explicado las características y se les había explicado las condiciones acceso ventajas y desventajas de los regímenes, la demandante manifestó no haber sido asesorada por parte de aquellos sobre un comparativo, un cálculo, una proyección, unas consecuencias sino unas desventajas y no solamente sobre las ventajas del fondo y en qué consistía el fondo, también manifestó que esa información no fue cierta, no fue comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, los riesgos y consecuencias del régimen pensional por tanto puede concluir el despacho que al aplicar la línea jurisprudencial que ha planteado la Corte Suprema de Justicia de verificarse entre la actuación procesal cuál fue la asesoría que tuvo la afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos ya que se debe establecer cuáles fueron los elementos de juicio que tuvo la demandante y se le fueron informados a fin de que se trasladará el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad son precisamente esos los aspectos que debe mostrarse dentro del proceso sin que necesariamente deba mostrarse un vicio específico del consentimiento adicional a ello téngase en cuenta que el desconocimiento por parte de la afiliada de las consecuencias, desventajas no permiten que su decisión sea concreta y real debe de forma adicional estudiarse la carga de la prueba es así como en la sentencia 33083 de noviembre 2011 que relaciona la sala previamente indicada la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente al fondo demandado en atención al deber de información profesional pues debe tenerse la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resultan relevantes para la toma de decisiones es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación criterio que estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración pues evidentemente cuenta con las bases de datos Y con la tecnología de punta suficiente para no sólo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que sobre la materia se rigen sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que se ha puesto el presente no sólo la parte demandante sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Descendiendo al caso bajo estudio en cuanto al despacho que la demandante afirma en el libelo gestor qué efecto aportes al ISS hoy Colpensiones el 20 de octubre de 1986 hasta el 1 de octubre de 1994 fecha en la cual se trasladó del régimen de prima media a Davivir pensiones y cesantías hoy Protección S.A como consta en el folio 2. Así previo a resolver el asunto menesteres precisar en relación con la posibilidad de traslado del régimen el literal E del artículo 13 de la ley 100 del 1993 vigente para la época del traslado realizado por la altura del juicio, prescribía que los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial estos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la ley 797 de 2003 en su artículo 2 indicando que dicho traslado sólo podría realizarse cada cinco años además “después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse del régimen cuando le faltará 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión” en la parte subrayada fue declarado exequible por la corte constitucional mediante sentencia 1024 del 2004.

Exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 del 93 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida pueden regresar hasta en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia 789 de 2002 así las cosas del documento obrante a folio 34 del expediente, se observa que la demandante nació el 14 de febrero de 1968 por la que la edad de 57 años los cumple el mismo día y mes del 2025 elevando solicitud de traslado del RAIS al régimen de prima media en el año 2018 a folio 51 es decir que se encuadra dentro de la hipótesis que le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad requerida para adquirir el estatus pensional de otro lado tampoco contaba con quince años de servicio para la entrada en vigencia la ley 100 de 1993 esto es 1 de abril de 1994 pues para esa data según las probanzas incorporadas a los autos contaba hasta el momento de su traslado al RAIS con 147.86 semanas cotizadas al régimen de prima media administrado en su momento por el ISS tal como se aprecia la historia laboral consolidada folio 111, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la sentencia C789 de 2002 para retornar el régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo no obstante lo anterior pretende la actora la nulidad de afiliación al régimen de ahorro individual con fundamento en que al momento de realizar dicho traslado Davivir pensiones y cesantías hoy administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. no le dio la ilustración suficiente para trasladarse del régimen pensional es decir no estuvo precedida de un consentimiento informado libertad y voluntariedad además no le informó sobre el año de gracia que concede el artículo segundo de la ley 797 de 2003 reglamentado por el artículo 1° del decreto 3800 del 2003 así como también omitió informarle sobre la posibilidad de trasladarse cuando le faltarán 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión.

En ese orden de ideas una vez examinado los documentos que limitan a folio 152 a 166 y 176 a 185 el expediente, los cuales fueron aportados con la contestación de la demanda el interrogatorio de parte absuelto por la demandante en cuanto al despacho que dentro de ellos los formularios de solicitud de afiliación de fecha octubre 20 de 1994, 18 de agosto de 1998 y 27 de mayo de 2005 los cuales se encuentran suscritos por la demandante en la casilla denomina “voluntad afiliado” en la que aceptó que la elección del régimen de ahorro individual la realizó de forma libre y espontánea sin presiones el artículo 128 de la ley 100 del 93 que establece que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual sea afiliado el ciudadano y que de allí iría prácticamente la obligación que tenía la demandante de aceptar precisamente que su afiliación fue realizada de manera simple y abierta cómo podría establecerse la solicitud de afiliación sin embargo es claro que al no cumplir dicha afiliación con el requisito establecido en artículo 114 de la ley 100 del 93 es decir que tal afiliación fue libre y espontánea pero en especial como ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en el sentido de brindar una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenían el momento en que se trasladó del régimen tal normatividad concretamente el artículo 128 no podría ser aplicado en la materia pues no se informa de manera suficiente a la demandante por lo que resultaría nula esa afiliación que se trae a colación.

Se reitera del interrogatorio de parte rendido por la actora y de las pruebas allegadas al plenario se tiene que la demandante no se le suministro la información necesaria, veraz y suficiente de lo negativo o positivo a fin de que podía tomar la decisión que más le conviniera tampoco se encontró acreditado en el plenario que de ninguna manera se le informa a la demandante una forma expedita estando precisamente las sociedades demandadas, Davivir pensiones y cesantías hoy administradora de fondos de pensiones Protección S.A. y Porvenir S.A. en la obligación de demostrar dentro del proceso que la información que se le dio a la demandante fue suficiente en los términos previamente indicados en efecto el fondo de aprobar que se había suministrado asesoría suficiente en cuanto a los aspectos a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida realizando los respectivos cálculos y dos en especial debía probar también el fondo que había asesorado en cuanto al capital que necesitaba la demandante para pensionarse, en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión elementos de juicio que aquí dentro del plenario no se prueban brillan por su ausencia ante la omisión de su carga probatoria en atención a la condición especializada y profesional de su actividad en el régimen de ahorro individual con solidaridad y a la carga dinámica de la prueba debía probar precisamente que había suministrado la asesoría suficiente a la actora del juicio con las características previamente señaladas también podría tenerse el principio de la confianza legítima como uno de los argumentos para llegar a la nulidad que se pretende precisamente esa confianza legítima surgiría debido a la delegación que prestó el estado al momento de crear la ley 100 de 1993 declarar precisamente a los privados la administración de pensiones bajo el sistema anual de régimen de prima media concretamente el régimen de ahorro individual con solidaridad en ese orden de ideas para esta juzgadora no resulta suficiente la manifestación de voluntad y selección del régimen consagrado en el formulario de afiliación ya que dicho documento no constituye para este despacho prueba certera que permite deducir que a la actora se le proporciona la información adecuada y veraz en los términos señalados como quiera que tales supuestos no fueron acreditados por la sociedades demandadas, conforme se examinan autos a la demandante le resultaba más beneficioso permanecer en el régimen de prima media con prestación definida señalando también este juzgado que no le asiste razón a las apoderadas de las demandadas en cuanto a que para la época en que ocurrió la afiliación de la demandante no existía obligación legal de dejar soporte de la asesoría brindada a los afiliados todas que conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 97 del decreto 663 del 93 debían suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr una mayor transparencia en las operaciones que se realicen de suerte que les permita a través de elementos de juicios claros y objetivos escoger la admisión las mejores opciones del mercado obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la ley 100 de la ley 795 del 2013, por tanto incluso antes de que fuera creada las AFP ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de estas entro a regularlas a su turno la ley 1328 de 2009 respecto al régimen de protección al consumidor financiero entero como uno de sus principios de transparencia información cierta, suficiente y oportuna.

Anudado lo anterior la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante las sentencias SL1421 del 10 de Abril de 2019 radicado 56164 magistrado ponente Dr Gerardo Botero Zuluaga y SL 1688 del 8 de mayo 2019 radicado 68838 magistrada ponente doctora Clara Cecilia Dueñas reiterado lo dicho por esa corporación en la sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019.

Es de Resaltar por parte de esta juzgadora que se induce en error de hecho cuando las AFP enseñan de manera incompleta las calidades del producto que ofrecen para el caso de un plan de pensión sin compararlo con al que hubiese podido adquirir los afiliados en el régimen de prima media de igual manera se inducen a error cuando se omiten los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resulta así mismo alterada la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

realidad del derecho al que se aspira por ello se reitera que la información es imprecisa cuando no se realiza ningún tipo de estudios pertinentes de proyecciones de una expectativa pensional debiendo hacerlo teniendo como referente los dos regímenes pensionales conforme lo dicho la afiliación realizada por la activada Davivir pensión y cesantías hoy administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A el 1 de octubre del 94 se tornan ora ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto ambas condiciones que se deslumbran en esta instancia de las probanzas anteriores resulta indiscutible que las demandas Davivir pensiones y cesantías hoy administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A. omitieron en el momento de traslado al régimen el deber de información para con la accionante en los términos que han quedado vistos, pues no comunico las condiciones que debía cumplir para dicha expectativa y las consecuencias derivadas del cambio de régimen y en esa medida al tenor de la jurisprudencia citada colación, deriva en la nulidad de traslado así realizada con las respectivas consecuencias tales como el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos hasta la fecha ejecutoria de la sentencia.

Como lo ha señalado la jurisprudencia de la sala casación laboral de la Corte Suprema de Justicia y conforme a los fundamentos de derechos basados en la demanda ahora declarase la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual la que trae como consecuencia su devolución al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones y consecuentemente deberá la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir trasladar todos los valores recibidos producto de la afiliación y traslado de la demandante ante dicha sociedad tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses es decir con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del código civil sin que haya lugar a que dicha suma se realizan descuentos con ocasión de gastos de administración los que deben ser asumidos por el fondo de pensiones teniendo en cuenta que la nulidad declarada fue producto de la conducta indebida de dicha entidad quién de conformidad con las directrices del artículo 963 del código civil debe asumir a su cargo el deterioro sufrido por el bien administrado, pues contrario a lo sostenido en su escrito de contestación de la demanda a pesar de la vinculación de la demandante versión cambio de fondo y asistió a la obligación de informarle sobre las consecuencias de su traslado de régimen.

Excepciones, no obstante habrá de advertirse al juzgado que en el presente asunto no dé lugar a la prosperidad a la excepción de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación propuesta por las demandas como quiera que dicha pretensión corresponde a la nulidad de un hecho jurídico que es el acto mismo de la afiliación debiendo tener en cuenta como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia que el fenómeno la prescripción recae sobre los derechos prestacionales y no sobre los hechos que es a lo que se contrae, se reitera la pretensión declarativa dentro de este juicio a que se declare un hecho que va a servir de soporte a una pretensión de condena y que dada su naturaleza es imprescriptible en sentencia con radicación número 38199 del 16 de marzo del 2018.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó:

No hay lugar a acceder a ninguna de las pretensiones incoadas contra mi representada ya que se evidencia que no se encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la demandante porque con el traslado no se incurrió en ninguna previsión legal que le impidiera también en el momento en que la demandante efectuó el traslado en adquirir derecho alguno y su consentimiento fue voluntario, libre de apremio máxime cuando era beneficiada del régimen de transición también se evidencia la voluntad de permanencia del régimen de ahorro individual con el número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación y así mismo con el traslado entre las AFP según el recurso son más de cinco traslados por otro lado respecto a los vicios del consentimiento delegados por la demandante en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

suscribir su traslado por orden inducido no aporta el actor pruebas pertinentes, por quién tenía la carga procesal de hacerlo esto es la parte demandante según lo dispone el artículo 167 del código general del proceso y no simplemente como lo hiciera ligando una eventual falta al deber de información así las cosas, las consecuencias del traslado del régimen la definió la ley 100 del 93 y por ello cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error derecho que los términos del artículo 1509 del código civil no tiene alcance para viciar el consentimiento de esta manera resulta claramente imposible para cualquier persona establecer de forma cierta si al momento del traslado le era conveniente la afiliación de uno u otro régimen pensional, pues solo resultaba conveniente mantener la vinculación del régimen de prima media con prestación definida siempre y cuando cumpliera los dos o al menos uno de los requisitos que establece la ley para alcanzar algún derecho pensional en este régimen incluso podría estimarse conveniente la permanencia del régimen de prima media para quienes tienen una expectativa cercana acceso a la pensión como lo son los beneficiarios del régimen de transición pues ninguno de estos casos encontrada la demandante, toda vez que para la fecha que decidió su traslado le faltaban más de 30 años para cumplir la edad reglamentaria de acceso a la pensión del régimen de prima media y lo que resulta imposible para cualquiera AFP, informar sobre la conveniencia cierta de pertenecer a uno u otro régimen más aún cuando la demandante tuvo la oportunidad de retractarse del traslado con la expedición del decreto 3800 del 2003 para cuya aplicación se expidió la circular 01 el 2004 de la superintendencia financiera brindando amplia información, medios de comunicación sobre los beneficios del régimen y las posibilidades de retorno al régimen de prima media. Además no sólo aclarar que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables uno frente al otro por ello el ordenamiento jurídico le ordenó y le otorgó al afiliado la opción de escoger y una vez realizado ellos tienen las restricciones sobre las cuales se pronunció la corte constitucional sin que se puedan invalidar por vía jurisprudencia asumiendo de forma equivocada que los errores de derecho pueden viciar el conocimiento de quién celebra un acto jurídico imponiendo retroactivamente las administradoras de fondos de pensiones requisitos o trámites que las normas lo contemplan para la época de la afiliación, pues de esta forma dejo sustentado el recurso de apelación.

Colpensiones, recurrió señalando:

Mi recurso de apelación lo sustenté en el sentido de apartarme a la interpretación otorgada por el despacho pues esta defensa considera que en el presente caso no se pudo vislumbrar ni probar de manera adecuada el vicio del consentimiento alegada por la parte demandante y el hecho de haber sido inducida en error tal como lo manifestó en las consideraciones la señora juez de instancia, además de ello debe tenerse en cuenta por los honorables magistrados que en el presente caso no se debió haber aplicado a la carga dinámica de la prueba puesto que la señora demandante no es beneficiaria del régimen de transición habida cuenta del 1 de abril de 1994 contaba con 126,57 semanas y 26 años de edad lo que necesariamente indica que no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no se debió haber aplicado la carga dinámica de la prueba de acuerdo a múltiple jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, además de ello debe tenerse en cuenta por los honorables magistrados que respecto a lo que me refería a la señora juez en la providencia, la proyección pensional en este caso no era requerida tal y como se puede desprender del interrogatorio de parte absuelto en el día de hoy por la señora demandante ella manifestó de manera podría deducirse de esta manera como confiesa que ella recibió asesoría acerca del régimen de prima media que ella efectivamente conocía la pensión dado que allá le habían indicado que iba a recibir en el régimen de ahorro individual una pensión igual o un poco superior que la que podía recibir en el régimen de prima media para lo cual esto evidencia que en este caso no era requerida la proyección pensional que fue aducida por el despacho además de ello debe tenerse en cuenta que para el año en el cual la señora demandante efectuó el traslado de régimen pensional y aún así los posteriores traslados que efectúa entre el mismo régimen de ahorro individual no era obligatorio para los fondos tal y como se indicó de igual manera en el fallo proferido en el día de hoy las proyecciones que finalmente resultan siendo solicitadas o requeridas en las consideraciones del fallo además de ello debe tenerse en cuenta por los honorables magistrados que la información real, cierta, comprobable y demás adjetivos referidos en el fallo se encuentran contenidos en la ley



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

100 del 93 puesto que en la misma consagra precisamente las características y se puede desprender de ella un paralelo necesario para la verificación de la información que le fue proporcionada a la señora demandante de 1994 para lo cual es necesario Igualmente traer a colación lo indicado en la legislación colombiana lo que tiene que ver con la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad en este caso efectivamente la señora demandante pudo haber accedido a dicha información en cualquier tiempo de otro lado solicitó a los honorables magistrados tengan en cuenta que en el fallo proferido en el día de hoy se indicó por el despacho que se advirtió por el despacho que en ninguno de los fondos privados en este caso pues el deber era competencia de Porvenir indicar acerca de la prohibición del artículo 2 de la ley 797 del 2003 en la cual tiene que ver con la prohibición que tienen los afiliados de trasladarse de régimen pensional, para lo cual es necesario indicar que en el material probatorio del expediente reposa una documental en donde se indica que efectivamente el fondo Porvenir manifestó a la señora demandante precisamente lo que tiene que ver con la prohibición de dicho articulado para lo cual es claro que la señora demandante aún habiéndosele indicado acerca de esta prohibición se puede vislumbrar de interrogatorio de las múltiples asesorías que recibió Igualmente quería permanecer en el régimen de ahorro individual además es de anotar que se mantuvo afiliada en el régimen de ahorro individual guardando silencio sin manifestar algún tipo de inconformidad por más de 24 años lo que de alguna manera podría tenerse o considerarse como un abandono a su tema pensional o sencillamente su ratificación de permanecer en el mismo en el régimen de ahorro individual, en ese sentido solicitó a los honorables magistrados tengan en cuenta además de ello que los apartes de las sentencias proferidas en el fallo de hoy tienen supuestos fácticos diferentes a los del presente caso pues como lo dije con antelación la señora demandante no es beneficiaria del régimen pensional para lo cual también debe haberse tenido en cuenta en ese sentido esta cualificación además de ello solicito a los honorables magistrados hagan un estudio dedicado del material probatorio allegado a la diligencia por tanto la parte demandante como las aquí demandadas y además el interrogatorio de parte absuelto en el día de hoy con el único propósito de que sea revocada la sentencia proferida en esta instancia en su integridad.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora LUZ VALBUENA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Pensiones y Cesantías Davivir, hoy Protección S.A., en octubre de 1994, el que reposa a folio 96 del expediente, como las efectuadas con posterioridad dentro de dicho régimen.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que se 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.

En estos casos, contrario a lo manifestado por las recurrentes Porvenir y Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Es así como en casos como en el presente, contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., y como lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se itera, no es deber del afiliado probar un supuesto indefinido negativo, como que no se le dio la información pertinente a su traslado de régimen, contrario sensu,



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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Luz Valbuena, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., a la que se trasladó la demandante en primer momento, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, desinformación que se prolongó en el tiempo, pues de las pruebas aportadas por Porvenir S.A., ninguna permite inferir el suministro de la información a la demandante en los términos anotados.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

En ese orden, concluyó que:

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

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

(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)

Tampoco es de recibo el argumento de la sociedad Porvenir S.A., esbozado en sus alegaciones, según el cual, al momento en que se trasladó la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante al RAIS, era prematuro señalarle ventajas o desventajas de su traslado y no había disposición legal que lo impusiera; 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, 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.

En cuanto al señalamiento de las dos entidades recurrentes, según el cual, la exigencia del deber de información, sólo procede para quienes son beneficiarios del régimen de transición, este no es de recibo, pues el deber de información bajo estudio, se predica de todos los afiliados, con independencia de si están inmersos en tales posibilidades; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la afiliación al RAIS de la demandante, no se convalida por el hecho de que haya permanecido en dicho régimen, pues desde la fecha de su afiliación, dicho traslado resultaba ineficaz al demostrarse que no se le dio la información relevante al respecto, sin que se haya probado tampoco que durante su permanencia en ese régimen, se supliera el deber de información para tener por convalidada su afiliación, el que no se suple tampoco con el comunicado de prensa que allegó Porvenir S.A., en el que informó de manera **general** la posibilidad de retornar al RPM, pues lo que aquí se reprocha, es la omisión



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

en el deber de información en que incurrió Protección S.A., en el acto **inicial** del traslado de la actora al RAIS, que data de octubre de 1994.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues la Administradora de Pensiones demandada, PROTECCIÓN S.A., a la que se trasladó la demandante en el año 1994, no demostró cómo le correspondía que 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 a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone mantener la decisión proferida en lo que al traslado respecta, debiéndose **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, siendo esta la figura aplicable al caso bajo estudio como se estudió en apartes anteriores.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

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:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 02201800330-01 Dte: LUZ YENI VALBUENA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones inicie acción judicial)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

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

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small loop at the end.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

ORDINARIO No. 03-2015- 538-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: EDISON FERNEY MARTINEZ GALLO

DEMANDADO: ORLIS JOHANA BAQUERO GAMBA

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **EDISON FRENEY MARTINEZ GALLO**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **ORLIS JOHANA BAQUERO GAMBA** a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario de primera instancia se declare que entre las partes existió un contrato a término indefinido, que se inició el 6 de junio de 2013 y terminó el 29 de junio del mismo año, que el cargo a desempeñar era el de administrador, con un salario de \$800.000, que la sede de trabajo era en KICK BOXING SEDE 147, que el demandante fue despedido sin justa causa, que le adeudan salarios, prestaciones e indemnización y en consecuencia los solicita, sí como también pago de vacaciones, aportes e indemnización moratoria. (fls 3 al 13).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta el demandante que entre las partes existió un contrato de trabajo en las fechas indicadas, cargo y salario ya señalado, teniendo además como funciones hacer entrevistas al personal que ingresaría a KICK BOXING de la 147, así como desplazarse a la sede de Chía para hacer acompañamiento al administrador de ese municipio, debiendo también hacer pagos a los entrenadores, que no fue afiliado a seguridad social, que la demandada obró de mala fe y no ha cancelado lo adeudado. (fls 3 al 13).

La demanda fue contestada a través de curador ad litem, quien dijo no oponerse a las pretensiones, siempre que sean probadas. En cuanto a los hechos dijo no le constaban y que debían ser probados. En cuanto a excepciones dijo debían declararse las que se encuentren acreditadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 306 del C G P. (fls 131 a 137).

ALEGACIONES

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juez 3 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veintidós (22) de abril de dos mil diecisiete (2019), por la que resolvió **ABSOLVER** a la demandada **ORLIS JOHANA BAQUERO GAMBA** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y **no** condenó en costas. (fls 202 y siguientes).

Señaló el Juez en síntesis que: *"... La parte demandante manifiesta que se suscribió un contrato de trabajo e incluso textualmente en el hecho quinto dice desde la suscripción del contrato al que se refiere el hecho primero actuaba bajo la continuada subordinación de la demandada. El despacho procede a resolverlo en forma genérica es decir lo que busca en últimas la parte demandante es que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido mediante el cual ostentó el cargo de administrador en el Kick Boxing sede 147, que inició según se afirma allí mismo el 6 de junio y finalizó el 29 del mismo mes del año 2013 por decisión unilateral y sin justa causa de la aquí demandada, de la prosperidad de esta pretensión en la forma conjunta en que se planteó dependen todas las condenas solicitadas en el escrito de la demanda razón por la cual lo primero que debe recordar el despacho es que el Art 167 del código general del proceso aplicable en materia laboral por remisión expresa del art 145 del CPTSS impone una carga procesal para las partes dentro del proceso indicando que incumbe a las mismas probar el supuesto de hecho a las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, en otras palabras deben probar los hechos que aleguen para que el juez pueda proferir una sentencia a su favor, de igual manera y manteniendo ese hilo conductor si nos quedásemos en los elementos del contrato de trabajo del Art 23 en el presente asunto no se logró completar la totalidad de los elementos del contrato de trabajo, recuérdese que allí se establece que para que exista el contrato de trabajo debe concurrir la prestación personal del servicio por parte del trabajador, el segundo la subordinación o dependencia en forma continuada que permite al empleador imponerle reglamentos, darle órdenes e instrucciones al trabajador durante la permanencia y ejecución de ese contrato de trabajo. **En ninguna de las pruebas documentales que se allegó se puede establecer la existencia del contrato de trabajo. Así se afirma porque no hay ninguna documental suscrita entre el demandante y la demandada en la fecha descrita en el escrito de la demanda.** No obstante acudiendo a las disposiciones legales en materia laboral específicamente en el Art 37 del código sustantivo del trabajo el contrato de trabajo no requiere forma especial alguna para su validez y mucho menos requiere constar por escrito, salvo disposición expresa para ciertas tipologías contractuales como el contrato a término fijo razón por la cual se vuelve necesario remitirnos entonces a las pruebas allegadas al proceso, ahí se encontró a*

folio 14 una carta dirigida por el demandante a Kick Boxing con una relación correspondiente al mes de junio del año 2013 igualmente se aportó a folio 15 a 24 del expediente un contrato suscrito con el servicio tecnología de la información y las comunicaciones de fecha 25 de junio del año 2013 en ninguna de sus partes se logra establecer que el demandante estuviese cumpliendo un mandato a nombre de la parte demandada es decir que tuviese un poder para suscribir ese contrato y comprometer a la demandada, como se afirma en los hechos de la demanda recuerde nuevamente el Art 167 del CGP quien afirma prueba. A folios 25 a 42 se aportaron diferentes comprobantes de egreso en los cuales se registran algunas operaciones tales como compra de papelería, gastos de mensajería, recargas a celulares y viáticos según se denomina allí finalmente a folio 43 se aportó una solicitud de acreencias laborales por parte del demandante a la demandada en el cual pedía el pago por el tiempo trabajado con ella específicamente por los conceptos de salarios, tres turnos como entrenador en la sede de la 147 cedritos, además del pago de la celebración de un negocio entre la demandada y el señor Jaime Peña como socios, del análisis de cada una de esas pruebas documentales difícilmente puede acreditarse la existencia de un contrato de trabajo. En primer lugar porque en ninguno de los documentos se plasmó el inicio del vínculo laboral en el que se identifique quien fungió como empleador y como trabajador lo que dificulta entender cuál fue el contrato celebrado y la modalidad del mismo, adicionalmente en cuanto a la documental obrante a folio 14 del expediente si bien se relaciona lo que parece ser un balance de cuentas de junio de 2013 del gimnasio Kick Boxing sede 147 suscrito por el demandante, lo cierto es que dicho documento no acredita tampoco la prestación personal del servicio del demandante dentro de los extremos señalados en el escrito de la demanda pues para su elaboración no necesariamente tuvo que actuar como trabajador de la aquí demandada, dicho documento simplemente refleja algunos de los gastos y pagos que se realizaron en el mes de junio de 2013 pero no representa una prueba plena de la existencia del contrato de trabajo máxime cuando el mismo ni siquiera se encuentra suscrito por la demandada Orlis Joanna Baquero con la que se pretende la declaratoria de la existencia de ese contrato de trabajo.

De igual manera vale la pena mencionar que el contrato suscrito con el servicio de tecnologías de la información y las comunicaciones no acredita tampoco la existencia de un vínculo laboral con la demandada ya que no existe relación entre dicho contrato y la demandada en el mismo aparece como se dijo anteriormente como suscriptor el aquí demandante, luego dicho documento no guarda ningún tipo de relación con el asunto que aquí se disputa y tampoco acredita la existencia de ese contrato de trabajo máxime que no se encontró el mandato de la demandada para que suscribiera en su nombre y representación ese contrato. Por otro lado en los comprobantes de egreso tampoco se logra determinar que el demandante laboró para la demandada por la sencilla razón de que esos comprobantes de egreso provienen del centro de acondicionamiento Body Form persona jurídica que no es la demandada en el presente proceso y tampoco guarda algún tipo de relación con el asunto que aquí se debate ya que de la simple lectura de los hechos de la demanda, allí el demandante advierte haber prestado sus funciones en el Kick Boxing sede 147 denominación que tampoco coincide con los comprobantes de egreso nótese incluso que la dirección del centro de acondicionamiento físico Body Form es la calle 188 N-15 B-20 en tanto el mismo demandante manifestó en el hecho sexto que la dirección de Kick Boxing sede 147 es el lugar en el cual prestó el servicio y se encuentra ubicada exactamente como allí se determina en la Cra 7B N 146-90 en la ciudad de Bogotá, de manera que los comprobantes y recibos allegados al expediente tampoco acreditan la prestación personal del servicio para la demandada y no se demostró que fueran utilizados tal como se afirma con papelería de otro de los locales comerciales de la demandada con autorización de esta. No obstante tampoco aparece acreditada la confesión que afirma el apoderado de la parte demandante de la demandada Orlis Joanna Baquero Gamba, recuérdese cuando absolvió el interrogatorio de parte de la demandada, incluso manifestó que no conocía al demandante Edison Ferney Martínez Gallo y allí nos informó que había conformado una sociedad con el señor Diego Riaño Celis para administrar dos sedes de los gimnasios Hard Body en donde ella era la socia capitalista, mientras que el señor

Diego Riaño con su conocimiento administraba y organizaba las diferentes clases que allí se dictarían. Igualmente manifestó que ella únicamente tenía conocimiento de que Diego Riaño había hecho un trato con el aquí demandante para entregarle el 25% de sus rendimientos como fruto de la parte que a él le correspondía en la sociedad pero que ese arreglo fue entre ellos y ella no tenía conocimiento de nada más. Aclaro que no confeso que hubiese laborado para ella, recuérdese que la confesión tiene que darse estrictamente en los términos del numeral segundo del Art 195 del CGP incluso al escuchar lo manifestado la demandada nos indicó, que ella no sabía que funciones cumplía el demandante o como estaba organizado con Diego Riaño pues ella nunca lo contactó ni lo contrató para ser trabajador de los gimnasios.

En ese orden de ideas entonces no se encuentra acreditada la existencia del contrato de trabajo por el contrario y si nos alejásemos de esas normas para entrar a involucrar la presunción legal del Art 24 del código sustantivo del trabajo según el cual probada la prestación personal del servicio se presume la existencia del contrato de trabajo, **correspondía a la parte actora demostrar el hecho indicador es decir la prestación personal del servicio dentro de los extremos que allí afirma del 6 al 29 de junio del año 2013 ninguna de estas pruebas documentales nos demuestran la prestación personal de ese servicio lo que nos lleva entonces a la prueba residual única del testimonio rendido por Diego Johan Riaño Celis el cual no logra establecer con precisión la prestación personal del servicio,** durante el periodo que se afirma en el escrito de la demanda, recuerde que no solo se tiene que demostrar y se debe demostrar la prestación personal del servicio sino los extremos de esa relación laboral, ese testimonio llevó al despacho a crear más confusión, porque mientras el demandante nos afirma que laboró como administrador desde el 6 de junio del Kick Boxing de la 147 el testigo Diego Johan Riaño Celis nos afirmó en su testimonio que estuvo en la 147 como hasta el mes de junio y el despacho lo llevó y lo encajonó para aclarar o confundir aún más la tesis y nos contó, en su versión que funciones cumplía allí, de manera que ahí si entramos en una confusión peor, no se sabía cuál era el administrador si el aquí demandante o Diego Riaño, los dos resultaron trabajando en el mismo por admitir a la tesis como hasta el 10 de junio de ese año 2013. Para aclarar la situación nos dijo incluso ante la confusión del despacho y ahí que hizo usted entonces después de esa fecha y el mismo nos dice que se fue para chía a administrar el gimnasio de allí de chía, de manera que ahí se pierde el extremo inicial afirmado en el escrito de la demanda y entra en una confusión peor incluso posteriormente en un arreglo imprevisto de su versión sorpresivo entre otras cosas ante las preguntas ya del apoderado de la parte actora tratando de componer las cosas, terminó fue empeorándolas porque nos quiso dar una fecha de ingreso y nos dijo el 4 de junio cuando el mismo demandante dijo el 6 de junio entonces entró en contradicción; no me digan que no le merece ninguna credibilidad al despacho porque solo nos llevó, a crear más lagunas y confusiones sobre los extremos de la relación laboral, confesiones que incluso entra a conjugarse con esa misma prueba documental, en la prueba documental aparecen pagos incluso posteriores a esa fecha a Diego Riaño por viáticos a chía entonces donde al fin al cabo trabajaba, como le van a pagar viáticos por ejemplo el 20 de junio del 2013 lo que lleva a oscurecer aún más esas afirmaciones de los hechos de la demanda, el 19 de julio también se le pagaron viáticos a chía al testigo Diego Riaño sin saber entonces cual era la función que cumplía y en donde la cumplía se le pagaba por ese mismo comprobantes de egreso recargas a celulares de donde no puede establecerse con toda claridad realmente en donde cumplía las funciones el testigo Diego Riaño Celis si en la 147 en el Kick Boxing de esa sede o la sede de chía en cuanto a la fecha de egresos tampoco no la logró precisar con exactitud cuando se le trató de preguntar por parte del apoderado de la parte actora, termino diciendo que podía ser la misma fecha en que se le terminó el contrato al testigo o sea en los primeros días del mes de julio, cuando en el escrito de la demanda se habla del 29 de junio, entrando en una franca contradicción y recuérdese que aquí no aplica jamás el principio de favorabilidad como lo pretende alegar el apoderado de la parte actora, el principio de favorabilidad no se da por el juez al interpretar las pruebas, el principio de favorabilidad del Art 53 de la constitución política descendido posteriormente como un principio en el CST, es únicamente sobre la interpretación o aplicación de las normas no sobre la interpretación de los medios de prueba porque

termina el juez entonces volviéndose una parte se acomoda hacia uno de los extremos y viola el Art 29 de la constitución política donde un juez le parezca una cosa, el juez tiene que tener certeza al analizar los medios de prueba Art 61 del CPTSS, por eso los coge en su conjunto y los analiza para saber si se contradicen entre sí con base en la experiencia, en la sana crítica de manera que no busque favorecer a ninguna de las partes con los medios de prueba porque termina cumpliendo la función de uno de esos extremos jurídico procesales y obviamente viola ese principio del debido proceso del Art 29 de la constitución política.

En ese orden de ideas no logra entonces tampoco demostrar la parte actora la prestación personal del servicio durante todo el tiempo que afirmó en el escrito de la demanda como hecho indicador para poner en movimiento en su favor la presunción legal del Art 24 del CST razón por la cual al no haber cumplido con la carga probatoria impuesta por el Art 167 del código general del proceso la parte promotora de este juicio para demostrar la existencia del contrato de trabajo entre el accionante y la demandada y durante los extremos señalados desde el 6 al 29 de junio del año 2013 por lo que habrá de absolverse a la demandada de esta pretensión declarativa como consecuencia y por mera sustracción de materia en razón a que las demás pretensiones dependían de la prosperidad de esta pretensión declaratoria habrá de absolverse a la demandada de todas las pretensiones condenatorias solicitadas en el escrito de la demanda, en cuanto a las costas y agencias en derecho para este juzgador no hay lugar a condenar ni en costas ni agencias en derecho en esta instancia.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso así: "...Considera la parte actora que si se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo esto es la prestación personal de un servicio, la continua subordinación y se pactó un salario como retribución del mismo. En cuanto a la actividad personal del trabajador me permito su señoría manifestar que contrario a lo manifestado y argumentado por su despacho en este momento el demandante Edison Ferney Martínez Gallo si cumplió los requisitos para hablarle de una prestación personal de un servicio toda vez que el mismo, conforme al testimonio de la prueba testimonial que se le practicó al testigo Diego Riaño se pudo acreditar que el mismo se le veía en el local o gimnasio de la calle 147 igualmente ocurrió en el interrogatorio de parte cuando a la demandada se le preguntó en su momento sobre si se le veía al señor Ferney en dicho establecimiento y la misma dio a entender que si se le veía, inclusive llegó a decir aunque los demás no lo reconocieran como administrador pero si se le veía y ese estar presente, vérselo en dicho establecimiento empieza a configurar la prestación personal de un servicio, adicional a lo anterior se suscribieron documentos de todo tipo se suscribió comprobantes de egreso los cuales ni siquiera tuvieron que haberse suscrito por el señor demandante bajo el supuesto pues que ni siquiera prestó un servicio personal los mismos no se hubieran firmado ni diligenciado, pero lo que si obra en el expediente son unos comprobantes de egreso por el señor Ferney cumpliendo con ciertas funciones entre ellos pago de viáticos, pago de horas extras, compras de papelería quiere decir esto que si se le veía y si realizaba actividades para el local de la calle 147 tal como se manifestó en el hecho número 12 de la demanda. Se utilizó papelería de otro gimnasio del cual también es propietaria la señora Orli no tendría por qué haber llegado esa papelería a manos del señor Ferney si no fuese porque el mismo si se le veía, si fue a prestar un servicio en dicho establecimiento. Adicional a lo anterior tal como lo manifiesta su señoría el Art 167 del CGP establece que uno debe probar lo que afirma, la demandada en ningún momento probó lo que ella afirmaba que era una supuesta sociedad quiere decir esto que si la demandada no aportó pruebas, ni documentos ni en el contrainterrogatorio logró desvirtuar que el señor Ferney era trabajador si tiene lugar que se configure la existencia del contrato de trabajo al mismo tiempo su señoría también presento inconformidad en lo que se refiere a la presunción del Art 24 por cuanto como lo manifesté anteriormente probada la existencia de una prestación personal de un servicio hay lugar a la

aplicación de la presunción y era la demandada quien tenía la obligación legal de probar que el vínculo no era laboral situación que no fue acreditada por ellos gracias.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS, precisando que el apelante casi que ignora, los argumentos del Juez y se limita a hacer afirmaciones como en el juicio, sin que existiera en el desarrollo del proceso sustento probatorio.

Lo primero, además, que debe advertir la Sala, es que de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del C S T se presume la existencia de un contrato de trabajo, **desde luego si se acredita la prestación personal del servicio, primer elemento del contrato, consagrado en el artículo 23 de la misma y es ahí donde se equivoca el recurrente pues nada más lejano a la realidad probatoria, que la prueba de la prestación de servicio del demandante a favor de la demandada.**

Para la Sala, tal y como señaló el Juez de primera instancia y contrario a lo afirmado por la parte demandante en sus alegaciones, la prestación del servicio **no** fue acreditada, pues obsérvese que ni una sola prueba hay de ello, ni confesión pues resulta ilógico pensar que existió, tal medio probatorio, cuando se afirma en el recurso que la demandada “dio a entender”, que veía al demandante en el establecimiento, cuando de la esencia de la confesión es que sea expresa, clara que no implique esfuerzos para **inferir algo** oculto que se quiso decir y menos aun cuando lo que se quiso decir es que vio a una persona pues se pueden ver muchas en este tipo de negocios y no todas trabajan allí.

Ni la declaración del testigo, ni la documental con membrete de otros establecimientos, pueden acreditar esa prestación de servicio, ni aún dar un indicio del mismo, luego sin esta prueba del primer elemento del contrato no hay presunción y tampoco entonces tenía la demandada como se afirma en el recurso, carga probatoria alguna.

De ninguna manera puede aceptarse que lo afirmado en la demanda sea prueba y menos aún, el hecho; - dicho paso tampoco acreditado-, de ver al actor en una sede, para dar por establecida una prestación de servicio, que por el contrario dado el análisis del Juez solo generó dudas y contradicciones imposibles de resolver como se debe es decir con pruebas.

Ni la declaración, ni las documentales aportadas, se itera, ni siquiera un indicio, dan de la existencia de ese primer elemento del contrato, por el contrario, el testigo Diego

Riaño, lo que indica es que él laboró en el gimnasio, en el mismo tiempo que dice el actor haberlo hecho, esto es junio de 2013, luego resulta claro que no se aportó prueba alguna que acreditara la prestación del servicio por parte del demandante, que abriera paso a la presunción del art 24 del C ST.

Ahora si en gracia de discusión, aceptásemos que se acreditó el primer elemento del contrato de trabajo, esto es la prestación del servicio; **no es posible establecer los extremos del presunto contrato, carga que le correspondía a la parte actora, siendo claro que en el proceso no existe prueba alguna de ellos y como señaló el Juez incluso existen contradicciones en las señaladas inicialmente en la demanda y las que se trató de establecer por la parte actora cuando se realizaron las pruebas.**

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, debe concluir la Sala que el demandante no logró demostrar la prestación personal del servicio a favor del demandado, y así como se ha afirmado que la subordinación debe ser desvirtuada por el empleador, al presunto trabajador **le corresponde probar suficientemente la prestación personal del servicio y los extremos en que se desarrolló, sin que en este caso aparezcan acreditados, como efectivamente señaló el Juez..**

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

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. - CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 03-2018-498-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SANTIAGO MÁRQUEZ MERIZALDE

DEMANDADO: GESTIÓN ORGÁNICA GEO SAS ESP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 10 de abril de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor SANTIAGO MÁRQUEZ, por intermedio de apoderado judicial, solicitan se DECLARE la existencia de una relación laboral unívoca, progresiva y sin solución de continuidad entre él y la sociedad demandada desde el mes de octubre de 2001 a diciembre de 2017, a través de un contrato a término indefinido; como consecuencia de tal declaración, solicita se pague a su favor cesantías, interés a la cesantía, prima de servicios,

vacaciones, indemnización por despido injusto e intereses de mora. (fl. 13 vto.).

Fundamentó sus pretensiones señalando que en octubre de 2001, ingresó a laborar a la empresa demandada a través de contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de gerente comercial, devengando un salario de \$1.200.000, más otros pagos por conceptos de transporte, asesoría técnica, rodamiento y alquiler de vehículos, que para el año 2012, ascendían a \$8.670.206; afirma que para mayo de 2012, se dio por terminado el contrato que lo vinculaba de forma directa a la demandada, sin embargo el pago de su liquidación al finalizar este, se realizó sobre el básico de \$1.279.583, que no se tuvo en cuenta los demás factores salariales que él devengó durante la relación laboral, para liquidar las prestaciones al finalizar la misma. Señala que el 1 de mayo de 2013, la demandada le solicitó dar por terminado el contrato de trabajo antes mencionado y suscribir uno nuevo a término fijo por 6 meses con la sociedad Sinergia Laboral S.A.S., para desempeñar el cargo de subgerente en la misma empresa demandada, contrato que fue pactado con un salario básico de \$1.343.174, no incluyéndose otros pagos a él realizados por concepto de transporte, asesoría técnica y arriendo de vehículos, gastos adicionales que oscilaban mensualmente en \$14.000.000.

Señala que el 1 de octubre de 2013, finaliza el contrato mencionado con Sinergia Laboral S.A.S. y el 8 de octubre del mismo año, suscribe contrato nuevamente con la demandada, el que sería un acuerdo comercial, para el despliegue de su actividad como gestor a cambio del reconocimiento de un porcentaje de los negocios, que el mismo se suscribió por el término de 2 años y se acordó como contraprestación de los servicios de intermediación por él prestados 20% del valor de la venta de los servicios, pago que se realizaba mediante cuenta de cobro, que desde dicha vinculación y hasta la fecha de terminación del contrato, la demandada dejó de cotizar sus prestaciones sociales, entregándole el dinero para que él mismo cubriera el pago de aportes sobre un IBC muy inferior, de \$1.200.000.

Afirma por último que para el mes de abril de 2015, empezó a desempeñar el cargo de representante legal de la demandada y sus ingresos los seguía cobrando a través de las cuentas de cobro referidas, representadas en honorarios, aún cuando estaba vigente el contrato laboral con la

demandada, que le 14 de junio de 2016, la demandada le certificó que se desempeñaba como gerente de la misma, devengando un salario de \$14.500.000, que el 4 de septiembre de 2017, considerando que la demandada tenía retraso en sus pagos, desde hace 6 meses aproximadamente, decide renunciar como gerente y el 7 de junio de 2018, la demandada no había realizado el nombramiento de nuevo representante legal, manteniéndolo hasta esa fecha como representante legal, por lo que el 21 de julio de 2018, solicitó ser removido de tal cargo ante la Cámara de Comercio de Bogotá. (fls. 87 y 88)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los contenidos en No. 9 y 21 parcialmente y negó los demás. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, falta de título y causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y pago. (fl. 102).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. (fl. 152).

Fundamentó su decisión el Juez de instancia señalando:

Se procede a dictar la siguiente sentencia. El Señor Santiago Márquez Merizalde por intermedio de apoderado judicial presentó demanda laboral ordinaria en contra de gestión orgánica GEO SAS ESP para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se declare la existencia de una relación laboral unívoca, progresiva y sin solución de continuidad entre el demandado y mi poderdante entre el mes de octubre del año 2001 y el mes de diciembre del año 2017 relación que correspondía a un contrato a término indefinido una vez declarado lo anterior, declarar que en consecuencia la demandada le adeuda a mi poderdante las siguientes prestaciones sociales generadas entre los años 2015 y 2017 por no encontrarse caducas o prescritas, cesantías, interés sobre la cesantías prima de servicio y vacación, declarar terminado el contrato a mi representado se dio por causas imputables al empleador configurando despido indirecto y por lo tanto despido sin justa causa se adeuda indemnización a favor de mi representado por valor de \$201'187.898 declarar que los pagos de prestaciones sociales indemnización por despido sin justa causa deben ser realizados con intereses de mora en concordancia con lo estipulado en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo. Valor que a 1 de Julio del 2018 suman \$ 98'600.000 pero que deberá ser recalculado el valor que se configura en la fecha de sentencia correspondiente, como fundamentos fatigos de esas pretensiones en listo en la parte demandante en el escrito de la demanda y posteriormente en la subsanación los 21 hechos que aparecen allí descritos, admitida esa demanda por reunir los requisitos legales del artículo 25 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social se ordeno correr traslado de ella a la demandada la cual

contesto oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones al considerar que durante el periodo que afirma la parte demandante no laboró en forma continua como se desprende de los hechos de la demanda de igual manera laboró para la empresa Sinergia Laboral SAS empresa temporal constituida legalmente, además afirma que la empresa GEO SAS liquidó el primer contrato tal y como se demuestra y posteriormente después de haber superado la vinculación a través de una empresa de servicios temporales se firmó un contrato de tipo comercial razón por la cual negó los hechos de la demanda, salvo el hecho noveno el cual manifiesta como cierto que se firmó un contrato de tipo comercial y al hecho 21 referente al representante legal manifiesta que es parcialmente cierto. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, falta de causa y título para pedir inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y pago.

Previa convocatoria del despacho se llevaron a cabo todas y cada una de las etapas correspondientes al artículo 77 del Código de procedimiento del trabajo y la seguridad social culminada las mismas, se realizó y se constituyó el despacho en audiencia de trámite y juzgamiento para efectos de la práctica de las pruebas hasta la hora que antecedió, en la cual se ordenó el cierre del debate probatorio en firma este auto se les convocó a la audiencia de juzgamiento de manera que la presente causa se cumplieron todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso sienta tramitado en legal bord al no existir ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver de fondo la controversia.

Previa las siguientes consideraciones tal como fue fijado en litigio en la etapa correspondiente, lo que pretende la parte demandante es que se declare la existencia de una relación laboral unívoca progresiva y sin solución de continuidad entre el demandado y mi poderdante entre el mes de octubre de 2001 y el mes de diciembre del año 2017 relación que correspondía a un contrato a término indefinido de allí con los defectos incluso de la pretensión se desprenden las demás condenas de la prosperidad esta primera pretensión declarativa, que desde ya carece de la claridad y la concreción que exige la norma en la medida que ni la misma parte demandante especifica cuál es el día, manifiesta para el mes de octubre del año 2001 y no dice de que día y el extremo final termina con el mismo defecto técnico al decir del mes de diciembre del año 2017, tampoco aclara el día, no obstante así en forma genérica imprecisa entrando al estudio de los medios de prueba por advertir que es a la parte demandante según el artículo 167 del código general del proceso al cual se llega por remisión directa del artículo 145 del código procedimiento del trabajo y la seguridad social a quién le corresponde demostrar los fundamentos fácticos para poderse beneficiar de la norma que pretende enervar a su favor. Es decir en otros términos, yo cuando afirmo, pruebo, demuestro los hechos para poder obtener el derecho porque no puede ser modificada la disputa porque durante el trámite del proceso ninguna de las partes acato moverse al discutir nuevos hechos, es más el mismo despacho contribuyó haciendo preguntas a los testigos, de suerte que no se planteo de otra manera el proceso como para que este juzgador se extienda a las facultades del artículo 50 del código de procedimientos de trabajo y la seguridad social.

No hay ninguna posibilidad de que cree nuevos hechos que no fueron debatidos en el proceso lo que nos lleva únicamente a los que establecieron las partes con el escrito de la demanda con la subsanación y con escrito de contestación de la demanda como ya se lo resumi, en ese orden de ideas la premisa de la misma parte demandante según la cual afirma la existencia del contrato de trabajo desde Octubre del año 2001 a Diciembre del año 2017 resulta controvertida por la misma parte y resulta controvertida por la sencilla razón de que a pesar que era la parte encargada de probar la prestación del servicio en forma personal y lineal desde Octubre del año 2001 a Diciembre del año 2017.

Confiesa los hechos contrarios a su afirmación y confiesa a través de apoderado artículo 193 del código general del proceso es una confesión a través de apoderado, empieza contando en el hecho primero que en octubre del año 2001, el Señor Santiago Márquez Merizalde ingresó a laborar para la empresa gestión orgánica GEO SAS en el cargo de gerente comercial, en tanto en el hecho número 2 ya rompe con la confusión el escrito lineal pretendido contradice a través de la confesión, lo que pretende obtener con la pretensión nos afirma en el mes de mayo del año 2012, se dio por terminado el contrato que vinculaba mi poderdante de forma directa con la empresa en referencia, esa es una confesión lo demás es una aclaración que no guarda relación con la confesión porque dice sin embargo los pagos corren frente a la liquidación del contrato, se hicieron únicamente sobre el valor del salario básico es decir sobre \$ 1'279.583 en promedio quedó rota entonces la pretensión de que se declarara un solo contrato en forma lineal a través de la confesión pero no sólo por la confesión. La confesión debe analizarse, si existen otros

medios de prueba en forma conjunta por el juzgador tal como lo establece el artículo 61 del Código de procedimiento del trabajo y la seguridad social y efectivamente la parte demandada es la que nos trae y la misma parte demandante en documental, la liquidación de ese contrato de trabajo, incluso nos precisan las fechas ese contrato corrió entre el 1 de octubre del año 2001 y el 12 de abril y el 30 de abril del año 2012, liquidación que fue confesada entre otras cosas, además no fue desconocida porque la parte demandante trae la prueba y no hace uso del artículo 269 y 270 del código general del proceso, yo aportó una prueba y si no me sirve yo la tacho de falsa inmediatamente que cuando la aporta, la norma le da la salida a todo el mundo, yo la tacho de falsa para decir que esa prueba se desconocía porque fingía algo o simulaba algo, no la aportó como medio de prueba y no refuerza la confesión de la misma parte demandante, ahí ya rompió entonces con la pretensión declarativa que pretendía la existencia de un solo contrato de trabajo y rompe adicionalmente porque la misma parte demandante pretende en forma corrida y lineal el mismo contrato de trabajo y no es cierto por eso les leo las confesiones, ingreso como gerente comercial, terminó ese contrato y ahí suscribió un nuevo contrato que fue confesado en los hechos de la demanda a través de una empresa de servicios temporales, que fue ratificado aquí posteriormente incluso con la representante de esa empresa de servicios temporales Lina María Estévez Cuervo en la hora que antecedió allí nos da fe de la existencia de ese contrato que por lo demás tiene soporte documental desde el folio 125 al folio 129 allí nos demuestran que firmó un contrato individual de trabajo temporal, el mismo demandante con Sinergia Laboral SAS pero no se puede dar continuidad porque se requería que mantuviera el mismo cargo, las mismas funciones y aquí ya habla de cargo Subgerente que nada tiene que ver con el primero que nos confeso de manera que no se puede manejar de esa forma y ese contrato de trabajo que plantea la demanda de otra manera más clara, más técnica había llegado al despacho a moverse en la dirección jurídica correcta pero el despacho no puede entrar a suplir las falencias de los apoderados porque se volvería parte. Eso lo advierto porque ese contrato viola el artículo 77 de la ley 50 de 1990 que permite que uno contrate trabajadores en misión por el término de seis meses prorrogables máximo por otro período igual sin embargo las mismas documentales nos demuestra que se fue más de un año lo que haría que el verdadero empleador fuera la demandada pero así no fue planteado de manera que ahí acabo ese contrato y le liquidaron las mismas partes desde el 1 de mayo del 2012 hasta el 30 de julio del 2013 habiendo excedido el término legal establecido por la norma, que no fue planteado de esa manera de igual forma y si así lo fuera que lo es dentro de las excepciones que propuso el apoderado de la parte demandada propuso la excepción de prescripción y sobre ese contrato, ya estaría afectado la liquidación y la ejecución del mismo por el fenómeno prescriptivo que trata el artículo 488 del código sustantivo del trabajo en concordancia con el artículo 151 del código de procedimiento de trabajo y seguridad social, es decir los derechos emanados de ese contrato de trabajo tienen un término de prescripción de tres años contados a partir a la fecha de su causación y se causaron entonces en julio del año 2013 en tanto que la demanda fue presentada el 25 de julio del año 2018 cuando ya había corrido el periodo trienal.

La confesión de la misma parte demandante nos indica que se firmó un nuevo contrato pero ya de tipo comercial al revisar fue la misma parte actora que nos trajo el contrato y lo reiteró la parte demandada también, contrato que tampoco fue desconocido ni tachado de falso en los términos del artículo 269 del código general del proceso, no se opuso ninguna de las partes por el contrario cada uno lo aportó, obviamente este despacho difiere totalmente del mal uso técnico que hacen los apoderados de las partes cuando le dan el nombre de contrato de corretaje se aleja totalmente del código comercial con esa nominación. Las partes lo que suscribieron y celebraron fue un acuerdo comercial para la comercialización de los servicios de transporte, disposición final, aprovechamiento y valoración de residuos orgánicos ofrecidos por GEO el cual se registró por las siguientes cláusulas, jamás se puede conseguir con un contrato de corretaje es totalmente diferente siendo de tipo comercial estando allí establecido las partes pactaron en la cláusula novena la forma de pago, claramente dijeron las comisiones del gestor se liquidaran de acuerdo a lo facturado por cada cliente durante cada mes y serán pagadas una vez el cliente haya cancelado el valor de la factura o cuenta de cobro correspondiente por parte del gestor, un contrato de gestión que es diferente y se le quedará conforme a lo siguiente citado pero para mostrar que no se puede entrar a confundir con un contrato de trabajo y que el demandante gozaba de autonomía, recuerde que fue firmado el 8 de octubre del año 2013 e independencia nótese que las mismas partes pactaron dentro de esa autonomía independencia asumida, los costos el gestor en la cláusula decima expensas GEO no asume ninguna despesa en que incurra el gestor en desarrollo del presente acuerdo por lo anterior se entendió que el gestor asumirá por su cuenta los gastos que demanden sus actividades y funcionamiento tales como arrendamientos, servicios públicos la compra y mantenimiento de sus muebles y enseres así como los útiles y

equipos de oficina, los costos por atención a los clientes y los impuestos a que haya lugar eso demuestra la independencia, la autonomía del gestor y le da lugar a la cláusula décima primera de la no exclusividad se entiende quedado el objeto social y dedicación profesional de una y otra, cada una de las partes ejerce comercio de manera independiente y autónoma por ende el presente acuerdo no implica pacto de preferencia o exclusividad para ninguna de las partes, quiero decir que paulatinamente, paralelamente al mismo tiempo como cualquiera de los términos que les vuelve más fácil de entender el demandante podía vender para otras empresas, incluso el mismo producto. Tesis que encuentra respaldo, no sólo en el contrato si no la testimonial que rindió Dayana Marisol Cazallas Bernal quien cumplió esas mismas actividades a través de contrato comercial para la misma demandada en ese orden de ideas debía demostrar la parte actora, si lo que pretendía era otra cosa verbigracia plantear la demanda de otra manera la existencia de un contrato de trabajo realidad con base en el artículo 53 de la constitución política sobre la formalidad de los objetos contratantes y descender al artículo 24 del código sustantivo del trabajo para buscar la presunción legal pero para ello debió demostrar la prestación personal del servicio durante todo ese tiempo, sin embargo uno revisa las pruebas y la parte demandante se cargó y en mi concepto se descargó más bien de los medios de prueba idóneos y consuetudinarios los que a diario conoce este juzgador como se demuestra una prestación personal de un servicio, con la prueba testimonial y resulta que en la audiencia desistió de la prueba de dos testigos de suerte que para haber buscado la primacía de la realidad sobre la formalidad de los sujetos contratantes debió permanecer con la prueba testigua porque la prueba documental, solo habla de momentos, de tiempos pero no de los extremos que allí se organizan, lo que entra a confirmar la tesis son todas las documentales que trajo la misma parte demandante mediante las cuales se prueba el mecanismo pactado entre las partes como forma de pago, la cuenta de cobro y así nos trajo al expediente todas las cuentas de cobro que presentó el demandante a la demandada desde el folio 26 hasta el folio 54 y cuando afirmó que solo habla de temporadas, momentos, espacios y no de toda la relación laboral, es porque cubren el periodo de Diciembre del 2015 a Abril del 2016 de ahí en adelante no existe ningún otro medio de prueba.

Este estudio realizado por el despacho mediante el cual concluye que la parte actora no cumplió con su obligación probatoria de demostrar los extremos de la relación laboral en forma lineal como los afirma en la pretensión no pueden ser desvirtuados con la certificación de folio 23, en primer lugar y así lo deje a propósito a que se deleiten, después de haber explicado, cómo se prueba porque quién certifica la señora Marlene Hoyos Prada sirvió de testigo ante este estrado y bajo la gravedad del juramento manifestó que ella nunca había sido trabajadora de Gestión Orgánica SAS ESP, sí nunca fue trabajadora mal haría en certificar un tiempo de servicio que tampoco cubre lo pretendido en el escrito de la demanda sino que supuestamente actuaba como gerente administrativa cuando ella afirma que no fue trabajadora de esa empresa para corroborar, su dicho fue el mismo despacho quién encontró buscando todas las documentales haber de dónde surgió esa certificación que ahora la productora nos dice que lo hizo como un favor para el demandante, la única relación que aparece de esta testigo con la demandada en la certificación expedida por la cámara de comercio de Bogotá en la cual aparece inscrita el 18 de mayo del año 2018 fuera de los extremos pretendidos y nos indica que Marlene Hoyos Prada actúa como segundo suplente de la junta directiva quedando desvirtuado totalmente esa certificación pero en el hipotético caso que uno le fuese a dar valor en ella jamás afirma que el demandante estaba vinculado por un contrato de trabajo dice mediante contrato de prestación de servicios, habría que desvirtuar también que no era un contrato de prestación de servicios, sino un contrato de trabajo realidad por los mismos mecanismos que ya explique la parte demandante tenía la carga de la prueba de demostrar que siempre hubo una prestación personal del servicio.

Finalmente y para reforzar la decisión del despacho y cubrir todos los extremos tenemos qué la junta directiva nombró al demandante el 28 de abril del 2015 según acta número 24 y lo nombró como representante legal, la representación legal de una empresa, no conlleva la existencia de un contrato de trabajo tenía que haber demostrado que a partir de esa fecha presto personalmente servicios y cuáles servicios y hasta cuándo y que fueron remunerados y resulta que los únicos pagos que aparecen son las cuentas de cobro que presentaba el demandante pero dando lugar al contrato comercial que habían pactado desde octubre del año 2003 manera que la carga de la prueba también estaba en cabeza de la parte demandante en ese orden de ideas y ante la omisión probatoria de la parte demandante agrega absolverse a la demandada que todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante** señalando:

En primer lugar el juzgado, como sustento su fallo indica que en la demanda existe un tema de una confesión demostrando que existió ruptura de los vínculos contractuales cuando eso no es cierto en la medida que lo que hizo en su momento la parte demandante fue demostrar lo que en la realidad existía es decir a través de fijar esas falsas formas en las cuales había sido contratado el Señor Santiago Márquez, no por ello se puede deducir que existió una confusión en la cual el Señor Santiago Márquez aceptara que esa fue la forma en la cual se desarrolló la relación laboral, lo anterior en lo entendido que el juzgado omite tener pruebas de lo hasta aquí dicho. En primer lugar la prestación personal se estableció en primero que fue contratado de forma directa por GEO y que nunca existió una solución de continuidad entre el contrato firmado por gestión orgánica y posteriormente por la empresa de servicios temporales nunca hubo un tema de una ruptura de solución de continuidad entre uno u otro contrato así como lo establece el juzgado en su momento la forma como fue contratado el señor Santiago Márquez a través de una empresa de servicios temporales y rompió las legalidades que establece la ley 50 de 1990 en el entendido que fue contratado para ejercer una función permanente, aun a pesar que se le dio el cargo de subgerente el señor continuaba ejerciendo las mismas funciones que desarrollo para gestión orgánica GEO, aunado a ello también se puede demostrar que él seguía prestando esos servicios comerciales a través de los cuales no era por un contrato comercial sino realmente se hacía como un contrato laboral a través de comisiones pactadas abonado lo anterior en el contrato de corretaje tal y como lo señaló el despacho inicio el 8 de Octubre del 2013 pero existen cuentas de cobro anteriores en las que a la par de la empresa de servicios temporales la empresa gestión orgánica seguía cancelando una remuneración por los servicios prestados del señor Santiago Márquez estas formalidades no pueden pretender que se desconozca la existencia de una relación laboral, aunado a lo anterior el juzgado pretende que la única prueba idónea para demostrar una relación laboral sea la prueba testimonial pero admite hacer un análisis del testimonio prestado por el señor Mauricio Pinzón, este señor es muy enfático en resaltar los siguientes puntos que el juzgado omitió tener en cuenta, lo primero es que mientras el señor Mauricio Pinzón era gerente a la par como continuaba ejerciendo sus funciones de subgerente hasta el año 2015, el señor Santiago Márquez en conjunto con el señor Mauricio Pinzón eran los encargados de revisar las cuentas por cobrar, las cuentas de pago, revisar el tema de los impuestos encargados para la empresa gestión orgánica tal y como se desprende de los correos electrónicos que fueron allegados al proceso y que le juzgado no hizo ningún tipo de pronunciamiento frente a ellos, en ese sentido también si se analizan los correos electrónicos que se allegaron en su momento, se puede demostrar que el señor Santiago Márquez tenía también funciones adicionales que ni siquiera estaban consagradas en el erróneo contrato de corretaje que se allego al proceso porque eran mas allá de las funciones que tenía que hacer como gestor, esto era encargarse del manejo de anticipo de impuestos, revisión de cuentas por cobrar y las cuentas por pagar, temas de flujo de caja, respuestas a entidades administrativas como el Sena o la Car y responsabilidades de clientes atrasados, esto de los mismos testimonios que también allego la parte demandada como en el caso donde se establece también la misma señora Marlene Hoyos da fe de que existen esas relaciones el señor Mauricio Pinzón que también todos los días se realizaban funciones estratégicas que no tenía nada que ver con el tema comercial, es por ello que el tribunal debe analizar también la posibilidad de una concurrencia de contratos, en ese sentido es importante resaltar la sentencia SL 2265 del 2008 de Junio 20 del 2018 en la cual establece en virtud a lo establecido en el artículo 25 del código sustantivo del trabajo es posible que el contrato de trabajo concorra con rasgos de distinta naturaleza sin que por ello pierda su condición sustancial laboral ni las garantías que le son propias, en ese sentido en la persona del demandante podría concurrir válidamente la condición en este caso en tema de gestor y la de trabajador gerente derivado de un contrato de trabajo sin que las dos relaciones jurídicas subyacentes perdieran la naturaleza legal estatutaria que le son propias del simple hecho de materializarse.

Es claro que a partir desde el año 2012 el señor ejercía funciones de gerente y subgerente, adicionales al tema económico que realizaba, posteriormente tal y como folio 15 el señor fue nombrado como gerente de la compañía, no solo como representante legal también si se analiza el mismo certificado de existencia representación en el contenido de las funciones adicionales que él tenía que ejercer como gerente y como representante legal,

es por ello que se demuestra en los correos electrónicos el tenía funciones adicionales a las cuales estaban encomendadas en el denominado contrato de corretaje, esto fue respaldado por el señor Mauricio Pinzón que en el año 2015 dejó de ser gerente y también en su testimonio reconoció que lo hizo fue empalmar su función y su cargo al señor Santiago Márquez, es por ello que existen funciones adicionales que quedaron probadas y acreditadas a lo largo del proceso y en el cual se debe aplicar la presunción del artículo 24 del código sustantivo del trabajo porque se demostró que el señor Santiago Márquez ejercía una prestación personal del servicio y es por ello que la presunción de un contrato de trabajo debe prevalecer. Aunado a lo anterior también debe ser ratificada la certificación expuesta por la señora Marlene Hoyos en el entendido que ella da fe del salario de \$ 14'500.000 y que precipitaba el señor Santiago Márquez desde el año 2001, según las reglas de la experiencia no puede concebirse que se haya hecho por un favor personal cuando la misma señora Marlene Hoyos acepta que no tenía ningún tipo de cercanía al señor Santiago de tal forma que se presumiera que fuera un favor hecho para la parte, tampoco puede preservarse así como lo estableció la misma Marlene Hoyos y en el mismo testimonio de la señora Dayana dan fe que Marlene es socia de la empresa gestión orgánica GEO y por tanto ella tenía la capacidad para expedir este tipo de certificaciones en los cuales se demostraba la prestación personal del servicio es en ese sentido que la carga de la prueba se invirtió y quedo en cabeza de la empresa gestión orgánica GEO, quien debía desvirtuar que no era una prestación de servicio.

Finalmente quiero exponer que el señor Mauricio Pinzón indico que aunque el señor Santiago Márquez no tenía un horario establecido, si tenía que estar en plena disponibilidad es por ello que tiene que tenerse en cuenta la jurisprudencia de vieja data en la cual se dice que el grado de subordinación varía según la naturaleza de la labor que desempeñe el trabajador y es por ello que esas labores técnicas o científicas tales como lo que ejercía en ese momento el señor Santiago Márquez un tema de gerente es casi imperceptible, lo mismo no se puede decir y por ello no se puede predicar un mismo grado de subordinación que un trabajo operativo en estos cargos de trabajo calificado, es por eso que lo que el juzgado debió haber hecho fue un análisis de la subordinación no entablada como el tema de simples formalidades de las cuales se realizó el pago o a través de los contratos que se habían suscritos de lo que sucedía en la realidad, ese tema analizar la subordinación desde las diversas teorías, empezando que el señor tenía que hacer su prestación personal de forma directa, él no podía hacer por intermedio de otra persona, el no corría con los riesgos económicos de las operaciones que realizaba y también téngase en cuenta que en los correos electrónicos se demuestra que el señor Jorge Echeverría quien era en su momento el representante legal de gestión orgánica, así como en su momento las cuentas directivas enviaban órdenes al señor Santiago a través de las cuales él tenía que acudir a reuniones, revisar temas de estado financiero de ello al instante sin que el señor Santiago pudiera desligarse de esas funciones a las que él está encaminado por eso al demostrarse que exudo una prestación personal no solo debe acreditarse la presunción del artículo 24 sino también debe aplicarse la presunción de un contrato realidad del artículo 53 de la constitución política y es por eso que el fallo no puede analizarse solo a través de las formalidades de los contratos si no que tiene que haber revisado sobre lo que realmente ocurrió durante el desarrollo y la ejecución de las funciones realizadas por el señor Santiago.

CONSIDERACIONES

En el presente, quedó demostrado que el actor se vinculó laboralmente a favor de la demandada Gestión Orgánica S.A.S., desde el 1 de octubre de 2001 al 30 de abril de 2012, circunstancia que se corrobora con documental visible a folio 59 del plenario, contentiva de liquidación de prestaciones sociales pagadas al actor una vez terminada la relación laboral; ahora bien, como primer punto señala el recurrente, argumento que reitera en sus alegaciones, que la vinculación posterior con la sociedad Sinergia Laboral S.A.S., se dio a través de un uso ilegal de la figura de contratación a través de empresas de servicios temporales como lo advirtiera el Juez de primer

grado y por ello, la relación laboral con la demandada subsistió mientras se encontraba vinculado con la EST Sinergia Laboral S.A.S.

A este respecto se observa que si bien el actor, no solicita en su escrito de demanda la declaratoria de una contratación indebida por parte de la demandada, cuando lo vinculó a través de la EST en mención; lo cierto es que contrario a lo manifestado en la decisión de primer grado, solicitó la declaración de una **única** relación laboral con la demandada Gestión Orgánica Geo S.A.S., entre el 1 de octubre de 2001 a diciembre de 2017; de lo cual se deduce claramente que invocó como verdadero empleador a la demandada aun cuando hubiera estado vinculada con Sinergia Laboral S.A.S., entre el 1 de mayo de 2012 al 30 de julio de 2013, contratación que claramente desbordó las previsiones de la Ley 50 de 1990, pues en efecto el actor prestó sus servicios para la demandada Gestión Orgánica S.A.S., mientras estuvo vinculado con la EST en mención, lo que se deduce de los contratos suscritos con esta última visibles a folios 125 y 126 del plenario, aunado a que las liquidaciones de contrato de trabajo expedidas por Sinergia Laboral S.A.S., visibles a folios 127 y 128, dan cuenta de que dicha vinculación con esa EST, inició el 1 de mayo de 2012 y se extendió hasta el 30 de julio de 2013, esto es, por más de 1 año, límite que excede el tiempo permitido de contratación de trabajadores a través de EST, conforme lo previsto en la precitada Ley 50 de 1990.

Así las cosas, en este punto, le asiste razón a la parte demandante por cuanto como es bien sabido, en casos como el que nos ocupa, La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018, reiteró que la contratación a través de sociedades temporales que desborde las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, impone la declaratoria de la relación laboral a cargo de la Empresa para la cual el trabajador prestó sus servicios, así se pronunció en dicha oportunidad esa alta Corporación:

*“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. **Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral***

para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal **para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria¹**».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no **pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.** (negrilla fuera del texto original).

Conforme lo anterior, en el presente se observa que contrario a lo señalado por el juez de primer grado, el demandante sí solicitó se declarara como su único empleador a la sociedad demandada, incluyendo los extremos temporales de la vinculación con Sinergia Laboral S.A.S., por lo que contrario a lo afirmado por la demandada en sus alegaciones en el presente quedó probado que la intermediación de la sociedad Sinergia Laboral S.A.S,

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

contravía lo dispuesto en la Ley, por lo que quien pasa a ser el verdadero empleador, es la empresa usuaria, en este caso, la demandada Gestión Orgánica S.A.S., hasta la fecha en que terminó la vinculación con la EST, esto es, 30 de julio de 2013, habiendo lugar a declarar una única relación laboral con la demandada, entre el 1 de octubre de 2001 al 30 de julio de 2013.

Ahora, en cuanto a la vinculación del actor con posterioridad a dicha data, obra a folio 73, contrato de gestión, a través del cual, la demandada celebra un ACUERDO COMERCIAL con el actor, encargándole a este la comercialización de los servicios de transporte, disposición final, aprovechamiento y/o valoración de residuos orgánicos ofrecidos por la demandada, el que se pactó por una vigencia de 2 años a partir del 8 de octubre de 2013, contrato que aceptó haber suscrito el actor en diligencia de interrogatorio de parte; conforme lo anterior, desde el 8 de octubre de 2013, se encuentra acredita la prestación del servicio del actor a favor de la demandada, activándose así la presunción de que trata el artículo 24 CST; no obstante, la sociedad demandada, durante el trámite procesal, demostró que dicha actividad, la realizó el actor de manera **independiente**, al efecto, el mismo demandante, indicó al rendir interrogatorio, que su remuneración era a través de cuentas de cobro, las que allegó visibles a folios 26 a 54 del plenario; el testigo Mauricio Pinzón, traído por el mismo demandante indicó en su testimonial que el actor, no estaba sometido a subordinación u horario alguno, si bien el actor indicó que para la ejecución de las funciones de dicho contrato, seguía instrucciones de la empresa, lo cierto es que ello ni implica subordinación alguna, pues es menester de la sociedad contratante, dar indicaciones para la correcta ejecución del objeto contratado, asimismo, las testimoniales vertidas por Dayana Acevedo y Angélica Martínez, testigos traídas por la sociedad demandada, al unísono afirman al igual que la testimonial vertida por el señor Mauricio, que el demandante, no estaba sometido a horario alguno y realizaba su labor de manera independiente, debía encargarse de efectuar sus pagos al sistema de seguridad social y no lo hacía.

Así las cosas en el presente, la presunción de que trata el artículo 24 CST, se logra desvirtuar, con las testimoniales traídas al proceso por **ambas** partes, las que se itera, dan cuenta que el actor prestó sus servicios de

manera independiente en cumplimiento del contrato de gestión que suscribiera el 8 de octubre de 2013 y si bien como lo señala el actor y las testimonial vertida por el señor Mauricio, en vigencia de dicho contrato de gestión, el actor ejecutó labores que no le fueron encomendadas en este, se demostró que las realizó de forma independiente, pues la testimonial a que se alude también señala que conforme a la gestión encomendada al actor, debía hacer un sinnúmero de labores conexas, para la correcta ejecución del objeto contratado, verificándose de igual forma que el actor, conocía la modalidad bajo la cual estaba contratado y la que generaba pago de honorarios y no salarios, ello se deduce a través de documental visible a folio 55 del plenario, en la que manifiesta no continuar en el ejercicio de su cargo, por retraso en el pago de sus honorarios.

En cuanto a la certificación que señala el recurrente, fue expedida por la demandada, en la que se señala que el demandante prestó sus servicios para esta entre el 2001 y hasta el 2016, que fuera suscrita por la señora Marleny Hoyos, visible a folio 23, no resulta necesario determinar si la señora Marleny, era o no empleada de la demandada, pues las testimoniales vertidas indican que ella no laboraba para esta y por ende no tenía la facultad de expedir este tipo de certificaciones; lo anterior en razón a que dicha certificación no da cuenta de vínculo de naturaleza laboral, alguno, pues claramente señala que el actor estuvo vinculado a través de un contrato de prestación de servicios, verificándose que su contenido no se ajusta a la realidad, pues se probó que el actor sí sostuvo vínculo laboral con la demandada entre el año 2001 y hasta junio de 2013.

Conforme lo señalado en precedencia, dado que no que configuró en el presente la presunción de que trata el artículo 24 CST, en cuanto a la prestación de servicios del actor a favor de la demandada a partir de octubre de 2013, no hay lugar a emitir condena alguna a cargo de la demandada; ahora bien, siendo que se probó que el actor estuvo vinculado laboralmente a favor de la demandada entre el 1 de octubre de 2001 al 30 de junio de 2013, habría lugar a estudiar la procedencia de los reajustes salariales y prestacionales solicitados, no obstante, como lo advirtió el juzgador de instancia, los mismos se encuentran afectados por el fenómeno prescriptivo, ya que no obra en el plenario prueba de que el actor haya reclamado el pago de tales diferencias ante la demandada para efectos de interrumpir la

prescripción y como quiera que presentó la demandada objeto de pronunciamiento el 25 de julio de 2018 (fl. 1), las posibles acreencias derivadas del vínculo laboral en mención, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, así las cosas, si bien como se indicó al estudiar la existencia de la relación laboral con la demandada cuando el actor estuvo vinculado con una EST, hay lugar a declarar la relación laboral por los extremos temporales señalados, se mantiene la decisión de primer grado en cuanto **absolvió** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de una única relación laboral que tuvo lugar entre el demandante SANTIAGO MÁRQUEZ y la demandada GESTIÓN ORGÁNICA S.A.S, entre el 1 de octubre de 2001 al 30 de julio de 2013, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 04-2018-212-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GUSTAVO ENRIQUE CARREÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de julio de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO CARREÑO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que Porvenir y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Colfondos S.A., incumplieron gravemente su obligación de suministrar información veraz, completa y coherente al momento de la suscripción de formulario de afiliación, mediante el cual, cambió de régimen pensional, se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por el incumplimiento en el deber de información por parte de las administradoras en mención, que se declare que es beneficiario de pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se ordene a Colfondos S.A. a registrar en su sistema que su traslado a esa administradora, se encuentra viciado de nulidad, a transferir la totalidad del dinero depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos, se ordene a Colpensiones, realizar la activación de su afiliación y reconocerle pensión de vejez, por cuanto cumple con los requisitos de semanas y edad para ello, junto con retroactivo desde la fecha en que solicitó el retiro del sistema pensional, se condene a las administradoras del RAIS en mención al pago de perjuicios causados por la omisión de entregar información al momento de su afiliación. (fls. 18 y 19).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 6 de marzo de 1955, por lo que cuenta con 63 años de edad, que inició su vida laboral el 27 de febrero de 1985, realizando aportes al ISS, a través del empleador Holguín y Cía, servicios temporales, que para el mes de diciembre de 1995, había cotizado al ISS un total de 492.71 semanas y bajo inducción en error, se afilió el 1 de diciembre de ese año a Porvenir S.A. decisión que surtió efectos a partir del 1 de enero de 1996; afirma que bajo engaños y debido a la falta de información, firmó formulario en el cual se señala que aceptaba el cambio de régimen pensional, que al momento de dicho traslado, suministró al asesor de Porvenir S.A., su edad, fecha de nacimiento, afiliación al ISS, densidad de semanas acumuladas en este y su actividad laboral, que la AFP Porvenir S.A., logró su afiliación bajo el pretexto de que el ISS, se iba a acabar y cotizando al RAIS, podía pensionarse de manera anticipada.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Señala que Porvenir S.A., no lo asesoró sobre las consecuencias negativas de su traslado, las implicaciones del cambio de régimen, no lo ilustró respecto de cuáles serían sus escenarios pensionales, no le informó la edad probable a la que se podía pensionar ni el monto de la mesada pensional que le correspondería en el RAIS, no le informó sobre la posibilidad de retracto en la afiliación, como tampoco sobre la limitación de traslado que introdujo la Ley 797 de 2003, ni el periodo de gracia previsto en esta norma para regresar al RPM; indica que el 21 de diciembre de 2001, efectuó traslado de Porvenir a Colfondos S.A., data para la cual contaba con 46 años de edad y en el momento de diligenciamiento y suscripción de formulario de afiliación a esta última administradora, suministró toda su información relevante en materia pensional, no obstante, esta administradora tampoco lo asesoró de cuál sería el escenario pensional más conveniente, no se le presentó proyección aproximada de pensión, no se le indicó sobre la posibilidad de retornar al RPM hasta que cumpliera los 52 años de edad.

Afirma que arribó a la edad de 62 años en el 2017 y radicó derecho de petición ante su empleador de entonces, Ludesa Colombia S.A., solicitando la suspensión de aportes al sistema pensional por reunir los requisitos para pensionarse, petición que fue negada aduciendo que Colfondos S.A., no permitía dejar de realizar aportes, por la naturaleza obligatoria de las cotizaciones y elevó petición ante Colfondos y Porvenir solicitando la nulidad de su traslado, la que fue negada por dichas administradoras, que Colfondos le suministró el 22 de agosto de 2017, cálculo de la pensión que recibiría a los 62 años, la que ascendía para el 2017 a \$1.420.000, cuando su ingreso base mensual asciende a \$3.000.000, mesada a reconocer que resulta ínfima, atendiendo a las semanas por él cotizadas y el ingreso reportado.

Indica por último que al momento en que recibió la proyección pensional, pudo evidenciar el engaño de que fue víctima por parte de Porvenir S.A., por lo que el 27 de noviembre de 2017, solicitó ante Colpensiones anular su afiliaciones en el RAIS y reconocerle pensión de vejez, entidad que respondió negativamente a su petición, que lleva cotizando al sistema pensional por más



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de 30 años sobre bases salariales en los últimos 10 años que oscilan entre 3 y 3.5 millones de pesos. (fls. 6 a 16).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 22, 26, 31 y 42, negó los No. 19, 23 a 25, 34 a 38, 44, 46 y 47 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de traslado, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación de reconocer mesada pensional a partir de los 62 años e inexistencia de perjuicios. (fl. 218).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 21, 27 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del formulario de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el RPM, buena fe, prescripción y compensación. (fl. 259).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 6, 21 y 27, negó los No. 5, 7 a 18, 20, 30, 32, 33 y 39 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, validez del traslado al RAIS efectuado por el demandante, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y compensación. (fl. 283).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Dño.: COLPENSIONES Y OTROS

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad de la afiliación que hiciera el demandante al RAIS por intermedio de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para tenerlo como válidamente afiliado a Colpensiones, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos y a esta última a aceptar el traslado del señor Gustavo Enrique Carreño al RPM, condenó a Colpensiones, a reconocer al demandante la pensión de vejez conforme a los parámetros de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, con disfrute efectivo de la misma a partir de la fecha de desafiliación del sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda según el art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, según le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año y debidamente indexada y condenó en costas a Porvenir S.A.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Para resolver lo anterior es preciso rememorar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como en sentencia radicado No. SL17595 de 2017, 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 mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible pues se debía diferenciar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Ahora bien, como quiera que desde la demanda la actora indicó que no se le había otorgado la información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. como por ejemplo en sentencia No. 68852 de abril de 2019 en donde señaló: “Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca... Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como pruebas documentales relevantes al caso se aportaron:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Dño.: COLPENSIONES Y OTROS

- Formulario de afiliación a Colfondos S.A. el 21 de diciembre de 2001 (fl.86)
- Certificación expedida por Porvenir en donde consta que el actor se afilió desde el 1 de enero de 1996 hasta el 31 de enero de 2002 cuando se trasladó a Colfondos (fl.100)
- Formulario de afiliación en Porvenir el 1 de diciembre de 1995 (fl.101)
- Historial de vinculaciones del demandante (fl.232)
- Reporte de semanas en COLPENSIONES desde el 27 de febrero de 1985 (250)
- Certificación de Asofondos en donde se observan las vinculaciones que ha efectuado el demandante (fl.306)

Rindieron interrogatorio los representantes legales tanto de Porvenir como de Colfondos, quienes coincidieron en señalar que soporte documental respecto de la información otorgada al accionante para el momento de la afiliación no tenía ninguno de los Fondos, a excepción del formulario de afiliación suscrito por el accionante, señalaron además que para el momento en que el señor Gustavo Carreño se afilió a cada Fondo, no existía la obligación legal de dejar constancia escrita o de elevar a algún documento la información brindada al afiliado.

Por su parte, el demandante en el interrogatorio manifestó que se había trasladado a Porvenir debido a un “run run” como él mismo lo denominó, respecto que se iban a acabar los seguros, que se trasladó a Porvenir en donde un asesor realizó una charla grupal con el actor y los compañeros de trabajo de ese entonces y que les habían comentado algo relacionado con los rendimientos. Agregó además que se había traslado de Porvenir a Colfondos por cuanto una asesora de ese último Fondo y quien era conocida de una de sus compañeras, le manifestó que debía cumplir una cuota de afiliados y que como él vio que era un mismo Fondo Privado no vio ningún inconveniente en cambiarse de Fondo.

Pues bien, de dichas pruebas no se puede colegir que la AFP PORVENIR hubiera desplegado alguna actuación con el fin de demostrar que en el año 1995, fecha de traslado del señor Gustavo Carreño a dicha Administradora, le hubiere suministrado algún tipo de información adicional a la que reposa en el formulario de afiliación obrante a folio 101 del expediente y que no contiene mayores datos que los de la identificación y datos personales de la parte actora pero no contiene mayores datos relevantes de la situación pensional de la demandante.

No desconoce el Juzgado como lo señaló la apoderada de Porvenir en los alegatos de conclusión, que ciertas de las motivaciones que señaló el actor en la demanda para trasladarse de Fondo no hubieren sido manifestadas en el interrogatorio absuelto por el accionante, sin embargo reitera el Juzgado, que en estos caso no era el actor quien debía demostrar que fue engañado o que no se le dio determinada información, al contrario, como en reiteradas oportunidades lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es en el Fondo Privado sobre quien recae la obligación de probar que efectivamente el momento del traslado otorgó la información necesaria para llevar a cabo dicho trámite y al respecto ninguna prueba se aportó para ello.

Recuérdese que el deber de suministrar la información necesaria y transparente que acarrea el cambio de régimen surgió desde la misma creación de los Fondos Privados conforme al Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicables a las AFP, así lo expuso claramente la Corte Suprema de Justicia el 3 de abril de la presente anualidad en la sentencia ya citada 68852 en donde expuso: “Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

La misma Corporación señaló que la información necesaria a la que aludía el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hacía referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implicaba un parangón entre las características, ventajas y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Dño.: COLPENSIONES Y OTROS

desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Frente al argumento de si el actor era beneficiario o no del régimen de transición, o si tenía una expectativa pensional, tal asunto quedó explicado en la misma providencia a que el Juzgado ha hecho referencia así: “Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información... Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.”

Por todo lo anterior, hay lugar a declarar la nulidad de tal afiliación y por tanto, declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Para el efecto la AFP COLFONDOS deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado atendiendo además lo dispuesto en las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia radicados SL17595 de 2017.

Se da la orden a COLFONDOS pues es la entidad que en este momento posee los aportes del demandante.

Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES que una vez se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

Ahora bien, las accionadas presentaron la excepción de prescripción y al respecto se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible. Someter su reclamación a un período determinado afectaría gravemente los derechos fundamentales del trabajador y es por ello que en consecuencia el derecho del afiliado a solicitar la nulidad de la afiliación no prescribe.

Reconocimiento pensional

Para verificar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez, sea lo primero aclarar que el señor Gustavo Carreño no invocó que fuera beneficiario del régimen de transición, tampoco solicitó el reconocimiento de la pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; si se revisa la demanda en su integridad se observa que hace énfasis la parte actora en el cumplimiento de los 62 años de edad, requisito contemplado por la Ley 797 de 2003 y es por ello que la prestación se analizará a la luz de dicha normatividad.

Aunque si en gracia de discusión el Juzgado no hubiere hecho una correcta interpretación de la demanda y lo que buscara el accionante es pensionarse por estar amparado con el régimen de transición, ha de decirse que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el señor Carreño no contaba con 40 años de edad pues nació el 6 de marzo de 1995 conforme da cuenta la documental de folio 59 y tampoco con quince años de servicios una vez verificado el reporte de semanas obrante a folios 248 a 250.

Ahora bien, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 dispone que el afiliado deberá reunir 60 años si es hombre, a partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará en 62 años para el hombre y haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Dño.: COLPENSIONES Y OTROS

Como se indicó, el actor nació el 6 de marzo de 1955 cumpliendo entonces los 62 años el mismo día y mes del año 2017 y en cuanto a las 1300 semanas requeridas en la actualidad, conforme a las documentales de folios 82 a 84, 237 a 242, 248 a 251 y 307 a 310, se tiene que el accionante tiene más de 1500 semanas cotizadas, cumpliendo así con los requisitos exigidos por la norma señalada para pensionarse por vejez.

Este despacho condenará a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" a reconocer al demandante la pensión de vejez, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, la que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, suma que deberá cancelarse debidamente indexada. La anterior aclaración se efectúa debido a que conforme a la documental obrante a folio 238 del expediente el demandante aún se encuentra afiliado al Sistema.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó que la jurisprudencia es un criterio auxiliar y para que se funde una decisión en esta, debe constituir doctrina probable, esto es, que se hayan proferido tres pronunciamientos en el mismo sentido, en este sentido, la Corte hace alusión a consecuencias mayúsculas que derivan de la falta de información, se trata de condiciones específicas que ostentan los demandantes o afiliados y para el caso del actor, este no ostentaba ninguna calidad específica sobre la cual podría decirse que su traslado traía una incidencia pensional pues para la fecha de traslado 1995, el actor hasta ahora estaba construyendo su derecho pensional; de igual forma cualquier expectativa que se hubiera hecho en el RAIS, podía haber hecho uso de aportes voluntarios para alcanzar la mesada que deseaba el actor.

Indicó que al actor, se le había brindado asesoría al momento de su traslado, no quedando demostrada la omisión en la información y calificar la asesoría era un aspecto subjetivo, no quedó demostrado que dicha asesoría fuera insuficiente y no habría lugar a la aplicación de la línea jurisprudencial citada por la Juez, pues señala que la información se debe dar en todas las etapas del proceso de afiliación, en la etapa contractual el demandante, vuelve a recibir una asesoría por parte de Colfondos y se le allegó por parte de Porvenir su historia laboral, lo que refleja que se le documentó respecto de su situación pensional en todas las etapas del proceso.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor GUSTAVO CARREÑO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Porvenir S.A., el 1 de diciembre de 1995, el que reposa a folio 101 del expediente, así como los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

que efectuara con posterioridad dentro del RAIS.

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

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

Es así como en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; no siendo de resorte de este como lo señala Porvenir en su recurso y alegaciones probar un supuesto negativo como que la demandada incumplió con su deber de información, contrario sensu, 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**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Gustavo Carreño, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó en primer momento el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable y contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir, dicho deber de información, no se suple con la afiliación del actor a Colfondos en el año 2001, pues esta administradora tampoco demostró durante el trámite procesal haber dado cumplimiento cabalmente al deber de información.

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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)

Tampoco es de recibo el argumento de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, esbozado en sus alegaciones, según el cual, al momento en que se trasladó el actor al RAIS, era prematuro señalarle ventajas o desventajas de su traslado y no había disposición legal que lo impusiera; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

administradoras están obligadas a brindar dicha información, 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.

Tampoco resulta de recibo el argumento de Colpensiones en sus alegaciones que coincide con uno de los esbozados en el recurso interpuesto por Porvenir S.A., según el cual, el actor, debía contar con una calidad espacial, para que se considerara que con el traslado de régimen, se afectara su derecho pensional, siendo que el deber de información bajo estudio, se predica **de todos los afiliados**, con independencia del cumplimiento de requisito alguno; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

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

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, las Administradoras de Pensiones demandadas, PORVENIR y COLFONDOS S.A., a las que se trasladó el actor, no demostraron cómo le correspondía que 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 a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone mantener la decisión proferida en lo que al traslado respecta, debiéndose **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, siendo esta la figura aplicable al caso bajo estudio como lo ha indicado la Sala Laboral



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Pensión de vejez

Es así como resultando acertada la decisión en cuanto a la ineficacia del traslado, procede referirse en grado de **consulta** a favor de la demandada Colpensiones en cuanto a la pretensión de pensión de vejez, procede estudiar dicha pretensión a la luz de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, al no haberse invocado régimen de transición:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.*

Sobre el particular, se encuentra acreditado que el señor Gustavo Carreño, cumple la exigencia legal relacionada con la edad requerida, en tanto alcanzó los 62 años el 6 de marzo de 2017, como se verifica de documental contentiva de copia de documento de identificación obrante a folio 59 del expediente; ocurre lo propio con la exigencia de semanas de cotización, dado que conforme historia laboral expedida por Colfondos, que contiene las semanas cotizadas para bono pensional, es decir para el ISS (fl. 82), el demandante acredita haber cotizado un total de **1520,29** semanas efectuadas hasta el 2016, asistiéndole así el derecho a que le sea reconocida



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la prestación pensional que solicita, en los términos señalados por el Juzgado de instancia, esto es, a partir de la fecha en que acredite su retiro del sistema pensional, pues si bien la última cotización data del año 2016, el mismo demandante señala en escrito de demanda, que su empleador siguió cotizando para los riesgos de IVM circunstancia que impide cuantificar el valor de la mesada pensional y por ende la fecha de disfrute de la misma, debiéndose liquidar conforme se señaló en primera instancia; así las cosas, se impone **confirmar** la decisión proferida en su totalidad.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida para en su lugar declarar la **ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

**(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones
inicie acción judicial)**



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

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



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 04201800212-01 Dte: GUSTAVO CARREÑO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 05 2016 533 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 5 de septiembre de 2019, por la apelación, presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen que realizó el 19 de enero de 1996 a COLFONDOS S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de la actora, así mismo que se ordene a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes, encaminadas a anular el traslado efectuado el 19 de enero de 1996 y que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.- 3-4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. La demandante nació el 8 de enero de 1963 cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la pensión, el mismo día y mes del año 2020.
2. La demandante, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombina de pensiones COLPENSIONES y cotizando para pensiones, desde el día 27 de julio de 1984.
3. El día 19 de enero de 1996, encontrándose mi mandante vinculada laboralmente con el empleador BANCAFE, se trasladó del Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., hoy sucedido en el manejo de las pensiones por PROTECCION S.A. cabe advertir que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado lo que recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariamente.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

4. La demandante, al momento del traslado al fondo Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., HOY PROTECCIÓN no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas, inconvenientes de este Régimen.
5. De igual manera la accionada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., debió informar al actor, antes del 8 de enero de 2010, sobre la imposibilidad de trasladarse de Régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el Derecho de Pensión, conforme lo establece el artículo 13 del Ley 100 de 1993, el cual fue reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, situación que NO ocurrió en el asunto bajo examen.
6. Mi poderdante elevó Derecho de Petición a PROTECCIÓN S.A, solicitando la nulidad de traslado de Régimen Pensional el 25 de marzo de 2015, de conformidad con lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias No (s) 33083 del 22 de noviembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014. (fl.- 4-5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de fecha se admitió la demanda en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y la administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 y 2, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 63 - 67).



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Por su parte la demandada PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 4, 5, 6 y 7, los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada y prescripción. (fl.- 81 - 85).

Ante la reforma de la demanda efectuada por el actor, se dispuso la vinculación de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y a COLFONDOS S.A.

Una vez notificadas, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, señaló que no son ciertos o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones en cabeza de COLFONDOS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad y buena fe. (fl.- 170 - 174).

Finalmente, OLD MUTUAL, PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó el contenido en el numeral 1, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó buena fe y pago. (fl.- 192 - 204).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la nulidad del traslado efectuado por el actor a COLFONDOS S.A. y ordenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir la totalidad de los dineros que obren en la cuenta de ahorro individual del actor y ordenó a COLPENSIONES recibir la totalidad de los dineros que le serán entregados. (fl.- 240-242).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que el demandante manifiesta que no se le brindó la suficiente información al



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

momento del traslado régimen, tesis de las demandadas, el demandante no está amparado por régimen de transición por lo tanto no puedo regresar el régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo ya que debía hacerlo cuando le faltare más de 10 años para cumplir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión la información suministrada a los afiliados del régimen de ahorro individual se encuentra acorde con las disposiciones que sobre ellos ejerce la Superfinanciera como consecuencia de ello el demandante se trasladó régimen de manera libre y espontánea y consciente de seguir vinculado al RAIS, suscribiendo los formularios de manera libre y voluntaria.

Tesis del despacho, desde ya se declarará la nulidad del traslado por cuanto la administradora no demostró haber suministrado al actor información suficiente y completa. cómo se llega a esa conclusión? en cuanto al régimen de nulidad de la sentencia C - 345 de 2007 señala la existencia de un régimen de nulidad de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento concurre un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación error una actuación malintencionada dolo, o una presión indebida, fuerza, impacta negativamente la libertad individual ya que impiden que el consentimiento se preste manera auténtica y espontánea, la afectación de la libertad de en estos casos es evidente si se tiene en cuenta que constituye un presupuesto de la autonomía privada que las personas no sólo representan correctamente la realidad sino que se expresen libremente en momento de celebrar un contrato, por ello que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, dolo o fuerzas son por decirlo alguna forma menos libres, así entonces los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento creando una apariencia que en realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico o más aún coaccionando al sujeto a una relación que no consentiría si tuviera plena libertad.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Pues bien, frente a estos casos de nulidad de traslado de régimen pensional muchos problemas jurídicos han surgido y se han debatido en los diferentes estados judiciales y en la Corte Suprema de Justicia, empezando por el tema de la prescripción de la acción, excepción propuesta por las demandadas en ese sentido se ha mencionado, se ha decantado que esta acción de nulidad o cómo lo ha tomado la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, está ineficacia del traslado fue abordado más por este aspecto es susceptible uno de estar sujeta al término criminal establecido en los artículos 488 del código Sustantivo del Trabajo, 151 del C.P.L: y de la S.S. concluyendo diferentes sentencias como en la SI 1421 de 2019 de 4 de abril 10 de 2019 o en la SL 1688 de 2019, radicación 68838 del 8 de mayo de 2019, que esta acción en eficacia o nulidad no se encuentra sujeta ese término trienal dada la trascendencia del derecho que aquí está involucrado el derecho a la seguridad social, a la voz del artículo 48 superior un derecho irrenunciable y que debe analizarse a la luz también del derecho a la dignidad humana, en cuanto otros problemas jurídicos que han surgido en cuanto al tema de la carga de la prueba que quien ostenta la carga de la prueba pues ya llegó a la conclusión de en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba quién debe demostrar cuál fue la información completa y suficiente que brindó al afiliado está recae sobre las administradoras de fondos de pensiones, nótese que para el momento en que la señora demandante Claudia Camero suscribe el formulario de afiliación esto es el 19 de enero de 1996, ya se encontraba vigente el decreto 720 1994 y este decreto, establece en su Artículo 12, que los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, debe suministrar suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante la vinculación con ocasión las prestaciones a los cuales tenga derecho al afiliado nótese qué es tan importante este deber o eres tan importante el deber de estos motores que el artículo 10 este mismo decreto 720 incluye o consagra la responsabilidad que los errores que cometen los promotores pueden acarrear la responsabilidad patrimonial de las propias AFP, donde incurran en un error que ocasione un perjuicio al afiliado por no suministrar esa suficiente amplia y oportuna información.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Dicha normatividad que se repite ya se encontraba vigente al momento en que la señora Claudia firmó en el formato de afiliación efectivamente establece una característica muy especial de ese tipo información que no está plenamente demostrada con el formulario que figura a folio 179 del expediente es un formulario, un formato de formulario en el cual pues no se advierte toda la información que se debió haberse suministrado a la señora Claudia para la toma de esta trascendente decisión, si bien no estaba establecido legalmente como lo menciona el apoderado de la parte demandada COLFONDOS que se documentara, si está establecida la importancia y el grado de información suficiente amplia y oportuna no son en la afiliación sino durante la vinculación, en tal sentido se puede reducir a la asesoría la simple visita del asesor y simple firma del formato sino también durante la vinculación, durante 20 años tampoco se reportó prueba que le consta ese deber de proveer información al afiliado.

Igualmente se indicó a lo largo del proceso que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y contrario a lo señalado por las demandadas, esta protección no es únicamente destinada a cierto tipo de población sino todos los ciudadanos, deben ser merecedores del mismo tipo de asesoría, por lo que declaró la nulidad de la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS, en los términos antes señalados.

DE LOS RECURSOS

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

“Su señoría presento recurso de apelación de manera parcial respecto del numeral segundo de la condena y el cual procedo a sustentar de la siguiente manera, resulta improcedente para este apoderado la devolución de los gastos generados por la administración de los recursos de la señora CLAUDIA PATRICIA CAMERO, en este sentido sería únicamente procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de protección, más no es procedente



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

que se ordene la devolución de lo que ya se descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una muy buena gestión de administración, como legalmente es permitido a cualquier entidad financiera lo anterior, se concluye de lo establecido en el art. 1746 el CC que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidos al mismo estado que se hallarían si no hubiese existido el ato o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita, en la restituciones mutuas que se hayan de hacer los contratantes en virtud de este pronunciamiento será responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro de los intereses y frutos, abono o mejoras necesarias o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena fe o mala fe de las partes todo ello según las reglas generales .y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”, en ese orden de ideas si la consecuencia es la ineficacia o la nulidad de la afiliación, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en ese estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca PROTECCIÓN, debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración sin embargo el art. 1746 habla de la restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, con base en esto se debe entender que aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos producto de una buena gestión de la AFP, y el fruto o mejora de la AFP, es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio el afiliado como lo hizo en este caso, así las cosas se trata de unas pretensiones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la Seguridad Social, toda vez que si se aplicaran en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones de uno y otro se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos a la AFP y esta ultima los gastos de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco debieron haber existido los mencionados rendimientos. Finalmente solicito al H.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Tribunal que tenga en cuenta que hacer la devolución de las comisiones de administración estaría constituyendo un enriquecimiento a favor del demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar por la gestión realizada, vulnerándose así el derecho a la igualdad y privilegiando e manera injustificada a una de las partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada, en este orden de ideas, solicito muy respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá revoque este numeral que ordena la devolución de las cuotas de administración a mi representada.”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

“Gracias su señoría es mi deber presentar recurso de apelación para que el tribunal estudie la decisión tomada por su señoría por cuanto perjudica y vulnera los intereses de COLPENSIONES, por lo que solicito al señor Tribunal sea escuchada mi petición de acuerdo a la sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019 de la Corte Suprema en la que se evidencia y se expresa el consentimiento informado que para COLPENSIONES en este caso quedo demostrado por cuanto la señora CLAUDIA CAMERO se trasladó varias veces de fondo y tenía la capacidad profesional y académica para disuadir y verificar que era lo que estaba sucediendo con sus aportes pensionales, por lo tanto lo solicito señoría escuche el recurso de apelación y sea aceptado. Gracias señoría”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, el recurso interpuestos por la demandad y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en su, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de Régimen efectuado, de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP COLFONDOS S.A., en el 19 de enero de 1996, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO 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, 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. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO 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 y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

Igualmente es necesario señalar que, la ineficacia se predica de traslado de régimen, esto es, del realizado por la actora a COLFONDOS, sin que tenga relevancia alguna el posterior cambio de régimen que efectuó a PTOTECCIÓN S.A.

Así las cosas, se confirmara la decisión tomada en primera instancia en cuanto dispuso la reactivación de la afiliación del demandante en COLPENSIONES y ordenó el traslado a esa entidad de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y contrario a lo señalado por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., en su recuso, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Igualmente se considera, que se debe declarar la **ineficacia** del traslado de régimen, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(ver SL 1452 de 2019). Por ello se modificará la decisión dictada por la juez de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la afiliación, pues el acto jurídico de traslado no pudo perfeccionarse dado el incumplimiento de la AFP de las normas en materia de información.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de estudio, en cuanto declaró la nulidad de la afiliación del actor en el RAIS, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por la señora CLAUDIA PATRICIA CAMERO LOZANO, en los términos señalados 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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de alzada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones
inicie acción judicial)**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2016 533 01 Dte: CLAUDIA PATRICIA CAMERO
LOZANO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a horizontal line that ends in a small loop.

MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2017-516-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS ORLANDO ACOSTA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 28 de mayo de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor LUIS ORLANDO ACOSTA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de las resoluciones 005408 expedida por el ISS, GNR 321638 y SUB 87805 expedidas por Colpensiones, mediante las cuales, no se liquidó la prestación pensional a él reconocida como correspondía y no se accedió a la reliquidación petitionada, solicita se declare que tiene derecho a que se le reconozca derecho pensional, tomando como IBL las cotizaciones realizadas durante toda su vida

laboral e incluyendo todos los factores salariales por él devengados, en tanto es beneficiario del régimen de transición y a 1 de abril de 1994, le hacían falta menos de 10 años para adquirir derecho pensional, ordenándole a la demandada reliquidar su pensión con el promedio de lo devengado en toda su vida laboral, junto con indexación e intereses moratorios. (fls.3 y 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el ISS, le reconoció pensión de jubilación por ser beneficiario del régimen de transición a través de resolución 005408 de 2011, con una tasa de reemplazo del 75%, liquidación que se realizó con fundamento en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando como IBL el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, afirma que por no estar de acuerdo con dicha liquidación, solicitó la reliquidación de la prestación y la demandada emitió resolución GNR 321638 de 2014, negando la misma, que nuevamente solicitó reliquidación pensional y en respuesta a esta última solicitud la demandada emitió resolución SUB 87805 de junio de 2017, señalando que la prestación se había reconocido con fundamento en las previsiones de la Ley 33 de 1985, con un IBL de \$7.978.959, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, manifestando que no es posible el estudio de reliquidación pensional conforme al Acuerdo 049 de 1990.

Afirma por último que tienen derecho a que su prestación se reliquide con el promedio de lo devengado durante toda su vida laboral ya que le faltaban menos de 10 años para adquirir derecho pensional a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no habiendo duda que es beneficiario del régimen de transición. (fls. 2 y 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó todos los hechos y propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o

reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas. (fl. 55).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a la demandada a reliquidar la pensión del demandante a partir del 3 de agosto de 2014 en la suma de \$8.304.107, junto con reajustes y en 13 mesadas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 3 de agosto de 2014 y probada la de cobro de lo no debido, respecto de los intereses moratorios. (fl.136).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no fue objeto de discusión que el demandante nació el 12 de noviembre de 1953, por lo que a 1 de abril de 1994, era beneficiario del régimen de transición y sus derechos pensionales debían estudiarse a la luz de la normatividad más favorable a aplicable a su caso y así lo hizo el ISS, al reconocerle pensión de jubilación conforme lo previsto en el régimen de los trabajadores de la seguridad social, que a folio 71 obraba copia de reporte de semanas cotizadas, que daba cuenta que el actor cotizó al ISS asegurador durante toda su vida laboral un total de 1333 semanas y también obraba documental que daba cuenta que el actor, había laborado para la ESE Simón Bolívar de 1985 a 1994, cotizando para pensión en la Caja Distrital de Previsión y el ISS y para la ESE Hospital San Rafael, que obraban certificados salariales expedidos por la ESE Simón Bolívar únicamente para los años de 1991 y 1992, siendo un caso típico en el cual el trabajador le fue reconocida una pensión por ser trabajador de la seguridad social, siéndole reconocida por el ISS empleador y había seguido cotizando al ISS fondo pensional para los riesgos de IVM y si bien en principio, se podría entender que en la demandada se pretende la reliquidación de la prestación pensional reconocida por ser trabajador de la Seguridad Social, lo cierto es que no se habían aportado los salarios devengados por el actor durante el tiempo en que laboró para la ESE Simón Bolívar, allegándose sólo los de los años 1991 y 1992, obrando sólo las certificaciones de salario base visibles a folios 90 y s.s., no encontrándose salarios con los cuales el despacho pudiera realizar la liquidación con el promedio de lo devengado durante toda la vida laboral, pues no había elementos de juicio para ello.

No obstante lo anterior, había quedado probado que el actor era beneficiario del régimen de transición y que durante su vida laboral se le efectuaron cotizaciones al ISS como asegurador, por parte de otros empleadores desde 1984, cotizando un total de 1333 semanas y el régimen de transición del que era beneficiario, no había sido afectado por las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005, pues en el 2013, alcanzó los 60 años de edad y tenía las semanas requeridas para adquirir pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, era este otro régimen pensional a que podía acceder, pudiéndose establecer que el IBL del actor bajo los parámetros de dicha normatividad le resultaba más favorable y no se estaba reconociendo una nueva pensión, siendo evidente que la pensión inicialmente reconocida era compatible con la reconocida por el ISS asegurador, como lo había señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debiéndose tener en cuenta las cotizaciones efectuadas al ISS por el actor para mejorar su IBL y tasa de reemplazo.

Que con base en las liquidaciones efectuadas al ISS asegurador, se tenía que en toda la vida laboral, se obtenía un IBL de \$6.625.244, correspondiéndole una tasa de reemplazo del 90%, obteniéndose una mesada de \$5.962.720 y liquidado el IBL con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, se obtenía un IBL de \$9.051.191, al que aplicada la tasa de reemplazo, se obtenía una mesada de \$8.146.073, resultando más favorable esta última forma de obtener el IBL para el actor, no siendo de recibo las afirmaciones de Colpensiones con fundamento en las cuales negó la reliquidación solicitada, pues el actor no debía reintegrar ningún tipo de dinero al fondo pensional, procediendo la reliquidación petitionada a partir del cumplimiento de los 60 años de edad.

Señaló en cuanto a la excepción de prescripción que tal derecho nació a partir de que el actor cumplió los 60 años de edad, 12 de noviembre de 2013, no obstante, sólo hasta el 26 de mayo de 2017, fue solicitado por el actor dicha reliquidación e interpuso la demanda el 3 agosto de 2017, por lo que se encontraban prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 3 de agosto de 2014, correspondiéndole para dicha anualidad una mesada de \$8.304.107. Respecto de los intereses moratorios, afirmó que era bien sabido que estos no operaban cuando se condenaba a reajustes pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte **demandada** que al demandante le fue aplicado los artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993, por cuanto le era más favorable.

CONSIDERACIONES

En este caso no existe discusión respecto a que el demandante es beneficiario del régimen de transición pues así fue aceptado por COLPENSIONES en la resolución de reconocimiento pensional 05408 de 2011 (fl.11), el tiempo de servicios o las semanas cotizadas y el monto de la pensión se encuentran cobijados por el régimen de transición, pero no el IBL.

Señala la decisión de primer grado, que las cotizaciones que efectuara el actor visibles en la historia laboral allegada al plenario por la demandada y que reposa a folio 71 del plenario, fueron efectuadas por este de manera simultánea al tiempo durante el cual laboró para entidades de la Seguridad Social y que lo hizo acreedor de la pensión reconocida bajos los parámetros del Decreto Ley 1653 de 1977, al haber acreditado 20 años de servicios prestados a favor de entidades de esta naturaleza. Tal argumento resulta erróneo en tanto claramente de la resolución de reconocimiento pensional a que se alude en aparte anterior, se desprende que para conceder la prestación de jubilación por ser trabajador de la seguridad social al actor, se le tuvieron en cuenta todos los tiempos laborados a entidades de esta naturaleza y que fueran cotizados por estas a favor del ISS asegurador, circunstancia que se desprende fácilmente de la historia laboral visible a folio 71, tanto es así que a folio 104, obra certificación de información laboral que da cuenta que el actor laboró entre el 27 de junio de 1985 al 1 de febrero de 1994, para el Hospital Simón Bolívar y sus aportes fueron cotizados a la Caja de Previsión Social, data para la cual, simultáneamente laboraba para el ISS, como se observa a folio 103 y tales tiempos simultáneos, se tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional efectuado por el entonces ISS y así se relaciona a folio 11 del plenario; de tal manera, en el presente no hay lugar a dar aplicación a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, ya que las cotizaciones efectuadas por el actor al ISS asegurador, corresponden a las generadas de su vínculo como trabajador de la seguridad social y las cuales se itera, fueron tenidas en cuenta para reconocerle pensión bajo los apremios del Decreto

1657 de 1977, encontrándose pensionado desde el cumplimiento de los 55 años de edad; aunado a lo cual, tal circunstancia no fue peticionada por la parte actora, quien simplemente pretende la reliquidación de la prestación ya reconocida y en ningún momento afirma que las cotizaciones efectuadas al ISS, hayan sido con empleadores diferentes a las entidades de seguridad social para las cuales laboró el actor.

Conforme lo señalado en precedencia, procede abordar el estudio de la reliquidación peticionada, para lo cual se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado en cuanto a la liquidación de la prestación de los beneficiarios del régimen de transición, que para quienes les faltare **más** de diez años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se aplica el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales hubiere cotizado el afiliado dentro de los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o el de toda la vida laboral si hubiere cotizado 1250 semanas o más **como es el caso del señor Luis Acosta pues a 1 de abril de 1994 contaba con 40 años de edad**, como se verifica de copia de su documento de identificación visible a folio 101 del plenario, que da cuenta que el actor nació el 12 de noviembre de 1953, no obstante, se tiene que para las entidades de seguridad social en las que laboró, cotizó un total de 1237,13, no siendo posible contabilizar las cotizadas a otros empleadores que conforme historia laboral allegada, fueron 96,44, pues la pensión de que disfruta se concede por sus servicios exclusivos a entidades de la seguridad social; de tal manera, su IBL se calcula con el promedio de lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, como lo hiciera el entonces ISS en resolución No. 005408 de 2011 (fl. 11) y no como lo peticiona el actor, sentencia radicado No. 47162 del 30 de abril de 2013.

Por su parte, la Corte Constitucional reafirmó el criterio anterior en sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 en donde concluyó que el IBL no era un aspecto de la transición y por tanto, eran las reglas contenidas en el régimen general las que deben aplicarse para establecer el monto pensional con independencia del régimen especial al que se perteneciera.

Siguiendo este derrotero jurisprudencial, se itera, no es procedente liquidar la prestación como lo señalara la juez de primer grado, siendo pertinente para hallar el IBL, calcularlo con el promedio de lo devengado durante los último

10 años de servicios, cálculo que como se observa de liquidación efectuada por el Grupo liquidador de esta Corporación y que se anexa a este pronunciamiento, arroja un IBL de \$7.414.562,10; al que aplicada la tasa de reemplazo del 75% prevista en el Decreto 1653 de 1977, aplicable al actor, arroja como primera mesada pensional al año 2010, la suma de \$5.560.921,17; suma que resulta ser **inferior** a la reconocida por el ISS en precitada resolución de reconocimiento pensional 005408 de 2011; así las cosas, como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, no hay lugar a efectuar reliquidación alguna de la mesada pensional de que disfruta el actor, al no generarse diferencia a su favor, debiéndose **revocar** la decisión de primer grado para en su lugar ABSOLVER a la entidad demandada de las pretensiones invocadas en su contra.

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

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

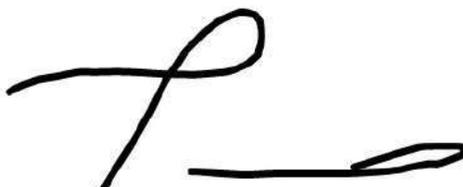
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión de primer grado para en su lugar ABSOLVER a la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra por el señor Luis Acosta, conforme lo expuesto en el presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2018-069-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA NILSA NARANJO
DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 4 de septiembre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARÍA NILSA NARANJO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que en su calidad de madre y dependiente del señor Guillermo Devia Naranjo, tiene derecho a ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente a partir de la fecha de su fallecimiento, 12 de julio de 2015, como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la demandada a reconocerle la pensión

de sobreviviente en cuantía del SMLV desde julio de 2015, junto con reajustes, intereses moratorios e indexación. (fls. 3 y 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Guillermo Devia falleció el 12 de julio de 2015, data para la cual, se encontraba afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, que a dicha data, contaba con más de 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha de su fallecimiento, por lo que en su calidad de madre del fallecido, reclamó ante el fondo demandado reconocimiento de pensión de sobreviviente, ya que este, no tenía hijos, cónyuge o compañera permanente y vivía en su hogar.

Afirma que no labora desde hacía más de 10 años, no recibe ningún tipo de ingreso por ningún concepto, por lo que dependía económicamente de su hijo fallecido, pues su otro hijo, se encontraba a la fecha de fallecimiento del causante en edad estudiantil, razón por la cual, era el causante quien le proporcionaba todo lo concerniente a alimentación, vestuario, salud y todo lo requerido para su subsistencia, aunado a que también apoyaba a su hermano con el pago de sus estudios, que solicitó reconocimiento pensional ante la demandada el 16 de junio de 2016, el que le fue negado aduciendo que el sostenimiento de su hogar, estaba a cargo de otras personas adicionales al señor Guillermo Devia. (fls.2 y 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 6 y 11 a 13 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación por activa e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación reclamada, buena fe y prescripción. (fl.54)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento condenó a la demandada a pagar a favor de la demandante pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del

afiliado Guillermo Devia a partir del 13 de julio de 2015, en cuantía no inferior al SMLV, junto con reajustes y en 13 mesadas pensionales, así como intereses moratorios a partir del 12 de junio de 2016. (fl.229)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

La señora María dentro del proceso acreditó el parentesco la demandante con el afiliado Guillermo Naranjo que corresponde efectivamente a su hijo con registro de nacimiento que fue aportado junto con la demanda e Iguualmente se acreditó con registro de defunción que fue allegado el día de hoy que el Señor Guillermo Naranjo falleció el 12 de julio de 2015 en razón a ello en razón a este fallecimiento, la demandante solicitó ante Protección el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aspectos que Protección no desconoce, no discutió siempre lo hizo la condición de afiliación del causante del Señor Guillermo el número de semanas mínimo requerido para que los beneficiarios de la prestación pudieran acceder es decir 50 semanas cotizadas entre los últimos tres años tampoco se discutió es más fue aceptado como un hecho de la demanda Y por tanto el único que discutió la parte demandada fue la dependencia económica; pues bien como el fallecimiento de Guillermo ocurrió con la vigencia de la ley 797 de 2003 es esta norma la que se aplica para este caso en concreto indicando el artículo 47 como beneficiario de la pensión de sobrevivientes en el literal E dice a falta de cónyuge compañero o compañera permanente padres e hijos con derechos serán beneficiados hermanos, serán beneficiarios los padres si dependían económicamente del afiliado fallecido afiliado al momento de su muerte, debe anotar el despacho que la expresión en el sistema de pensiones sobrevivientes mucho se ha debatido sobre si la dependencia económica debe ser absoluta y completa o Total indicando ya por la parte de la corte constitucional que la dependencia económica que se exige en este para los beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes es parcial, no debe ser absoluta no debe ser total no se le puede exigir a estos beneficiarios que demuestren una total dependencia frente al afiliado o pensionado fallecido entre otras entre las sentencias C-111 de 2006 señala la Corte Constitucional, que resulta contrario a la Constitución que el criterio de la dependencia económica como condición para que los padres puedan reclamar el reconocimiento y pago el citado derecho prestacional a partir de la muerte de su hijo se circunscribe a la carencia absoluta y total de ingresos que tienen vigencia cuando la existencia asignaciones mensuales ingresos adicionales o cualquier otra prestación de la que son titulares son insuficientes para lograr su auto sostenimiento para la Corte en estos casos es indiscutible que la demostración de la subordinación de los padres al ingreso que les brinde o que les brindaba hijo fallecido para salvaguardar sus condiciones mínimas de la subsistencia hace necesario que se reconozcan favor la pensión de sobrevivientes el ingreso que aquellos perciban no los convierta en autosuficientes económicamente pues en esa hipótesis desaparece el fundamento teológico que sustenta esta prestación; dicho de otra manera para negar la prestación se debe acreditar que los ingresos que pudiera percibir la actora en este caso la señora María fueron de una magnitud tal que la convirtiera en autosuficiente económicamente es decir la pregunta de la señora María para el momento que fallece su hijo Guillermo era autosuficiente económicamente la respuesta es no, del abundante material probatorio y las testimonial decretada en este pues se puede llegar fácilmente esa conclusión este criterio también ha sido reiterado por nuestro órgano de cierre sala de casación laboral en diferentes sentencias como la citada por el apoderado de la demandante en sus alegatos así como en la SL 3514 de 2018 radicación 70851 del 15 agosto 2018 en el sentido que efectivamente reitera la sala de casación laboral que será cada caso concreto de que el juez debe valorar las pruebas aportadas y llegar a la conclusión si los padres o en este caso la madre podía sostenerse autónomamente pues bien advierte despacho que el apoderado de Protección S.A, hace alusión al informe del contratista pues que entiendo el despacho es el encargado el tercero encargado hacer este tipo de investigaciones frente a este tipo de reclamaciones son los que acuden a entrevistar a la familia acuden a los inmuebles realizando labor investigativa y emiten una conclusión contrario a lo que manifiesta el doctor Miguel bastaría el informe para condonar nótese que a folio 134 señala el informe como conclusión final: En cuanto a la posible dependencia económica de la reclamante para el afiliado se establece que estará de forma parcial se tiene en cuenta que los gastos del hogar eran compartidas

entre dos personas por su hijo Rodrigo y el afiliado siendo el mayor aporte del afiliado de Quién informa que les colaboraba económicamente incluso a su hermano.

Bastaría entonces doctor Miguel acudir al propio informe técnico que elaboró consultando Ltda., y la propia conclusión del informe es que sí existe dependencia que no era absoluta ni total era parcial en tal sentido siendo este informe pre elaborado precedentemente posterior a 2015 en mayo 2017 folio 111 según un sello que tiene Protección de recibido mayo 17 de 2017 ya la discusión de la dependencia absoluta y Total ya estaba más que zanjada en las diferentes Cortes tanto constitucional como Suprema justicia; solo bastaba que Protección leyera esa parte del informe final y leyera la conclusión de que existió dependencia económica parcial para sin mora alguna y sin demora alguna proceder al reconocimiento de la prestación, no obstante, se encasillo y se reafirmó en una tesis que es contraria al propio informe porque lo que hace Protección es desfigurar y desnaturalizar el informe que ya le habían dicho que existía dependencia parcial no quiso hacer caso al informe y lo que extrajo fue una conclusión o quiso concluir algo diferente a lo que dijo el informe; señalar que la dependencia o señalar mejor que eran entre varias personas que se compartían los gastos de la señora María cuando esto no era cierto cuando es contrario lo que dice el informe ahora que reafirmaron los testigos, en este caso reafirmaron el hecho en que el Señor Guillermo era el que más colabora económicamente a la señora madre, no discute la existencia del otro hermano Rodrigo pero nótese que el dicho de la propia demandante en su interrogatorio de parte hicieron ver un elemento esencial; que el único que accedió a la formación Universitaria fue Rodrigo ello implica y es conocido que el hecho de que una persona ingrese a una formación Universitaria a realizar sus estudios propios entiende que estudia la noche y se entiende que Rodrigo laborada y compartían esos gastos que implicaban el estudio, lo que se requiere para una persona que está estudiando y también indicándose la documental aportada que Rodrigo también devengaba el salario mínimo le da una mayor credibilidad a los testigos de la parte actora en el sentido que mientras Rodrigo estaba cargado y dedicado a su estudio y evidentemente al pago de la de la universidad que así fuera cierto doctor Miguel que le dedicaba o sacaba un crédito para el pago de la Universidad y no hay que olvidar que la universidad sobre el pago de la matrícula la universidad o son transportes alimentación es material educativo fotocopias exámenes supletorios en fin, en todos modos el único pago y el estudiante queda liberado no más entonces es fácil entender que Rodrigo debía invertir de sus ingresos también para sacar adelante su carrera Universitaria como finalmente lo logró así las cosas quién quedaba con un salario para ser destinado a los ingresos y los gastos de una familia del hogar era precisamente el Señor Guillermo quien no tenía compromiso no tenía cónyuge no tenían hijos y por tanto podía destinar esos ingresos con mayor facilidad que Rodrigo a colaborarle a su señora madre.

Ahora no podemos llegar al extremo como lo está haciendo el doctor Miguel de tener Entonces qué es que en una entrevista dijo \$60000 y acá está diciendo 300,000 no existe una contabilidad exacta y no puede existir la contabilidad exacta de lo que ganaban también quedó visto en que la señora María se dedicó algunos meses antes del fallecimiento y con posterior fallecimiento de Guillermo a la venta informal de arepas ya no puede no puede ser el fundamento del argumento de la demandada que se está desfasado el ingreso porque es que dijo una suma en un momento y en entrevista dijo otra es que sobre las ventas informales no puede existir una contabilidad; más sospechoso sería que dijeran que todo los meses ganaba lo mismo en tal sentido no es un argumento de recibo como mucho menos lo es y se hace un llamado la atención al abogado el hecho de que se ponga en duda la muerte y las razones de los hechos en que ocurrió la muerte de Guillermo lo único cierto es que Guillermo falleció por una situación lamentable en la vida urbana si bien simplemente informe leámoslo dice folio 115 fiscalía en consulta realizada la entidad que la citada entidad encontramos espoa con la siguiente información actos urgentes delito homicidio artículo 103 Código Penal lugar de los hechos carrera 71 número 61-04 narración de los hechos en los que describen una riña provocada por la agresión contra una mujer en donde el afiliado interviene y es atacado por Francisco Atehortúa causándole la muerte con arma blanca como datos del occiso registra la dirección entonces no puede ser de recibo, que aquí se le agregan ingredientes como que fue por celos, entonces directamente fue una muerte violenta eso está claro tampoco concluye el despacho que la familia haya engañado a la entidad porque primero dijo que era el servicio urbano dirigiéndose al servicio urbano en fin y por otro lado la Fiscalía encuentre que haya sido una riña en la que interviene en la defensa de la mujer lo que demostraría esa cualidad de Guillermo defender los intereses de la mujer.

Considera entonces el despacho que tanto la documental propio informe de la demandada, llegó a la conclusión de una dependencia parcial que y no entiende el juzgado por qué razón Protección hizo caso omiso esa conclusión reforzado con el tema de las declaraciones que aquí se rindieron notando espontaneidad del testigo Fernando Montenegro Mateus Quién fue amigo del afiliado fallecido Guillermo y quién en esa relación de confianza y amistad vecindad era quién le confiaba en las situaciones internas de su hogar Guillermo era quien le confiaba a su amigo Luis Montenegro esos pormenores esas intimidaciones del hogar dadas el nivel de confianza que tenían y teniendo en cuenta que no se evidencio ningún tipo de confesión en el interrogatorio de parte de María Naranjo el despacho considera procedente la condena a la entidad al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del día siguiente al fallecimiento de Guillermo es decir a partir del 13 de Julio 2015 en que cuantía al salario mínimo legal dado que ese era el ingreso y por su historia laboral según la fórmula aritmética para calcular la pensión de sobrevivientes, que no es mayor a un salario mínimo legal lo que nos lleva al punto de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 ley 100 de 1993 y la normatividad en Colombia dispone cuáles son los términos que tienen las entidades para responder y empezar a cancelar las prestaciones para el caso de la pensión de sobrevivientes es claro el artículo 1 ley 717 de 2001 en sentido que el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad previsión social correspondiente deberá efectuarse a más tardar dos meses después de radicada la solicitud por el peticionario la solicitud si bien no tengo o no obra en el expediente la radicación exacta se hace entonces o se acoge a folio 64 la comunicación que dirige protección a la señora María del 11 de abril del 2016 señalándole que acusaba el recibido de la solicitud entonces entiende el despacho que el mismo día la presentó 11 de abril de 2016 por lo que protección tenía hasta el 11 de junio 2016 según la ley 712 de 2001 para comenzar a pagar la prestación y no lo hizo, por lo que inició la mora a partir del 12 de julio de 2016 por tanto se condenará a la demandada a cancelar dichos intereses.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la entidad demandada señaló:

La documental que claramente expresado que en el aporte que pues en el aporte del señor Guillermo es un aporte que hace el buen hijo de familia sumado a ello téngase en cuenta que su señoría que para que los H Magistrados tengan en cuenta que cuando uno observa los documentos ellos manifiesta que los gastos que asume don Guillermo son superiores al valor que devengaba como salario en ese orden de ideas considero que no hay una dependencia económica puesto que los ingresos que ellos manifiestan es que ganaba don Guillermo es superior que ellos mismos afirman que el señor Guillermo sufragaba tampoco es posible que una persona de un salario de 644350 para la época de su fallecimiento aportara como lo manifestaba la parte demandante de 800.000, sin tener más ingresos como lo manifestó también la testimonial ese es básicamente el argumento de protección que está demostrado que si en el ingreso del señor Guillermo la señora María se puede sostener económicamente hablando aunque el señor juez me ha llamado la atención en esto para este apoderado resulta reprochable increíble una señora que ha tenido 6 hijos dependa de uno de ellos no voy a entrar más a fondo pero creo reprochable por parte de esa 6 conducta de los demás hijos también téngase en cuenta que como lo manifesté al inicio de los alegatos de conclusión, se ha tratado de engañar al fondo y reitero pero desconoció lo que yo mismo manifesté en el folio 158 es el informe de la fiscalía que la muerte la causo el señor Francisco Atehortúa por un problema de celos no porque lo atracaran en un bus como lo manifestaron ellos en folio 77 no son palabras que yo me estoy inventando del informe de la policía técnica judicial entonces solicito se tenga en cuenta se manifestó que había una dependencia parcial en el informe administrativo en ese mismo informe se demuestra que el gasto que le indilgan al fallecido no corresponden al valor que al mismo percibía son gastos superiores al que el mismo percibía y que no le permitía siquiera entonces ayudarlo a su hermano a sufragar los gastos de la Universidad también solicito al H tribunal revoque el valor de las Costas toda vez que no se encuentra bien tasadas según al acuerdo que rige esta situación.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la entidad demandada y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si la demandante, acreditó la dependencia económica respecto de su hijo fallecido.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Guillermo Devia Naranjo, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 12 de julio de 2015 (fl. 219), como tampoco que la demandante, ostentaba la calidad de madre del causante, circunstancia que se corrobora con registro de nacimiento de este, visible a folio 9 del plenario.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, en esta oportunidad, la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, para el caso de los padres, acreditar dependencia económica respecto del causante fallecido, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. *Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>*

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente **de forma total y absoluta** de este:*

Teniendo en cuenta lo anterior, la dependencia económica de que trata la norma, como bien lo señala la juzgadora de instancia, no debe ser TOTAL Y ABSOLUTA, sin embargo, 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 la madre 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.

Para sustento de lo anterior ésta Colegiatura trae a colación lo manifestado por la Sala Novena de Revisión de la H. Corte Constitucional en sentencia T-140 de 2013, en la que se reitera lo indicado en la sentencia C-111 de 2006, que declaró la inexequibilidad de la disposición DE FORMA TOTAL Y ABSOLUTA contenida en el literal d) del artículo 47 de la ley 100 de 1993, la cual señala:

“...Al mismo tiempo, la Corte reiteró que un fondo administrador de pensiones no puede negar el reconocimiento de una prestación de sobrevivientes por no encontrar una dependencia económica total y absoluta, sino que debe estudiar de fondo la situación del peticionario y contemplar la dependencia económica en términos de contribución para evitar una existencia indigna.

(...)

De lo expuesto, con relación al requisito de la dependencia económica que debe tener el solicitante con relación al causante, la Sala Novena concluye que:

i) Esta condición se presenta cuando una persona demuestra: a) haber dependido de forma completa o parcial del causante; o b) que a falta de la ayuda financiera del cotizante fallecido, habría experimentado una dificultad relevante para garantizar sus necesidades básicas, es decir, la dependencia económica se predica del que habría echado de menos los aportes del causante para satisfacer las necesidades básicas, en caso de la ausencia de éstos.

ii) el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas.

iii) los funcionarios administrativos que estudian las peticiones sobre las sustituciones pensionales tienen vedado interpretar las pruebas recolectadas de una forma incompleta o sesgada con el objetivo de buscar algún pretexto para negar el derecho pensional, pues esa actitud constituiría una vía de hecho administrativa.

iv) la dependencia económica se observa a pesar de que existan asignaciones mensuales o ingresos ocasionales, o cualquier otra prestación a favor del peticionario supérstite, siempre que éstas resulten insuficientes para lograr su auto sostenimiento. De ahí que si el sujeto beneficiario logra demostrar que los ingresos ocasionales o mensuales con los que cuenta no son suficientes para mantener un mínimo de existencia que le permita subsistir de forma digna, y que estaba sometido al auxilio recibido de parte del causante, procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del discapacitado.

v) el único criterio que se puede utilizar para denegar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia de un descendiente minusválido responde a identificar la satisfacción plena de las necesidades básicas del interesado.

vi) Este requisito debe ser evaluado por el juez atendiendo las circunstancias del caso sometido a su conocimiento y valorando las diferentes pruebas que existan en el acervo probatorio, por ejemplo las declaraciones extrajuicio.”

En suma, la pensión de sobrevivientes es una prestación que tiene la finalidad de proteger la condición de vulnerabilidad en que quedan quienes dependían económicamente del causante, entre ellos los hijos inválidos. La sustitución pensional adquiere el carácter de fundamental debido al vínculo que tiene con el derecho al mínimo vital.

Con base en lo anterior, se tiene entonces que como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, la dependencia económica no debe ser total y absoluta, debiendo la demandante acreditar el requisito de dependencia económica respecto de su hijo en los términos señalados.

Así las cosas, verificado el acervo probatorio, se puede establecer en el presente, que contrario a lo manifestado por el Fondo Pensional recurrente, la demandante sí acreditó depender económicamente de forma parcial del afiliado fallecido, en tanto su otro hijo y que convivía con ella, Rodrigo Devia, también ayudaba a sufragar los gastos del hogar conformado por su madre y hermano fallecido en menor medida que este último dada su calidad de estudiante y así se concluyó en informe elaborado por la sociedad Consultado Ltda., visible a folio 111 y s.s., del plenario y que fuera allegado por el mismo fondo demandado, informe en que se llegó a la conclusión, luego de recaudar diferentes testimoniales de allegados y vecinos de la familia, que la señora María Nilsa Naranjo, dependía de forma **parcial** de su hijo fallecido, quien se itera, aportaba la mayoría de los ingresos derivados de su calidad de trabajador dependiente.

Ahora bien, en cuanto al argumento sostenido por el recurrente en el sentido de que la familia señaló que el señor Guillermo, aportaba más de lo que devengaba, el mismo no resulta de recibo, pues el informe a que se hace referencia en aparte anterior, aportado por la demandada, da cuenta que el causante no devengaba la suma de \$644.350, sino que adicional a este salario recibía sumas variables adicionales mensualmente pues en el informe a que se alude, se detalla a folio 114, que el señor Guillermo durante los tres meses previos a su fallecimiento, devengó una suma

superior a \$1.000.000 y aportaba en promedio la suma de \$500.000 en su hogar.

Del informe citado, queda igualmente claro que la señora María Nilsa vendía arepas, así como productos por catálogo; no obstante lo anterior, ello no es óbice para que no le sea brindada la protección económica de la prestación solicitada, pues no se demostró que dichos ingresos la hicieran económicamente independiente como lo indica la demandada en sus alegaciones; contrario sensu, la mayoría de las testimoniales recaudadas en los estudios allegados por el fondo demandado, señalan que la señora María Nilsa dependía económicamente de su hijo Guillermo Devia, se itera, en forma parcial, habiendo otros dichos que no les constaba tal circunstancia, pero ninguno dijo lo contrario, no comprobándose tampoco que los otros hijos de la demandante, la apoyaran económicamente, pues con apoyo en las testimoniales a que se alude, ellos tenían hogares independientes, lo que no les permitía brindar tal apoyo a su madre.

Ahora bien, en cuanto a la causa de fallecimiento del señor Guillermo, aspecto que reprocha el fondo demandando, indicando que la familia se contradice en este aspecto; lo cierto es que dicho argumento resulta inane, pues la normatividad aplicable para efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, no exige nada acerca de la causa de muerte del afiliado, sino que para hacerse acreedor a dicha prestación, el beneficiario debe demostrar en este caso la dependencia económica respecto del causante y las semanas de cotización previstas en el artículo 46 de la Ley 797 de 2003, aspecto este último que no ofreció reparo, pues la demandada en su contestación, aceptó el hecho de que el señor Guillermo, había cotizado más de 50 semanas dentro de los 3 años previos a su fallecimiento.

Es así como en el presente la demandante demostró depender económicamente de su hijo fallecido Guillermo Devia, dependencia que se itera, **no debe ser absoluta** como lo quiere hacer ver la demandada, encontrándose igualmente demostrado que el causante cotizó al fondo de pensiones, el tiempo requerido para dejar causada la prestación solicitada, debiendo ser reconocida a favor de la señora María Naranjo, como se concluyera en primera instancia, por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia recurrida.

Por último, en cuanto a la solicitud del fondo demandado expuesta en sus alegaciones de revocar las condenas impuestas por conceptos de intereses moratorios y costas, no se hará referencia al respecto, en tanto estos aspectos no fueron objeto de reproche una vez sustentado el recurso de apelación, resultando extemporánea pues la etapa de alegaciones, no constituye oportunidad para adicionar el recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

Escriba el texto aquí

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

PROCESO ORDINARIO No. 05 2018 258 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: EDGAR AGUIRRE CALERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 21 de agosto de 2019, por la apelación, presentada por la demandada y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

El señor EDGAR AGUIRRE CALERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen que realizó el 22 de diciembre de 1994 a COLFONDOS S.A., por indebida y nula información que suministró el fondo privado. Que se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 22 de diciembre en 1994. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES recibir la totalidad de los mismos. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. (fls.61-62)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

1. La demandante nació el 26 de Octubre de 1958 cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la pensión, el mismo día y mes del año 2020.
2. La demandante, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombina de pensiones COLPENSIONES y cotizando para pensiones, desde el día 7 de enero de 1981.
3. El día 22 de diciembre de 1994, encontrándose mi mandante vinculada laboralmente con el empleador AVIANCA S.A., se trasladó del Instituto de Seguros Sociales “ISS” hoy Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., cabe advertir que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado lo que recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariamente.
4. La demandante, al momento del traslado al fondo Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A.,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas, inconvenientes de este Régimen.

5. Era obligación, de los demandados informar a mi poderdante, sobre el año de gracia que concedió el Artículo Segundo de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, el cual permitía que los afiliados se pudieran trasladar por única vez antes del 28 de enero de 2004, situación que en el caso en concreto no aconteció a pesar que contar la AFP con las direcciones de residencia, trabajo y correo electrónico de mi poderdante, canales todos válidos para que se informara de primera mano por parte de este a mi mandante sobre los cambios normativos mencionados, quedando en evidencia la mala fe de la administradora de pensiones.
6. De igual manera la accionada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., debió informar al actor, antes del 26 de octubre de 2010, sobre la imposibilidad de trasladarse de Régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el Derecho de Pensión, conforme lo establece el artículo 13 del Ley 100 de 1993, el cual fue reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, situación que NO ocurrió en el asunto bajo examen.
7. La demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., informo al accionante, que su pensión de vejez en el RAIS sería de \$2.114.2013 para el año en la que cumpliría los 62 años de edad.
8. Conforme a la Historia laboral expedida COLFONDOS S.A., se puede establecer que mi poderdante tiene un Ingreso Base de Liquidación IBL para el año 2018 de \$7.582.459, suma que aplicándole una tasa de remplazo del 75,65%, nos arroja para esa anualidad una mesada pensional en la Administradora Colombiana de pensiones “COLPENSIONES” de \$5.736.130.
9. Mi poderdante elevó Derecho de Petición a COLFONDOS S.A, solicitando la nulidad de traslado de Régimen Pensional el 20 de mayo de 2018, de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

conformidad con lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias No (s) 33083 del 22 de noviembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014, y 31989 del 9 de septiembre de 2008.

- 10.** El día 20 de marzo de 2018, mi mandante solicito a la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” solicitud de traslado de Régimen o anulación del mismo efectuado el 22 de diciembre 1994. fl.- 62 - 63)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que es cierto el enlistado en el numeral 12, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración al pago de intereses moratorios, no configuración al derecho al pago del IPC y no configuración al derecho al pago de indemnización moratoria. (fl. 89-98).

Por su parte la demandada COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 y 11, los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación, pago y ausencia de vicios del consentimiento. (fl.- 114-128).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, declaró la nulidad del traslado efectuado por el actor, condenó a COLFONDOS S.A. a transferir la totalidad de los dineros que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

obren en la cuenta de ahorro individual del actor y ordenó a COLPENSIONES recibir la totalidad de los dineros que le serán entregados. (fl.- 175-179).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que el demandante manifiesta que no se le brindó la suficiente información al momento del traslado régimen, tesis de las demandadas, el demandante no está amparado por régimen de transición por lo tanto no puedo regresar el régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo ya que debía hacerlo cuando le faltare más de 10 años para cumplir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión la información suministrada a los afiliados del régimen de ahorro individual se encuentra acorde con las disposiciones que sobre ellos ejerce la Superfinanciera como consecuencia de ello el demandante se trasladó régimen de manera libre y espontánea y consciente de seguir vinculado al RAIS, suscribiendo los formularios de manera libre y voluntaria.

Tesis del despacho, desde ya se declarará la nulidad del traslado por cuanto la administradora no demostró haber suministrado al actor información suficiente y completa. cómo se llega a esa conclusión? en cuanto al régimen de nulidad de la sentencia c 345 de 2007 señala la existencia de un régimen de nulidad de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento concurre un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación error una actuación malintencionada dolo, o una presión indebida, fuerza, impacta negativamente la libertad individual ya que impiden que el consentimiento se preste manera auténtica y espontánea, la afectación de la libertad de en estos casos es evidente si se tiene en cuenta que constituye un presupuesto de la autonomía privada que las personas no sólo representan correctamente la realidad sino que se expresen libremente en momento de celebrar un contrato, por ello que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, dolo o fuerzas son por decirlo alguna forma menos libres, así entonces los vicios del consentimiento atentan contra la autonomía privada por cuanto distorsionan o coaccionan el consentimiento creando una apariencia que en



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

realidad que es discordante con la realidad misma del negocio jurídico o más aún coaccionando al sujeto a una relación que no consentiría si tuviera plena libertad.

Pues bien, frente a estos casos de nulidad de traslado de régimen pensional muchos problemas jurídicos han surgido y se han debatido en los diferentes estados judiciales y en la Corte Suprema de Justicia, empezando por el tema de la prescripción de la acción, excepción propuesta por las demandadas en ese sentido se ha mencionado, se ha decantado que esta acción de nulidad o cómo lo ha tomado la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, está ineficacia del traslado fue abordado más por este aspecto es susceptible uno de estar sujeta al término criminal establecido en los artículos 488 del código Sustantivo del Trabajo, 151 del C.P.L: y de la S.S. concluyendo diferentes sentencias como en la SI 1421 de 2019 de 4 de abril 10 de 2019 o en la SL 1688 de 2019, radicación 68838 del 8 de mayo de 2019, que esta acción en eficacia o nulidad no se encuentra sujeta ese término trienal dada la trascendencia del derecho que aquí está involucrado el derecho a la seguridad social, a la voz del artículo 48 superior un derecho irrenunciable y que debe analizarse a la luz también del derecho a la dignidad humana, en cuanto otros problemas jurídicos que han surgido en cuanto al tema de la carga de la prueba que quien ostenta la carga de la prueba pues ya llegó a la conclusión de en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba quién debe demostrar cuál fue la información completa y suficiente que brindó al afiliado está recae sobre las administradoras de fondos de pensiones, nótese que para el momento en que el señor demandante Edgar Aguirre suscribe el formulario de afiliación esto es el 22 de diciembre de 1994 ya se encontraba vigente el decreto 720 1994 ya habían pasado los ocho meses de su vigencia y este decreto, establece en su Artículo 12 que los promotores que emplean la sociedad administradoras del sistema general de pensiones debe suministrar suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación durante la vinculación con ocasión las prestaciones a los cuales tenga derecho al afiliado nótese qué es tan importante este deber o eres tan importante el deber de estos motores que



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

el artículo 10 este mismo decreto 720 incluye o consagra la responsabilidad que los errores que cometen los promotores pueden acarrear la responsabilidad patrimonial de las propias AFP, donde incurran en un error que ocasione un perjuicio al afiliado por no suministrar esa suficiente amplia y oportuna información.

Dicha normatividad que se repite ya se encontraba vigente al momento en que el señor Edgar firmó en el formato de afiliación efectivamente establece una característica muy especial de ese tipo información que no está plenamente demostrada con el formulario que figura por el folio 130 del expediente es un formulario, un formato de formulario en el cual pues no se advierte toda la información que se debió haberse suministrado el señor Edgar para la toma de esta trascendente decisión, si bien no estaba establecido legalmente como lo menciona el apoderado de la parte demandada COLFONDOS que se documentara, si está establecida la importancia y el grado de información suficiente amplia y oportuna no son en la afiliación sino durante la vinculación, en tal sentido se puede reducir a la asesoría la simple visita del asesor y simple firma del formato sino también durante la vinculación, durante 20 años tampoco se reportó prueba que le consta ese deber de proveer información al afiliado.

Indicó que el actor no es beneficiario del régimen de transición y contrario a lo señalado por las demandadas, esta protección no es únicamente destinada a cierto tipo de población sino todos los ciudadanos, deben ser merecedores del mismo tipo de asesoría, por lo que declaró la nulidad de la afiliación realizada por el actor a COLFONDOS, en los términos antes señalados.

DE LOS RECURSOS

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES interpone recurso de apelación, señalando:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

“En este momento me dispongo a presentar recurso de apelación en contra de la sentencia del día de hoy, aun teniendo en cuenta los argumentos de la contestación de la demanda, los alegatos de conclusión, es preciso resaltar que en vigencia del art. 2 de la Ley 797 del 2003, que modifica el art. 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece que después de un año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse del régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y esto tuene un argumento muy claro y es el señalado en la sentencia T427 de 2010, en el que referente al traslado de régimen pensional cuando al afiliado le falte 10 años o menos para cumplir la edad, manifestó que la finalidad d esta restricción era obedece constitucionalmente a evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste de las mismas, por lo tanto señores magistrados ruego se tenga en cuenta lo aquí apelado.”

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES, indicó:

“encontrándome dentro la oportunidad procesal me permite interponer recurso apelación ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y de ahí me permito sustentar de la siguiente forma primero que todo me permito manifestar que todas y cada una de las actuaciones que ha realizado mi representar han sido conforme a la ley de otra forma ruegos de señores magistrados mi representada no sea condenada en costas en esta instancia toda vez que al recurrir la sentencia de primera instancia no es un acto caprichoso por parte de mi representada sino que simplemente lo que se permite prever es un desequilibrio en el sistema al momento del reconocimiento de la prestación de otra forma me permito manifestar y tal como quedó demostrado pues el mal actuar fue por parte del fondo y debería hacer es que el mismo fondo reconozca la pensión en los mismos términos que se ha debido reconocer o que la reconocería si la demandante estuviera en el régimen de prima media con prestación definida, desde de este modo dejó sentado a mí recurso”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, el recurso interpuestos por la demandad y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en su,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor EDGAR AGUIRRE, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP COLFONDOS S.A., en el 22 de diciembre de 1994, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

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

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

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia y la parte actora en su demanda y en los alegatos presentados, **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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia. Igualmente es esta providencia y contrario a lo que señala el recurrente, la H. Corte dejó completamente claro, que no es necesario que el afiliado se encuentre cobijado por el régimen de transición, o que este tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

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

Es por ello que coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

Igualmente se considera, que se debe declarar la **ineficacia** del traslado de régimen, efecto aplicado en estos casos por la Corte Suprema de Justicia (ver SL 1452 de 2019). Por ello se modificará la decisión dictada por la juez de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de la afiliación, pues el acto jurídico de traslado no pudo perfeccionarse dado el incumplimiento de la AFP de las normas en materia de información.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia objeto de estudio, en cuanto declaró la nulidad de la afiliación del actor en el RAIS, para **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor EDGAR AGUIRRE CALERO.

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



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de alzada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**(salva voto parcial respecto de la declaración para que Colpensiones
inicie acción judicial)**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 05 2018 258 01 Dte: EDGAR AGUIRRE CALERO Ddo.:
COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 05-2017-532-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JOSÉ GUILLERMO LAVERDE
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido el 7 de octubre de 2019 por la Juez Sexta Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ GUILLERMO LAVERDE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE a la

demandada a reconocer y pagar a su favor pensión de sobreviviente, por el deceso de la señora Nury Zola, en cuantía inicial del 80% del monto de la pensión de vejez que le correspondía a la causante, junto con reajustes y mesadas adicionales, ya que en vida, la señora Nury, cumplía con los requisitos para acceder a pensión de jubilación prevista en la Ley 71 de 1988, que dicha prestación se debe liquidar con el último año de servicios y teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en dicho interregno temporal. (fl. 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la señora Nury Stella Zola, nació el 16 de enero de 1952, que el 17 de mayo de 1979, contrajo matrimonio con la señora Nury, en virtud de tal vínculo convivieron hasta la fecha del fallecimiento de esta última, que a 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones contaba con 42 años de edad, por lo que era beneficiaria del régimen de transición, siéndole aplicable para reconocer derecho pensional a su favor, la Ley 71 de 1988, dado que trabajó en entidades oficiales y privadas durante más de 20 años, que la señora Nury falleció el 7 de marzo de 2006, a la edad de 54 años.

Afirma que a la fecha de deceso de la señora Nury, esta había cotizado un total de 1002 semanas como lo señaló la demandada en resolución SUB68521 de 2017, que en dicho conteo de semanas, no se incluyeron las correspondientes a los meses de noviembre y diciembre, enero y febrero de 1996, todo el año de 1997 y 1998, además de los meses de enero a septiembre de 1999, laborados por ella al Distrito Capital y cuyo empleador presenta deuda, que solicitó el 7 de abril de 2017 ante la demandada reconocimiento de pensión de sobreviviente, la que de nuevo le fue negada como en resolución 9961 de 2009, expedida por el ISS y en resolución del 2017, indicó que la señora Nury, no había cotizado el tiempo requerido para dejar causada pensión de sobreviviente, que teniendo en cuenta las semanas laboradas por la señora Nury al Distrito Capital y que no fueron tenidas en cuenta por la demandada, había dejado causada su pensión y por ello, tiene derecho a que se le reconozca pensión de sobreviviente. (fls.5 y 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Colpensiones, se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 5, 6, 8 y 9, negó los No. 7,10 y 12 a 15 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación. (fl. 37).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. (fl.106)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

El problema jurídico se ciñe a determinar si la señora Nury Estela Zola Arrieta fallecida el 3 de febrero de 2009 dejó a su beneficiario José Guillermo Laverde Castiblanco en su condición de cónyuge sobreviviente el derecho a la pensión por aportes regulada por la ley 71 de 1988 por acreditar más de 1.042 semanas y no 1.002 semanas como lo esgrimió colpensiones sin registro de 36 semanas comprendidas dentro del mes de septiembre de 1996 al mes de septiembre de 1999 por razón de la labor que cumplió la causante en el Distrito Capital conforme se alegó en la demanda, con la finalidad de dirimir el conflicto propuesto se observa que de conformidad con la resolución SUE 68521 del día 18 de mayo de 2017 visible a folios 10 a 13 se acreditó que la causante señora Nury Estela Zola Arrieta cotizó un total de 7.019 días laborados correspondientes a 1.002 semanas con inclusión del empleador Distrito Capital por los siguientes periodos 1993- 07-23 a 1996-09-14, tiempo de servicios 1132 días, 1995-07-01 a 1995-07-31, tiempo de servicio 30 días 1995-08-01 a 1995-08-31 tiempo de servicio 30 días, 1995-09-01 a 1995-12-31 tiempo de servicios 120 días 1996-01-01 a 1996-01-31 tiempo de servicio 30 días 1996-02-01 a 1996-07-12 tiempo de servicio 162 días, ahora de conformidad con la documental visible a folio 70 vuelto, se probó que Distrito Capital reportó 30 días de julio de 1996 no 12 días de cotización contabilizadas en el mes de agosto de 1996, 30 días y en septiembre 15 con registro de retiro; por otra parte se advierte que colpensiones indicó mediante escrito visible a folio 99 que para el empleador Distrito Capital no aplicó el pago correspondiente al ciclo 1996- 09 que inicialmente pretendía realizar ya que entró a cubrir las moras anteriores y por ende genera mora en este ciclo y en ciclos anteriores, se precisó por colpensiones en el escrito en mención que al marcar una novedad de retiro para un ciclo determinado como en el caso que se indica en el ciclo 1996-09 pero sin pago el sistema no toma la novedad de ahí que genere deuda para los ciclos posteriores para el empleador Bogotá Distrito Capital quien deberá hacer los pagos correspondientes con el fin de que los ciclos posteriores a 1996-09 no sigan generando deuda, sin embargo no se acreditó en el juicio lo que la demandante efectivamente hubiera laborado para Distrito Capital como se afirmó en la demanda en el periodo comprendido mes de 09-16-30 de 1996 al mes de septiembre de 1999; por el contrario la documental visible a folios 70-71 permite establecer que a partir del mes de diciembre de 1997 hasta el mes de septiembre de 1999 bajo la razón social denominada consorcio prosperar la entidad demandada devolvió al estado el mayor del subsidio por decreto 3771 así el conteo total de semanas incluidos los meses de julio de 1996 completo, agosto completo de 1996 y 15 días de septiembre de 1996 bajo el empleador Distrito Capital eleva la densidad que registra en la resolución visible a folios 10 a 13 de 1.002 semanas a 1.011 semanas es decir densidad inferior a 20 años equivalente a 1.029 semanas que exige la ley 71 de 1988 Art 7 aplicable en virtud del régimen de transición regulado por el Art 36 de la ley 100 de

1993, no discutido que la causante nació el día 16 de enero de 1952 según consta en registro visible a folio 15 y que por lo mismo a la vigencia de la ley 100 de 1993, la causante tenía más de 35 años de edad régimen que se extendió al día 31 de diciembre de 2014 porque a la vigencia del acto legislativo 01 del 2005 en julio 25 de igual año la causante acreditó más de 750 semanas de cotización específicamente 1.011 semanas cotizadas como se acreditó con la resolución SUV 68521 del día 18 de mayo de 2017 folios 10 a 13 en concordancia con la historia laboral de la causante visible a folios 68 a 72 en ese sentido no ha acreditado que la causante reunió el tiempo de servicios para estructurar la pensión por aportes prevista por la ley 71 de 1988 de bien en prospera la reclamación de la pensión de sobrevivientes peticionada en la demanda de conformidad con lo previsto por el parágrafo 1 del Art 13 de la ley 797 de 2003 demostrado como quedo en el juicio que la causante falleció el día 7 de marzo de 2006 como consta a folio 18.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante** señalando:

Me permito interponer recurso de apelación en atención a las siguientes consideraciones, si bien es cierto el número de semanas cotizadas que se refleja en el expediente corresponde a hoy a 1.011 semanas también lo es que dicha situación ocurre no por una circunstancia atribuible a la señora Zola Arrieta sino por el contrario a un desorden administrativo sucedido en ese entonces por el seguro social hoy colpensiones y el Distrito Capital por cuanto a pesar que la señora Zola Arrieta laboro y se le hicieron los descuentos a cotización dichas semanas no aparecen reflejadas y pues ahora pareciera que solamente hubiera cotizado 1.011 semanas cuando en realidad no es cierto, además de lo anterior se encuentra que en atención al descuido administrativo Distrito Capital en reportar la novedad del retiro se le ocasiono además a la señora Zola Arrieta un nuevo prejuicio como pretender las cotizaciones subsidiadas que tenía porque no era permitido aparecer como funcionaria del Distrito y a su vez ser beneficiaria de los aportes Colombia adulto mayor todas esas circunstancias que desafortunadamente generaron en que la densidad de semanas cotizadas por la Señora Sola Arrieta no se reflejen en la actualidad como semanas efectivamente realizadas en pro de su reconocimiento pensional eso aunado a que en realidad ella presto su servicio al Distrito Capital y las semanas de cotización son evidentemente superiores a los 20 años exigidos por la norma para reconocimiento de la pensión de vejez por tal razón solicito ante la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá, se revoque la decisión en atención a las consideraciones de orden factico que se han presentado en la presente situación que desafortunadamente la señora Zola Arrieta y hoy su esposo sobreviviente han sido víctimas del desorden administrativo y por circunstancias totalmente ajenas a su voluntad se les ha impedido el reconocimiento de una pensión que en derecho les corresponde por cuanto la densidad de semanas de cotización y las semanas laboradas de la señora son superiores al mínimo establecido por la ley.

CONSIDERACIONES

Sobre el particular, sea lo primero señalar que la juzgadora de instancia, indicó que a la señora Nury Zola, le eran aplicables las previsiones de la Ley 71 de 1988, por cuanto a 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, aunado a lo cual, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, contaba con más de 750 semanas de cotización, no siendo objeto de debate que la señora Nury, falleció el 7 de marzo de 2006, como se verifica de registro de defunción visible a folio 18 del plenario

Es así como en efecto, la documental obrante a folio 19 del plenario, contentiva de copia de registro de matrimonio celebrado entre el demandante y la fallecida Nury Zoila, da cuenta que nació el 16 de enero de 1952, por lo que a 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, siendo en principio beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el presente, no hay lugar a determinar si a la señora Nury, se le hizo extensivo el régimen de transición hasta el año 2010, como quiera que la última cotización efectuada por ella, data del año 2004, esto es, con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, como se observa de resumen de tiempos de servicios señalados por la demandada en resolución SUB 68521 visible a folio 10 del plenario y en la que indica que a dicha data, había cotizado un total de 1002 semanas, igualmente de historia laboral visible a folio 70 del plenario, se observa que su última cotización se efectuó en el año 2004.

Es así como determinada la calidad de beneficiaria del régimen de transición que ostentaba la señora Nury, por lo que para el estudio de la prestación pensional, le es aplicable la normatividad anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, normatividad que contempla la figura de pensión de jubilación por aportes, tratándose de regímenes anteriores a la vigencia de la ley 100 de 1993, como el que cobija al señor Reinaldo, teniendo en cuenta que efectuó aportes tanto al sector público como al privado:

“A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer”.

En efecto, como se señaló en precedencia, la señora Nury, alcanzó los 55 años de edad el 16 de enero de 2007 y en cuanto al tiempo de servicios, se tiene que el recurrente reprocha como faltantes los periodos de noviembre, diciembre de 1995, enero y febrero de 1996 y las anualidades completas de

1997 y 1998 y enero a septiembre de 1999; lo cierto es que respecto de los primeros ciclos enunciados, esto es, noviembre y diciembre de 1995 y enero y febrero de 1996, estos se encuentran debidamente imputados y contabilizados en su historia laboral, como se observa a folio 70 del plenario, de la misma historia y de documental visible a folio 76 del plenario, contentiva de respuesta a requerimiento efectuado por el Despacho a la demandada respecto de los periodos registrados como en mora, se observa que el empleador Distrito Capital, reportó novedad de retiro para el periodo de **septiembre de 1996**, y como bien lo señaló la decisión de primer grado, no obra prueba de que la relación laboral de la difunta señora Nury se haya extendido más allá de dicha data, por lo que no es posible endilgar mora en el pago de aportes pensionales posteriores a noviembre de 1996, para tener como válidas cotizaciones de los periodos alegados.

Ahora, en cuanto el argumento del recurrente según el cual no se reportó la novedad de retiro por el empleador Distrito Capital de manera oportuna y ello llevó a la devolución de los aportes efectuados a través del Fondo de solidaridad pensional, lo que impidió la contabilización de los mismos; lo cierto es que si bien obra prueba de tal circunstancia en historia laboral mencionada, aunado a lo cual, la demandada en respuesta a requerimiento al que se hizo alusión, señaló que no había tenido en cuenta dicha novedad de retiro por cuanto ese ciclo en que se reportó la misma, septiembre de 1996, registró deuda por no pago; esta cuestión de los aportes devueltos, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal, pues el demandante reprocha los ciclos mencionados en aparte anterior y no peticiona nada respecto de los ciclos devueltos por la demandada al Fondo de Solidaridad pensional, lo que impidió que no se hiciera alusión respecto a ellos en primera instancia, por lo que no es posible en esta instancia referirse a un punto que no fue objeto de debate.

Es así como conforme documental precitada contentiva de respuesta a requerimiento emitida por Colpensiones y visible a folio 81 del plenario, esta entidad certifica que el empleador Distrito Capital, presentó mora en el pago de los aportes correspondientes a los ciclos de julio y agosto de 1995 y 15 días de septiembre de 1996, los que sumados a las 1002 semanas que señala la demandada había cotizado la señora Nury en vida (fl. 10), alcanza un total de cotizaciones de **1012,7**, semanas, densidad que es inferior a

1028, siendo estas las equivalentes a los 20 años de que trata la norma en cita y si bien la suscrita equipara 750 semanas a 15 años de servicios, esto es para la recuperación del régimen de transición, conforme los parámetros de la sentencia SU 062 de 2010, cuestión distinta a este asunto.

Así las cosas al no haber lugar a tener en cuenta cotizaciones adicionales a las señaladas en primer grado, la señora Nury, como bien lo señala la demandada en sus alegaciones, en vida no alcanzó un total de cotizaciones igual o superior a 1028 semanas, para dejar causada la pensión prevista en la Ley de 1988 y sustituir la misma al demandante, habrá de **confirmarse** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia 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 artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 07-2017-613-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: VÍCTOR RAÚL OROZCO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 6 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor VÍCTOR OROZCO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la vinculación que efectuara al RAIS el 1 de febrero de 1995, al existir error de hecho en la misma que vició su consentimiento, se declare que nunca ha efectuado traslado válido a dicho régimen, encontrándose válidamente afiliado a Colepensiones, que tiene derecho a que se le reconozca pensión por vejez de conformidad con lo previsto en la Ley 797 de 2003; como consecuencia de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

tales declaraciones, peticona se condene a Colfondos S.A., que registre en su sistema que su vinculación a esa administradora, no tiene validez, a Colpensiones a tenerlo como afiliado y actualizar su historia laboral, se ordene a Colfondos a devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, comisiones y bonos pensionales que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, condenando a Colpensiones a reconocer y pagarle pensión de vejez, junto con intereses moratorios. (fls. 3 y 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 4 de julio de 1954, que laboró para el Sindicato de Expendedores desde el 28 de febrero de 1985 al 31 de mayo de 1986, de manera interrumpida y acumuló más de 47 semanas de cotización producto de dicha relación laboral, igualmente cotizó para otros empleadores acumulando un total de 259.99 semanas al ISS, que se trasladó de régimen pensional a Colfondos, el 1 de febrero de 1995, que dicha AFP, no le informó las implicaciones del traslado de régimen, no le señaló sobre la naturaleza de ese régimen de capitalización, como tampoco le informó sobre las desventajas que le traería dicho traslado y las ventajas de permanecer el en RPM, conociendo ese fondo privado, las semanas que había cotizado para dicha data al ISS y para la fecha de afiliación a Colfondos, su salario ascendía a \$892.735.

Señala que durante su permanencia como afiliado en la AFP Colfondos, no recibió una asesoría profesional, completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional y sólo cuando por su propia cuenta, contrata una asesoría pensional, se percata de que había sido engañado por Colfondos, por lo que el 7 de marzo de 2017, solicita ante dicha administradora la anulación de su afiliación y en la misma fecha, solicita a Colpensiones, activar su afiliación en dicho régimen, que Colfondos, le señaló a improcedencia de anular su afiliación, indica que cuenta con 1380,57 semanas de cotización y 62 años de edad, cumpliendo los requisitos para que le sea reconocida pensión de vejez. (fls. 3 a 5).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 8 a 10, 28 y 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada. (fl. 163).

Por su parte, COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 5, 9 15 a 17 y 25, manifestó no constarle los No. 1 a 4, 6 a 8, 10, 24 y 27 a 29 y negó los demás. No propuso excepciones de mérito. (fl. 205).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el actor al RAIS, a través de Colfondos el 13 de enero de 1995, ordenó a esta última a trasladar todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones, junto con rendimientos, ordenando a Colpensiones a recibir como afiliado al demandante sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a los fondos demandados. (fl. 317)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Solicita el demandante que se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del régimen de prima media de ahorro individual quisiera en el año 1995 por cuanto no se le brindo la asesoría e información necesaria, completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna sobre el cambio de régimen y de las implicaciones que con llevan las pensiones dentro del régimen de prima media con prestación definida y dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad como tampoco de las formas de pensiones que tiene el RAIS, contrario a ello los fondos demandados solicitan su absolución, el apoderado de la AFP demandada manifiesta que los asesores siempre han suministrado toda la información y asesoría clara y completa a los cotizantes afiliados y que el demandante realizó el traslado de manera, libre, espontanea y voluntaria sin mediar engaño o acción o algún vicio al consentimiento, la ley 100 de 1993 vigente para la época de traslado del demandante que después fue modificada por la ley 797 del 2003 que su artículo segundo indica los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran, una vez efectuada la selección inicial estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, después de un año



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de la diligencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, artículo declarado exequible por la corte constitucional en la sentencia C1024 del 2004, teniendo en cuenta lo reseñado y verificado el objeto de litigio debe aclararse a los fondos demandados del momento alguno el demandante alegado pertenecer al régimen de transición ni que en su caso es aplicable lo dispuesto en la sentencia C789 del 2002 el fundamento de su pretensión es que al momento de realizar el traslado de régimen pensional no se le proporcionó una información, una asesoría completa y comprensible acerca de las ventajas y desventajas que le traería dicho traslado de régimen pensional y de los riesgos que corría, pues dice que al momento de ese traslado no se le elaboró proyección que le permitiera contar con una información completa sobre cada uno de los regímenes involucrados ni le informaron los aspectos negativos y positivos de la decisión que iba a tomar.

Respecto a la información que debe ser garantizada por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento del trámite de traslado de sus afiliados al régimen de prima media la sala de transacción laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia del 9 de Septiembre del 2008 bajo los erradicados 31981 y 31314 que han sido ratificadas hasta la actualidad principalmente con la sentencia SL4964 del 14 de Noviembre del 2018 y la SL4989 de la misma fecha ha dejado sentado que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de la condiciones para el disfrute pensional, es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está y cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales como en el sublite, la elección de régimen pensional trasciende el simple deber de información y con la emanación del mismo reglamento de la seguridad social la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionarle información de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes y aun a llegar si fuera el caso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, la anterior conclusión lo asentado en la solicitud de vinculación de la administradora de pensiones aparece firmada por el demandante que en su traslado al régimen de ahorro individual se hizo de manera voluntaria que se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ello entraña desde esa posición que ha sido expresada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema justicia donde se ha desprendido este tipo de acciones que inicia el demandante concluyéndose que desde la ley 100 de 1993 desde el decreto 656 del 94 siempre existió el deber de informaciones cabeza de la AFP como así lo ha dejado sentado expresamente la sala de casación laboral de la corte en su jurisprudencia lo ha dicho y aún en la misma normatividad civil del artículo 1603 del código civil que dispone la ejecución de buena fe de los contratos.

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obliga no sólo a lo que en ellos se expresa sino todas las cosas que mandan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella regla válida para las obligaciones cualquiera que sea su fuente legal, reglamentaria o contractual asignándole desde su creación a los fondos privados como administradores del RAIS la obligación de brindar una información y asesoría completa clara y certera a los trabajadores afiliados o potenciales afiliados no siendo sólo su función mercantilista como erróneamente se creyó por parte de sus representantes legales quienes olvidaron que su creación estaba impregnada de una función al servicio de los intereses sociales dentro del sistema de seguridad social en pensiones orientada a la administración reconocimiento de los Derechos pensionales de los trabajadores en Colombia por lo dicho es obligación de asesorar e informar a los trabajadores afiliados o potenciales afiliados no nació a partir del decreto 2555 del 2010 en el 2071 del 2015 en el área 1748 del 2014 como se alega por parte de los apoderados de los fondos, pues con la expedición de esos preceptos normativos lo que único que se hizo fue recoger, expedir, modificar y reglamentar la obligación de brindar una información transparente a los consumidores de los servicios financieros entre los que se encuentran los afiliados a las AFP, se reitera ya existía la obligación incluso en la misma ley 100 de 1993 del mismo estatuto financiero decreto 663 de 1993 cómo es posible verificar en los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

artículos 97 y siguientes y en el decreto 656 de 1994 y así ha sido ratificado por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1452 del 3 abril del 2019 donde en este punto dijo en armonía con lo anterior el decreto 663 de 1993 estatuto orgánico del sistema financiero aplicables a la AFP desde su creación prescribió en el numeral primero del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen de suerte que les permita a través de elementos de juicio claro y objetivo escoger las mejores opciones del mercado de esta manera como puede verse desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenía la obligación de garantizar una filiación libre y voluntaria mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustará a sus intereses, ahora bien teniendo claro de que la obligación de asesoría información en cabeza de la AFP se nació desde su creación y a favor de los trabajadores afiliados y respecto a garantizar en cada una de sus actuaciones los principios de buena fe transparencia, vigilancia y el deber de información, se ha de tener en cuenta de la jurisprudencia de la sala laboral que es obligación información debe mantenerse desde la pre afiliación y durante todo el tiempo en que se mantenga está siendo imprescindible entonces que la asesoría daba el trabajador afiliado sea completa comprensible, veraz, prudente y lo suficientemente útil para orientar a ese afiliado en la elección de régimen pensional obligación a la que le inherentes el deber del buen consejo que debe primar incluso ante los intereses o lineamientos económicos de las administradoras privadas.

En este caso se tiene que el demandante no es beneficiario del régimen de transición pues entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 39 años de edad y 113.86 semanas cotizadas, lo que equivale a 2.21 años respecto a este tipo de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición la sala de casación laboral de la Corte Suprema de justicia en la sentencia dictada radicado sl2 136 de 3 de septiembre del 2014 radicado 46292 determinó con base en lo previsto en los artículos 13 literal B y 1231 de la ley 100 de 1993 y cuando se presente controversia frente a los traslados entre el régimen de prima media con prestación definida del ahorro individual con solidaridad lo que se debe analizar es si el acto que lo género resulta o no eficaz independientemente de que el peticionario sea o no o beneficiario del régimen de transición ahí dijo, no obstante cuando se trate de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición como quiera que su traslado no acarrea la pérdida de situaciones favorables, corresponde al actor evidenciar en el proceso que información equivocada o falaz lo llevó a optar por escoger el RAIS a pesar del perjuicio que a ellos se le significa por su simple afirmación traslade la carga probatoria a la correspondiente administradora ellos esa sin consideración a que las personas cuyos derechos están regidos por un todo por la ley 100 de 1993 no pueden prescindir del hecho que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regimenes solidarios excluyentes cada uno de ellos con características diferentes con todos sus pro y contras pero en todo caso se entienden como sistema con beneficios equiparables si no fuera así no podrían coexistir como en efecto lo hace en estos casos para establecer la ineficacia del traslado sea preciso que se pruebe sin lugar a dudas que se recibe información errónea o falaz y que con base en ellas se asumió la decisión de traslado que lo perjudica ese texto jurisprudencial se tiene que no es presupuesto necesario para acceder a la pretensiones del demandante que sea o no beneficiario del régimen de transición lo que es primordial en este tipo de litigio es la prueba de que la vinculación al RAIS es propiciada por la falta de información y buen consejo, por la información errónea y falaz que los asesores del fondo lo hubiesen suministrado al demandante carga de la prueba que en principio estaría a cargo del afiliado o beneficiario del régimen de transición sin embargo el artículo 167 del código general del proceso dispone carga de la prueba incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que causaran el efecto jurídico que ella persigue, diciendo en su último inciso que los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba y posición que se acompasa como dispuesto en el artículo 1604 del código civil la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplear por ello en este trámite procesal se tiene queja a los fondos demandados a los que le asiste el deber procesal de acreditar que sus actuaciones al momento de la afiliación y traslado del demandante se ciñeron al principio de la buena fe al deber información veraz, completa evitando cualquier posibilidad ocasionar perjuicios al potencial trabajador



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliado esto en cumplimiento al principio de la carga dinámica de la prueba del demandante del libro introductorio hace una negación de carácter indefinida de que nunca recibió una asesoría de vida, negación que conforme a la norma incita último inciso está relevada de la carga de la prueba como igualmente lo ha ratificado la sala de casación laboral de la Corte Suprema justicia en la sentencia SL 17595 el 18 de octubre del 2017 la SL 4964 del 14 de noviembre del 2018 y en forma más reciente en la SL 1452 del 3 abril del 2019 donde le achaca esa carga probatoria a los fondos privados contesta en la calidad de los demandados en este tipo de litigios en esta última sentencia ha dicho en torno al punto del artículo 1604 del código civil establece que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo de lo que se sigue que es el fondo de pensiones a qué corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional paralelamente no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada cuando no imposible o desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar en este caso pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito en la medida que:

1. La afirmación de una vez recibida información corresponde a un supuesto negativo indefinido que sólo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.
2. La documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo dado que de tercero es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y más aún probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual toda vez que como se explicó las entidades financieras por su posición en el mercado profesionalismo experticia y control de la operación tiene una clara preeminencia frente al afiliado lego a tal grado de lo anterior que incluso la legislación del artículo 11 literal B de la ley 1328 del 2009 considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en di favor de los consumidores financieros.

Así las cosas y teniendo en cuenta los elementos normativos y jurisprudenciales reseñados no puede aceptarse el argumento esgrimido por los fondos demandados respecto a que en este tipo de litigio sólo puede prosperar en los casos donde los demandantes son beneficiarios del régimen de transición o que la carga de la prueba esté en cabeza del trabajador pues ha quedado claro que jurisprudencialmente, según la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema Justicia de los fundamentales que queda acreditada la omisión de información, la tergiversación de esta. La omisión en el buen consejo por parte del fondo privado al momento de lograr el traslado de régimen pensional del trabajador y durante el tiempo en que se mantuvo esa vinculación dañina para los derechos de este, sobre las pruebas que se recaudaron tenemos que a folio 32 180 181, copia del reporte de semanas cotizadas a Colpensiones por el demandante desde el 28 de febrero de 1985 hasta el 31 de mayo de 1993 para un total de 113.86 semanas a folio 224 obra copia del formulario de afiliación a la AFP Colfondos suscrito por el demandante el 13 de enero de 1995 dicha documental se relacionan sus datos básicos y se señala como entidad administradora anterior a Cajanal y se identifican a la asesora de esa AFP a la Señora Adela Pérez Besca a folio 33 a 58 y 110 a 125, obra copia del reporte de semanas cotizadas por el demandante a Colfondos a folio 31 dura copia de la cédula ciudadanía del señor Orozco Quintero documentales en la que se acredita que él nació el 4 de julio de 1954 contando en la actualidad con 64 años de edad ante esta audiencia se practicaron las pruebas oportunamente decretadas en el interrogatorio del señor Víctor Raúl Orozco Quintero manifiesta su edad de 64 años, dice que es médico veterinario es funcionario público del Ministerio de agricultura y desarrollo rural desde 1994 aseguran que al año 1995 empezaron a llegar al ministerio los funcionarios o funcionarias de los fondos privados y aplicarles que eran las AFP y cómo se manejaba, se hacían reuniones con 20 o 30 funcionarios en las instalaciones del ministerio dice que la asesora hizo una cita individual que fue donde él suscribió el formulario donde la asesoría que brindaba siempre manifestaba que en el fondo privado iba obtener una pensión de mayor valor que los rendimientos eran mejores que podía



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

obtener media pensión, una pensión completa o sino adquiría el derecho pensional le devolverían todo el dinero depositado dice que en realidad y sobre lo que logró indagar, el derecho pensional reconocido por el fondo privado era 50% menos de la que podría obtener en el régimen de prima media a través de Colpensiones, dice que nunca lo ha llamado el fondo Colfondos a darle ningún tipo de información asegura que él no leyó el formulario de afiliación y traslado de régimen pensional que la asesora que lo visitó lo llenó y él sólo lo firmo, asegura que la asesora le manifestó que no necesitaba completar edad ni semanas cotizadas para adquirir el derecho pensional con ese fondo privado nunca le manifestó que debía hacer aportes voluntarios aparte de los aportes obligatorios para poder adquirir un derecho pensional Igualmente esta asesora le manifestó que Cajanal moría y el ISS estaba en crisis por eso debería trasladarse a Colfondos y asegura que hace 9 años solicito de volverse a Colpensiones y ambos fondos se lo negaron.

El representante legal de Colfondos John Walter Buitrago Peralta lo es desde abril del 2017 dice que Colfondos tiene establecido procedimientos y estudios para los asesores para que brinden asesoría y logren trasladar los trabajadores afiliados, sobre el soporte probatorio respecto a la formación en seguridad social en pensiones de la señora Adela Pérez Belga fue la asesora de Colfondos que le brindo la asesoría al demandante dice que sólo está el soporte de afiliación del demandante no sabe este representante legal sobre la formación de la asesora Adela Pérez Vega en temas de seguridad social en pensiones ni sobre las capacitaciones que específicamente ella haya recibido por parte de Colfondos para la fecha del traslado del demandante, la testigo del demandante Interesa Maldonado Figueredo trabaja el Ministerio de agricultura desde 1996 dice que antes de 1996 estaba en el Ministerio cómo pasante, dice que cuando entró al ministerio ya el señor demandante trabajaba allí.

En 1995 fue cuando ingresó como pasante, Colfondos realizo una reunión en el cuarto piso del ministerio con unas 20 personas aproximadamente donde la asesora que los Atendió le manifestaba que ellos podían pensionarse a cualquier edad que el ISS no daba la misma garantía porque ese instituto se iba acabar que no se iban a poder pensionar Igualmente asegura que no se hizo ningún tipo de comparativo entre el RAIS y el régimen de prima media ni se mencionaron desventajas del RAIS a los trabajadores que recibieron esa asesoría.

De las pruebas que se practicaron que se arrimaron al proceso y conforme lo arreglado en los artículos 60 y 61 del código procesal del trabajo de la seguridad social debe indicarse que en este caso no obra medio de convicción que brinde la certeza y veracidad suficiente de que Colfondos al momento de lograr el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS estuviese suministrando la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto de las consecuencias que traería en su futuro pensional dicha decisión de traslado a un fondo privado, situación que constituye una flagrante omisión y su deber de información en los términos jurisprudencialmente ya relacionados además el mismo representante legal de Colfondos acepta que no habrá constancia o prueba alguna de la información y capacitación de los asesores de Colfondos para 1995 sobre los conocimientos en temas de seguridad social en pensiones tenía la asesora Adela Pérez Vega empleada de Colfondos que tramitó la vinculación y traslado de la aquí demandante en este punto y de la hoja de vida de la asesora Adela Pérez Vega a folio 263 al 281 del expediente se observa una información escasa de esa promotora social se observa que era bachiller y tecnóloga en administración empresarial con la experiencia laboral se había desempeñado como asesora de moda y mercadeo, administradora de un almacén de ropa, secretaria de un almacén textil y como auxiliar de contabilidad no encontrando el despacho que de la información que sea allego, se debe certeza y tenacidad de los conocimientos o capacitaciones que pudiese tener la asesora en tema de seguridad social en pensiones y que pudiese exteriorizar a el demandante al momento de conseguir su traslado de régimen pensional en el año 1995 de ese esquema probatorio se puede concluir que la asesora de ese fondo privado en su empeño de atraer un afiliado más en su afán de cumplir con su labor no constato en forma alguna que la información brindada al demandante al momento de su afiliación al RAIS fuese verídica y lo suficientemente clara como para que el señor Orozco Quintero pudiese tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influirían en ese traslado y su posterior derecho pensional en lo que respecta al formulario de vinculación a la AFP Colfondos con el que se pretende



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

acreditar que con la sola firma del actor se plasma la voluntad del afiliado no es admisible lo expresado por la AFP pues está plenamente acreditado que el demandante desconocía sobre la incidencia de esa afiliación y traslado que tuvo frente a su derecho prestacional pensional ni puede estimarse satisfecho requisito para una simple expresión genérica como la simple firma que allí desde el inicio haya correspondido las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente, por el efecto que acarrea el cambio de régimen pensional su pena declarada ineficaz a ese tránsito por ello el formulario de vinculación no constituye un medio probatorio suficiente como para que se puede inferir que al actor se le proporcionó la información adecuada, veraz y requerida en este tipo de trámites y que el fondo privado demandado cumplió con su deber del buen consejo dando cuenta de que documentó de forma clara y suficiente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional y así lo enseñó la sala de casación laboral de la Corte Suprema justicia en la sentencia SL19447 del 2017 SL 1452 del 3 abril 2019 y la SL 56174 del 10 abril 2019.

Ahora bien teniendo acreditada la omisión del fondo privado debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2136 de 3 de septiembre del 2014 posición que se ha reiterado en la SL 4964 de noviembre del 2018 ha dejado sentado qué casos como el presente lo que se configura es la ineficacia de esa afiliación cuando quiera que:

- 1. La insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado y impidiéndole su acceso al derecho.*
- 2. No será suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad.*
- 3. Los términos del artículo 1604 del código civil corresponde a las administradoras de fondos de pensiones a llegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados los cuales de no ser ciertos tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 de 1993 y en lo que debe costar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.*

Presupuesto estos que se acreditaron a este trámite procesal llevando determinar que la afiliación al RAIS del demandante no estuvo acorde al estatuto de seguridad social en pensiones a la regla de libertad de escogencia del sistema pensional no se acreditó la existencia de una decisión documentada y precedida las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones tornando ineficaz el negocio o mejor la vinculación del señor Víctor Raúl Orozco Quintero en el fondo Colfondos del 13 de enero de 1995 mediante formulario número 50734 debe el despacho hacer una precisión respecto a la condena Colpensiones esto por cuando el formulario de traslado al RAIS se relaciones al Cajanal como la entidad a cargo de los aportes pensionales del demandante para el año 1995 la ley 100 de 1993 creó el sistema general de pensiones conformado por dos regímenes solidario y excluyente al saber el régimen de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, el artículo 52 de la ley 100 de 1993 asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social nacionales y territoriales así mismo autorizo a las cajas, fondos, entidades de seguridad social del sector público para continuar administrando dicho régimen, respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsista sin perjuicio de los lados acogieran alguno de los regímenes regulados en esa misma ley en este caso para la época en que se trasladó el demandante él se encontraba vinculado a la caja Nacional de previsión social Cajanal EICE entidad que luego de la expedición de la ley 100 quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida respecto a sus afiliados pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados contaron por el régimen de prima media, los vinculados a cajas, fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare lo que se trasladaron voluntariamente fueron inscritos al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones más adelante el decreto 2196 del 12 de junio del 2009 se ordenó la supresión y liquidación de la caja Nacional de previsión social en el artículo cuarto de esa normativa ordenó el traslado de sus afiliados al instituto de seguros sociales dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención traslado que se hizo efectivo en el mes de julio del 2009 por otro lado conviene mencionar que si



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

bien la ley 100 de 1993 instituyó al ISS como el administrador natural de régimen solidario de prima media con prestación definida a partir de la supresión y liquidación del instituto de seguros sociales ordenada por el decreto 2013 del 2012 esa entidad fue relevada por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones creada por la ley 1151 de 2007 para dentro de otros aspectos del proyecto ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom salvo el caso de los afiliados de esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del decreto 2011, los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el fondo de prestaciones públicas a nivel nacional asumiendo dichas competencias así los reconocimientos pensionales por Colpensiones a partir del 28 de septiembre del 2012 por ello y teniendo en cuenta que en este caso el demandante cumplía los requisitos para pensionarse después del año 2012 la entidad que debe recibir al demandante es Colpensiones en virtud del traslado de los afiliados de Cajanal al ISS, ordenado en el decreto 2196 del 12 de junio del 2009.

Con la contestación de la demanda, los fondos demandados propusieron la excepción de prescripción para resolverse tiene que el artículo 48 de la Constitución Política define a la seguridad social como un derecho de carácter irrenunciable regido por los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad y recordemos que en el caso en estudio los debates del régimen pensional que debe aplicársele al señor demandante para el disfrute de su derecho pensional tema que es inherente al derecho a la seguridad social garantizados constitucionalmente y por ende irrenunciable y por lo tanto imprescriptible así lo ha dejado sentado la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 49741 del 8 de marzo del 2013 ha sido reiterada últimamente en la SL 56174 del 10 de Abril del 2019 donde dejó claro que de igual forma destaca la sala la inoperancia del medio exceptivo frente a la nulidad del traslado no sólo por su nexo de causalidad como un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución nacional sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial en sí misma al que cimienta último frente al que además no resulta dado agregarle fenómeno advertido en tanto los sustentos fatigos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo por lo tanto el fenómeno prescriptivo alegado como excepción no opera en este tipo de litigios, sobre las restantes excepciones propuestas por los fondos demandados Igualmente da las resultas del proceso se declaran no probadas sobre costas procesales son a cargo de los fondos demandados a favor del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó:

Si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 la selección de cada uno de los regímenes al cual decide estar afiliado el demandante se realizaba de manera libre y voluntaria situación que no se vio involucrada de ningún vicio que no se incurrió en ninguna prohibición legal puesto lo manifestó el despacho, al momento del traslado del demandante este contaba al primero abril de 1994 con 39 años de edad y 113 semanas cotizadas al régimen de prima media así mismo y pues teniendo en cuenta que las administradoras de fondos de pensiones son entidades vigiladas por la superintendencia financiera y que dichos formularios o la normatividad vigente en ese momento lo único que exigía para que el traslado se hiciera efectivo era la manifestación por escrito que hiciera el demandante o el potencial afiliado a la administradora de fondos de pensiones situación pues que se dio aquí el 13 de enero de 1995 cuando el demandante suscribió el formulario de afiliación y traslado a sí mismo y si bien el derecho de información siempre ha existido a cargo de las administradoras de fondos de pensiones no así mismo, el deber de estas documentar la información brinda al potencial afiliado, toda vez de que dicha obligación surgió para las administradoras de fondos de pensiones con la expedición de la ley 1748 del 2014 no Por ello porque no consta un documento en el cual se evidencia la información brindada por el afiliado se puede asumir entonces que la misma no se suministró al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

demandante de manera verbal igualmente y teniendo en cuenta que la buena fe de los contratos se presume de ambas partes y no sólo de una, lo anterior conforme a lo dispuesto o a lo manifestado en la sentencia de la corte 1452 de 2019 la cual manifestó que no se puede asumir de plano la mala fe de uno de los contratantes la buena fe de uno y asumir de plano la mala fe de otros.

Por lo cual pues entonces no se puede presumir de plano de la mala fe de las administradoras de fondos de pensiones sólo por el hecho de que las mismas no consten con un documento en el cual se pueda verificar la información que éstas brindaron al potencial afiliado al momento de efectuar el traslado de fondo de pensiones a sí mismo y teniendo en cuenta la normatividad vigente al momento del traslado del decreto 656 de 1994 y 692 pues no se incurrió en ninguna falta toda vez de que el traslado efectuado se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en esta normatividad la cuál era la vigente al momento del traslado efectuado por el aquí demandante, así mismo solicito señores magistrados se reste valor probatorio al testimonio de la señora Edith toda vez de que la misma manifestó que ella no se encontraba presente al momento de la firma del formulario de afiliación que devino en el traslado de régimen efectuado por el señor Víctor Raúl Orozco por lo cual pues no se puede dar credibilidad al testimonio de la misma sabiendo perfectamente que al momento de la firma del formulario pues se le pudo ampliar la información a la aquí demandante.

Señores magistrados teniendo en cuenta de que pues la sentencia del tribunal del 28 de febrero 2018 dentro del proceso del juzgado 18 con radicado 2016 712 magistrado ponente Diego Roberto Montoya Millán en la cual indica que para estos procesos si existe la prescripción toda vez de que el aquí demandante manifestó en su interrogatorio de parte es que él mismo se había dado cuenta o le había manifestado por parte de Colpensiones de que no podía trasladarse régimen toda vez de que le faltaban menos de 10 años hace 9 años y que sólo hasta el año 2017 viene a iniciar el proceso habiendo transcurrido el término trienal que contempla la norma en el artículo 488 del código sustantivo del trabajo hoy 151 del código procesal laboral, por lo cual entonces solicitó muy respetuosamente a los magistrados se revoque la sentencia de instancia así mismo y respecto a las costas del proceso pues teniendo en cuenta de que respecto a las costas impuestas a mi representada se realizó conforme a lo normado en las facultades ultra y extra petita dejo esta vez de que si bien lo que se pidió por la parte demandante fue la nulidad del traslado y lo que aquí pues el juzgador de instancia decreto fue la ineficacia de la misma, solicitó entonces no se condene a mi representada al pago de la condena en costas igualmente conforme a lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 48 de la constitución política esto es que los dineros de la seguridad social no pueden ser destinados a otra cosa más que al cumplimiento de los fines de esta y pues el pago de costas no está incluido entre los fines de la seguridad social.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor VÍCTOR OROZCO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 13 de enero de 1995, el que reposa a folio 224 del expediente.

En este orden, procede señalar que lo peticionado, se estudia bajo la óptica de la figura de la ineficacia del traslado de régimen, cuestión 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

Es así como en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; no siendo de resorte de este como lo señala Colpensiones en su en su recurso, probar vicio de consentimiento alguno, pues si bien este se alegó en escrito de demanda, lo cierto que se itera que lo solicitado, se estudia bajo la óptica de la figura de la ineficacia, figura que para prosperar, no requiere vicio alguno del consentimiento como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas; así las cosas contrario a dicha afirmación de la entidad recurrente, 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**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Víctor Orozco, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable y contrario a lo señalado por la entidad recurrente, dicho deber de información, no se suple con la simple firma del formulario de afiliación

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Tampoco es de recibo el argumento de la recurrente, según el cual, al momento en que se trasladó el actor al RAIS, no era obligación documentar la información entregada al afiliado; 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, 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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, así como documentar dicha información precisamente para prever litigios de este tipo.

Ahora bien, en cuanto al reproche de la testimonial rendida por la señora Edith Maldonado, se tiene que contrario a lo manifestado por el recurrente, la decisión de primer grado, no se basa en las afirmaciones esgrimidas por esta testigo, pues nótese que ni siquiera la menciona, siendo que la declaratoria de ineficacia de traslado, como bien lo señala la decisión de primer grado, radica en que no se probó por parte de Colfondos S.A., que al actor se le proporcionó la información ilustrada respecto de su traslado en los términos tantas veces anotados.

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

Por último, en cuanto al punto de reproche expresado por la demandada Colpensiones, se observa que el numeral 1 del artículo 365 del CGP, indica que la parte vencida en el trámite procesal, será condenada en costas; razón por la cual, la imposición de costas a su cargo, no resulta ser caprichosa, pues fue vencida durante el trámite procesal, ordenándosele aceptar al actor como afiliado y recibir los aportes objeto de traslado.

Por todo lo anterior, se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, la Administradora de Pensiones COLFONDOS S.A., a la que se trasladó el actor, no demostró cómo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

le correspondía que 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 a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado.

Ahora bien, señala la decisión de primer grado que el actor se encontraba afiliado a Cajanal al momento de su traslado al RAIS, no obstante lo anterior, en documental obrante a folio 225 del plenario allegada por Colfondos, se determina que al momento de dicho traslado, el fondo pensional del actor correspondía a la hoy Colpensiones, es así como y en gracia de discusión, si el actor se encontraba afiliado a dicha Caja, realizado un nuevo estudio de este tema, se encuentra que en la actualidad no se hace distinción en relación a la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, de la cual proviene el afiliado, hasta el momento de su traslado, por lo que se recoge cualquier postura de la ponente que en contrario se hubiere proferido con anterioridad, puesto que bajo los actuales precedentes y bajo la figura de la ineficacia del acto jurídico, que es la que se declara en la sentencia en estudio, y es la que últimamente fue decantada por los precedentes de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en relación con el traslado de la demandante desde el Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por lo cual, resulta inane que la afiliada no hubiere estado con anterioridad en COLPENSIONES o en su momento en el I.S.S., puesto que, retornando los hechos al estado anterior al traslado de régimen, es necesario señalar que en la actualidad el régimen de prima media, únicamente se encuentra a cargo de COLPENSIONES, dada la extinción de la antigua CAJA DE NACIONAL PREVISIÓN SOCIAL (CAJANAL) en donde también estuvo afiliado el demandante, lo cual resulta procedente bajo la figura de la ineficacia decantada en los términos explicados por la jurisprudencia del orden nacional, bajo la preceptiva del artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, normatividad generada para la liquidación y terminación de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte: VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**(salva voto parcial respecto de la declaratoria para que Colpensiones
inicie acción judicial)**

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

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

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 07201700613-01 Dte. VÍCTOR RAÚL OROZCO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

A pesar de que la Sala mayoritaria, decidió en vez de autorizar, declarar que COLPENSIONES, puede obtener por vía judicial, el valor de los perjuicios causados; me sigo apartando de dicha decisión, pues tal obtención de perjuicios es un asunto de la autonomía de la entidad en mención, siendo esta la encargada de determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder y con ello decidir si inicia o no las acciones pertinentes, aunado a lo cual, tal aspecto, no fue objeto de discusión durante el trámite procesal.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 08-2018-316-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIME FANDIÑO

DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 16 de julio de 2019 por el Octavo Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante, la cual solicita se confirme la decisión de primer grado y las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor JAIME FANDIÑO, demandada a la UGPP, solicitando se declare que laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, por tiempo superior a 20 años, siendo beneficiario de la convención colectiva suscrita entre esta y el sindicato de sus trabajadores, para la vigencia 1998 – 1999, que cumplió 55 años de edad el 30 de diciembre de 2012, por lo que tiene

derecho a reconocimiento y pago de pensión convencional desde dicha data, junto con indexación. (fl. 2).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero de manera interrumpida entre el 3 de julio de 1978 al 27 de junio de 1999, que es beneficiario de la convención colectiva firmada entre dicho empleador y sus trabajadores para el periodo 1998-1999, que cumplió 55 años el 30 de diciembre de 2012 y su salario promedio devengado en el último año de servicios, ascendió a \$1.498.689, que solicitó dicho reconocimiento pensional ante la demandada el 25 de enero de 2018, la que le fue negada a través de resolución RDP 016382 de 2018. (fl.2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3 y 7, negó los No. 4 y 5 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido -inexistencia de la obligación, prescripción, compensación y buena fe. (fl. 88).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento de pensión convencional a partir del 30 de diciembre de 2012, en cuantía inicial de \$2.351.158, por lo que condenó a la demandada a pagar al demandante dicha prestación a partir del 25 de enero de 2015, en la suma de \$2.545.114, declaró igualmente que dicha pensión, tenía lugar hasta cuando al actor, le fuera reconocida pensión de vejez, momento en el cual, la demanda sólo pagaría el mayor valor, por ser de carácter compartida, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas antes del 24 de enero de 2015 y condenó en costas a la demandada. (fl.102)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

Respecto a la relación laboral no existe ningún tipo de controversia esto es que entre el señor Jaime Moreno y la extinta caja de crédito agrario industrial y minero, entre el 3 de Julio 78 al 26 de junio de 1999, en virtud de la cual, fungió como trabajador oficial ocupando último cargo de director grado 07 en la oficina de Carmen de Carupá

y Lenguazaque Cundinamarca, fluye la anterior de lo aceptado por la demandada y además porque reposa en el expediente suficiente material probatorio con que da cuenta de las siguientes documentales a folio 53 la certificación laboral y salarios devengados en el último año de fecha 15 de noviembre del 2017 expedida por el grupo de gestión integral entidad de liquidada, del Ministerio de cultura y desarrollo rural a folio 54 la copia de liquidación definitiva las cesantías a folio 50 y 51, obra copia resolución del 8 de mayo del 2018 acto administrativo el cual en su parte considerativa indicó los periodos de la prestación de servicios el demandante y finalmente el expediente administrativo por medio magnético por la demandada y que está a folios 93-96 en el cual se desprende el certificado de formación laboral certificado salarios mes a mes por el Ministerio de agricultura y desarrollo rural.

Establecido lo anterior y como quiera que la entidad demandada niega la prestación solicitada en razón al que el demandante no cumplió con el requisito de la edad establecida en la convención colectiva con anterioridad entre en vigencia del acto legislativo 01 del 2005 normatividad que estableció que a partir de su vigencia no será posible considerar las condiciones especiales diferentes a las establecidas en el sistema general de pensiones y por el camino de pactos convenciones colectivas y laudos arbitrales en general cualquier tipo de acto jurídico, procede este despacho a resolver el problema jurídico planteado la siguiente manera se sustentan las pretensiones en el hecho de que la pensión prevista en esta convención, es una figura propia del derecho colectivo que se traduce las expresiones del derecho de libertad de negociación de la Constitución Política y las leyes precisamente garantizan fomentan y estimulan o promueven con el objeto de comportar una verdadera Paz laboral como lo ha concluido la Corte Suprema de Justicia sentencia 23 de enero de 2009, para el caso en concreto se tiene que al celebrar una convención colectiva ante la extinta caja de crédito Agrario industrial y minero y el sindicato nacional de trabajadores de la caja crédito Agrario industrial y minero, siendo el demandante beneficiario la misma teniendo en cuenta que laboró hasta el 27 de junio de 1999 y la convención colectiva tiene una vigencia del 1 de enero del 98 hasta el 31 diciembre 1999, la cual tiene un campo de aplicación para todos los trabajadores de la Caja salvo algunas excepciones entre las cuales no se encuentra el demandante pues ocupó como último cargo de director 1 grado 07 como lo establece el artículo cuarto de la mencionada convención colectiva que es obrante a folio 11 y 47.

Ahora frente a la vigencia del acto legislativo 01 del 2005 ha sido estudiada por la Honorable Corte, Sala de casación laboral como en sentencia del 23 de enero del 2009 radicado número 30077 y más recientemente la sentencia de 9 septiembre del 2015 la SL 12444, dicha corporación consideró que si bien a partir del 31 de julio del 2010 perdían vigor las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha en vigencia del acto legislativo, no lo sería respecto de los derechos que se hubieren causado antes de aquella fecha al amparo de esas reglas pensionales cómo sería el caso de los reajustes pensionales objeto de condena; precisamente que se habían concebido bajo el amparo de una norma de carácter convencional, de lo anterior se concluye entonces que la única forma de aplicar las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo 1998-1999 de la caja de crédito industrial y minero es que el demandante antes del 31 de julio del 2010 cumpliera los preceptos establecidos en la mencionada convención colectiva. El despacho procede a estudiar los presupuestos del derecho para establecer si tiene el mismo, en la convención colectiva su Artículo 41 señala lo siguiente que a partir del 16 de enero de 1992 los trabajadores de la caja agraria cuando cumplen 20 años al servicio de dicho ente continuos o discontinuos y tengan 50 años en el caso de las mujeres o 55 años en el caso de los varones tendrán derecho a que la caja les paga una pensión vitalicia jubilación equivalente al 75% del promedio los salarios devengados en el último año y en el parágrafo primero señala si el trabajador se retira o se ha retirado sin haber cumplido la edad de los 55 años en el caso de los hombres por los 50 años en el caso de las mujeres tienen derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre y cuando hayan cumplido el requisito los 20 años de servicios a la institución; ahora cómo quedó acreditado el demandante laboró para la caja crédito agrario industrial y minero desde el 3 de julio del 78 al 27 de junio de 1999 es decir por espacio de 20 años 11 meses y 24 días teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el actor al cumplir los requisitos del retiro del servicio de haber prestado precisamente su labor a favor de dicha entidad por 20 años o más por cuanto conforme la redacción del acuerdo la edad de 55 años es una mera condición para su exigibilidad, pues nótese lo establecido en el parágrafo único en lo referente a que el trabajador que se retire o haya sido retirado sin haber cumplido los 55 años de edad en el caso de los varones tiene derecho al llegar a dicha edad

siempre que haya cumplido con el requisito de los 20 años de servicios a dicha institución, es decir que para esta sede judicial es claro que la pensión de jubilación se causa con el requisito de la prestación de los servicios y en esa medida se tiene que el demandante para el día siguiente a la terminación del vínculo había cumplido los requisitos de retiro del servicio y la prestación es el 27 de junio de 1999, es decir antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005, por lo que tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros de la citada convención, debiendo sólo alcanzar los 55 años de edad para su exigibilidad; al respecto es importante traer a colación algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral como por ejemplo la sentencia 18101 de 2016 del 30 noviembre 2016 y más recientemente se SL 526 14 febrero 2018, en la que precisamente la alta corporación señaló lo relativo con los requisitos y exigibilidad una pensión convencionales establecida en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1998 y 1999 suscrito entre la extinta caja agraria y sintracreditario refiriendo en lo relativo en el párrafo 1 desde una interpretación de carácter gramatical sistemática teológica o finalista no tiene lectura diferente a la siguiente primero, que se aplica a los trabajadores de la disuelta y liquidada caja de crédito Agrario industrial y minero esto es a quienes a partir de la vigencia la convención colectiva de trabajo perdieron la condición de trabajadores activos, dos que la estructuración del derecho pensional se exige por haber prestado los 20 años de servicio a la empresa y tercero que el disfrute o goce la prestación se produce cuando se arriba a la edad en el caso de los hombres a los 55 años de edad y por lo tanto entonces en ningún momento se acordó que la edad pensional fue una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa y por ende como un requisito para la estructuración del derecho. sino fue apenas una condición para su exigibilidad goce o disfrute por lo tanto antes cumplimiento en lo anterior despacho considera que al demandante le asiste derecho a la pensión reclamada.

Respecto del monto en la mesada pensional al haberse acreditado los presupuestos del mencionado artículo 41 de la convención colectiva respecto a la forma de obtención del monto debo apoyarme en el párrafo tercero del mismo articulado que menciona lo siguiente: para liquidar la pensión, el primer factor es el último sueldo básico mensual más la prima antigüedad biotécnica que si la estuviera devengando un segundo factor Está compuesto por los valores variables decir pagar salario en especie auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación, primas semestrales, primas habituales, trabajo suplementario, dominicales, feriados, viáticos en los últimos 180 días y el valor son la remuneración en el caso que se desempeñara en cargos superiores provisionales devengados durante el último año y esos valores se suman y se dividen en 12 con lo cual se obtiene el segundo factor y de la suma de sus dos factores se tomará el 75% tal como se desprende del acuerdo convencional que está en folio 22 en el caso en concreto y de acuerdo a la certificación de los salarios que obra a folio 53 tiene que durante el último año de servicio sumado al factor fijo corresponde a \$827.396 y el promedio de los valores variables \$671.293 decir que un total de \$1.498.689 valor al que al aplicar el 75% del artículo 4 párrafo 3 del acuerdo convencional su Artículo 41 da como resultado la suma de \$1.124.016,75, ahora frente a la indexación de la primera mesada teniendo en cuenta que el demandante solicita se condene a la demandada a indexar el ingreso lo hace la primera mesada pensional y advierte que en este caso es procedente la solicitud, sin importar la naturaleza de la prestación es decir legal o convencional lo cual ha sido considerado también objeto de análisis por la Honorable Corte Suprema justicia Sentencia SL 350 del 2013 del 15 de mayo 2013 porque lo que interesa es precisamente efectuar el equilibrio social independientemente si el reconocimiento y pago deviene de una decisión de carácter legal o convencional, pacto colectivo u otro tipo de acuerdo, pues lo que importa en esencia es obtener el goce de un derecho previo cumplimiento de unos requisitos; de otra parte es importante aclarar que se debe indexar tanto en valor fijo como el factor variable como también lo ha considerado la Corte Suprema justicia sentencia SL 5833 de 2016, que en oportunidad estudia precisamente el reconocimiento y la iniciación de una pensión como la discutida donde se Indicó que para indexar la primera mesada pensional debe tomarse la totalidad del ingreso base de liquidación de la prestación dispuesta en la ley y que para el presente caso corresponde precisamente a la Norma convencional que contempla la pensión de jubilación; así las cosas entonces despacho teniendo en cuenta los valores anteriormente mencionados procedió a indexar la teniendo en cuenta salario con los factores o el salario promedio con los factores correspondientes la suma de 1.124.016,75 pesos como ya había sido mencionado anteriormente, teniendo en cuenta la fecha de retiro que fue el 27 de junio 1999 nos

arrojaría un valor de la mesada pensional al demandante para 2012 de \$2.351.158 en esa medida es evidente que el demandante tiene derecho que la demandada le reconozca una pensión de jubilación a partir del 30 diciembre del 2012 en cuantía de \$2351158 con los aumentos o reajustes de ley que se debe hacer año a año y en 13 Finalmente se advierte que el reconocimiento de la prestación aquí determina tendrá lugar hasta cuando se le fuera reconocida al demandante la pensión de vejez en caso de cumplir los requisitos, momento del cual la entidad demandada sólo pagara el valor de la diferencia si existiere entre la pensión legal y la convención, tratándose de la indexación se ordena el reconocimiento y pago de la indexación de las sumas que debieron haberse pagado en su momento, la prestación debió haber sido pagada en el año 2012 cuando cumple los requisitos, pero como no la ha transcurrido más de 7 años y es notoria la pérdida poder adquisitivo de la moneda, la manera para corregir dicha depreciación monetaria lo será a través de la indexación como lo ha establecido la Corte Suprema justicia de años atrás incluso desde 20 de mayo de 1992.

Hay lugar a declarar probada parcialmente la excepción de prescripción que propuso la demandada en el acto de contestación de demanda como paso a explicar, el estatus de pensionado jubilado no prescribe porque solamente se extinguiría con el hecho de la muerte, lo cierto es que el demandante como ya se ha mencionado anteriormente cumplió el requisito de la edad en diciembre de 2012. los 55 años a partir de allí tendría 3 años para reclamarle o demandar en los términos del artículo 151 del código procesal del trabajo en concordancia con el artículo 488 del código sustantivo del trabajo, es decir que expiraría el 30 de diciembre del 2015; sin embargo, el demandante no interrumpió ese término prescriptivo porque si bien radicó una petición el 25 de enero del 2018 no tiene esa vocación porque fue por fuera del término que establece en la norma conforme la documental que se expone a folio 48 y la demanda fue radicada el 31 de mayo del 2018, de esta manera superó ampliamente el término trienal prescribiendo la posibilidad de recibir ciertas mesadas que quedaron afectadas por no haberse incoado oportunamente ni la reclamación ni la acción que en este caso lo sería con la petición que se presentó el 25 de enero del 2018 contabilizado los 3 años hacia atrás estarían afectadas por este fenómeno todas aquellas prestaciones económicas o derivadas de la pensión convencional del 24 de enero del precisamente 2015 hacia atrás debiéndose pagar en favor del demandante la pensión convencional a partir del 25 de enero del 2015.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante**, señaló que conforme la fecha de causación de la pensión de jubilación, 27 de junio de 1999, le asistía derecho a que esta fuera reconocida en 14 mesadas, por cuanto su prestación, no se vio afectada por las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, normatividad que eliminó la mesada 14.

La entidad **demandada** señaló:

El demandante no tiene derecho a la pensión convencional por cuanto no cumple los requisitos establecidos en el acto legislativo 01 de 2005, antes del 31 de julio de 2010 esto conforme a lo mencionado en su artículo 1 parágrafo 2 y 3 y que para las disposiciones o consideraciones se desprende que el señor demandante al 31 de julio de 2010 no reunía el lleno de los requisitos contemplados para el reconocimiento de pensión convencional no tenía el requisito de edad, ya que cumplió los 55 años de edad el 30 de noviembre de 2012, más de un año después de que desapareciera del ordenamiento jurídico de las pensiones convencionales que otorgaban mejores derechos o beneficios establecidos en la ley de seguridad social vigente para el día de hoy, pues no hay lugar al reconocimiento de dicha prestación; adicional hay que recordar que el acto legislativo 01 de 2005 que es parte integral de la constitución Política de Colombia ya que modifico el art 48 de la misma, implementó una serie de modificaciones constitucionales en materia pensional que afectaron entre otros el

régimen de transición de la ley 100 de 1993, así como la vigencia de los regímenes especiales exceptuados y condiciones establecidas mediante pactos o convenciones colectivas de trabajo para acceder a las pensiones correspondientes; en efecto esta reforma constitucional contempló que los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serían los establecidos en las leyes el sistema general de pensiones es decir la ley 100 de 1993 y por ende no podría dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido en materia de pensiones convencionales, el parágrafo 2 del acto legislativo expresó claramente que en vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse pactos o convenciones colectivas de trabajo laudos o actos jurídicos de condiciones pensionales establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.

Por otro lado el parágrafo transitorio estableció una fecha donde se daba la extinción de todos los regímenes pensional de tipo convencional y esto es hasta el 31 de julio de 2010 como ya se habría dicho y de conformidad con la anterior el demandante no tendría derecho a la pensión convencional que hoy condeno a la entidad por otro lado de conformidad lo pretendido por el demandante se solicita se haga la aplicación a la convención colectiva o lo que se haga aplicación colectiva de mantenerse la teoría de que el demandante es beneficiario de esa convención existe oposición acerca de la aplicación de dicha convención pero al insistir el demandante en esta posición se debe tener en cuenta que es un acuerdo de voluntades entre las partes tendiente a generar obligaciones lo que quiere decir que es ley para ellas y por tanto las causas deben estar respetadas aplicándolas en su integridad respecto al artículo 41 se está aplicando la convención colectiva el cual rige las pensiones de jubilación específica los requisitos a cumplir para ser beneficiario previo a la pensión en el inciso 2 se plasmó un requisito para acceder a ella y este debe ser estudiado desde la objetividad que se aplica en cuanto a los años de servicios de la edad la pensión otorga la pensión de jubilación en varias circunstancias pero para el caso en concreto nos interesan 2; uno 20 años de servicio y 55 años de edad para el caso de hombres para el 75% de lo devengado en el tiempo de servicio y 2 a quien el 16 de marzo de 1992 tuvieran 18 años de servicio continuos o discontinuos tendrán derecho a los 47 años de edad cuando complete los 20 años de servicio; pero no se puede obviar en la redacción final de este artículo en donde dice que quien cumpla la edad y el tiempo de servicio es decir los 2 o uno otro requisito por lo tanto debe solicitar el reconocimiento de la prestación dentro del año siguiente contado a partir del cumplimiento de los requisitos en el literal B es claro que ordena a las personas con 20 años de servicio y 55 años de edad para los hombres su pensión se regirá por las leyes vigentes en dicha reclamación que para el caso concreto es la ley 100 de 1993 para la cual exige para el reconocimiento 62 años de edad y 1300 semanas de servicio y en el caso en concreto no lo cumple porque tiene un poco más de 1000 semanas y tiene a la fecha 60 años de edad recordando que la ley 100 exige los dos requisitos para la causación de la pensión en síntesis el demandante cumplió los 55 años de edad el 30 de noviembre de 2012 y pues para ser beneficiario de esto no solamente cumplió los dos requisitos si no en la redacción del art 41 de la convención colectiva se dice que adicional tiene que solicitar la pensión durante el año siguiente al cumplimiento de los requisitos y si no perderá los derechos convencionales y se deberá aplicar la ley 100 del 93.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante y la Caja de Crédito Agrario Industrial, la que tuvo vigencia, de manera interrumpida entre el 3 de julio de 1978, al 27 de junio de 1999, conforme se observa de certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, visible a folio 53 del plenario.

Conforme lo señalado en precedencia, se tiene que las relaciones laborales del actor y la Caja de Crédito Agrario, que tuvieron lugar entre el 3 de julio

de 1978 al 28 de septiembre del mismo año, del 4 de octubre al 18 de diciembre de 1978, del 3 de enero de 1979 al 3 de abril de 1979, del 16 de abril de 1979 al 15 de julio de ese mismo año y del 25 de julio de 1979 al 27 de junio de 1999, suman un tiempo total de servicios de más de 20 años.

Determinado lo anterior, la Sala analizará si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión contemplada en el art. 41 de la convención colectiva con vigencia 1998-1999.

Como bien lo señaló el juzgador de instancia y contrario a lo manifestado por la parte demandada, en lo que refiere a la interpretación del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación petitionada de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir **únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso de demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación, se reitera.**

Así las cosas, de la simple lectura del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice de la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación una vez cumplan la edad mencionada, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.

En consecuencia, procede señalar a la demandada que la edad no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Considera la Sala que la interpretación que realizó el juzgado respecto del párrafo transitorio 3° del Acto legislativo 01 de 2005 es acertada, pues contrario a lo manifestado por la entidad demandada en sus alegaciones, en el presente caso la situación pensional de carácter convencional del actor se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, antes del año 2005, y por lo tanto, con posterioridad al 31 de julio de 2010, al demandante solo le bastaba alcanzar la edad de los 55 años de edad como única exigencia para consolidar el derecho pensional, los que alcanzó el 30 de diciembre de 2012 (fl. 52), sin que el límite temporal del 31 de julio de 2010 que estableció el legislador lo afectara, toda vez que la disposición contenida en la primera parte del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, le permitió conservar la expectativa de acceder al derecho pensional, como en efecto ocurrió. En consecuencia, tiene derecho al reconocimiento pensional que depreca en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folio 44 del expediente.

Reconocimiento que debe ser efectuado por la demandada, en virtud de lo previsto en los Decretos 255 de 2000 y 2842 de 2013, este último le otorgó a la entidad demandada la competencia para asumir el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, quedando acreditado en el presente que por ser la prestación a reconocerse, de naturaleza convencional, estaba a cargo de la empleadora del actor, debiendo ser su pago asumido por la demandada.

Conforme lo anterior, esta prestación, como bien lo señaló la decisión de instancia tiene el carácter de **compatible** con la de vejez que le pueda ser reconocida en futuro al actor, así lo reiteró en pronunciamiento 76633 del 30 de octubre de 2019, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán:

Para lo anterior, resulta necesario precisar que esta Sala de la Corte ha indicado que la regla general es que las pensiones de jubilación de origen extralegal y la de vejez, cuando aquella se causa con posterioridad al 17 de octubre de 1985, se toman compatibles, lo que constituye el fundamento esencial de la decisión del tribunal para absolver a la demandada, en tanto

dedujo que el derecho pensional fue reconocido el 1° de diciembre de 1987. En sentencia CSJ SL2963-2018, 25 de jul. 2018, se explicó:

Subrogación y compartibilidad

Dada la naturaleza de las pensiones, el legislador desde los inicios del derecho laboral, con la expedición de la Ley 6ª de 1945, previó que el pago de estas sería asumido por el Seguro Social Obligatorio, organización que objetivamente se entendía le resultaba garantista a los asalariados frente al cumplimiento de la referida obligación; pero ante la inexistencia material de dicha entidad en ese momento, pues su surgimiento data de la expedición de la Ley 90 de 1946 y, mientras pudiera hacer efectiva su función, cosa que empezó a ocurrir después del 1° de enero de 1967 de forma paulatina en el país, radicó en cabeza de los empleadores el deber de reconocer y pagar las pensiones.

Posteriormente, y ante el hecho de que los trabajadores pueden ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación; así expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente dispuso:

COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, **el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.** (Negrillas y subrayado de la Sala).*

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Conforme criterio jurisprudencial en cita, al haberse causado el derecho pensional de jubilación del actor como se vio, con posterioridad al 17 de octubre de 1985, esta resulta compartible con la de vejez, que eventualmente, le sea reconocida por el sistema general de pensiones, debiendo la aquí demandada, cuando eso ocurra, reconocer el mayor valor causado entre la de vejez y la de jubilación como se señalara en primera instancia.

En cuanto al argumento de la parte demandada, según el cual, el demandante debió haber reclamado la prestación durante el año siguiente contado a partir de la fecha de la firma de la convención colectiva, se observa que el artículo 41 de la misma, que obra a folio 10 y s.s., del plenario señala que dicho

requerimiento se debe efectuar para quienes desearan pensionarse a 1992, con 47 años de edad, caso que no es el del actor, como quiera que peticona el reconocimiento pensional, por haber llegado a los 55 años de edad.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso a folio 12 del plenario se observa que el actor alcanzó los 55 años de edad el 30 de diciembre de 2012 y reclamó reconocimiento pensional de jubilación ante la demandada el 25 de enero de 2018 (fl. 48), razón por la cual, como bien indicó la juzgadora de instancia, se encuentran afectadas del fenómeno prescriptivo, las mesadas pensionales causadas antes del 25 de enero de 2015, al haberse impetrado la presente demanda, sólo hasta el 31 de mayo de 2018 (fl. 56).

Ahora, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada No. 14, preciso resulta mencionar que conforme a la fecha en que causó la pensión del señor Salamanca, esto es, el 27 de junio de 1999, data para la cual, dejó de prestar sus servicios para la Caja Agraria, se encontraba vigente la norma que consagra la mesada 14 para todos los pensionados sin excepción alguna, y como lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014, oportunidad en que señaló; *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”*

Conforme lo anterior, le asiste razón a la parte demandante, en cuanto a que el reconocimiento pensional que aquí se confirmará, se debe efectuar sobre 14 mesadas pensionales al año, por lo que se adicionará en este aspecto, el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida.

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, se observa que en documental visible a folio 53, el Ministerio de Agricultura, señaló los valores de factor fijo y factor variable devengados por el actor en el último año de servicios, liquidación que se ajusta a las previsiones del parágrafo 3 del artículo 41 de la convención colectiva cuya aplicación se invoca, teniendo como resultado la suma de \$1.498.689, suma a la que se debe aplicar una tasa de reemplazo del 75% y dicho resultado como señaló el juzgador de instancia, debe ser indexado al 30 de diciembre de 2012, actualización que es procedente para todas las pensiones, con independencia de su origen como en efecto lo señalara la decisión recurrida, cuestión que se definió por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 75332 del trece (13) de noviembre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Liquidada la primera mesada pensional en los anteriores términos, se observa conforme liquidación efectuada por el grupo liquidador de esta Corporación y que se anexa a este pronunciamiento, se obtiene que la primera mesada pensional a reconocer por la entidad demandada, para el año 2012 ascendería a \$2.337.039, suma que resulta ser levemente inferior a la señalada en primera instancia, resultando igualmente de menor valor las mesadas a reconocer a partir del año 2015, que según liquidación en comento, para dicha anualidad la mesada pensional correspondería a \$2.529.831, para el 2016 \$2.701.101, 2017: \$2.856.414, 2018: \$2.973.241 y para el 2019 \$3.067.790, por lo que en grado de **consulta**, se dispondrá modificar los numerales PRIMERO y SEGUNDO de sentencia recurrida, en cuanto a los valores de mesadas pensionales.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar como cuantía de mesadas pensionales a partir del año

2012, las siguientes:

AÑO	MESADA PENSIONAL
2012	\$2.337.039
2013	\$2.394.063
2014	\$2.440.508
2015	\$2.529.831
2016	\$2.701.101
2017	\$2.856.414
2018	\$2.973.241
2019	\$3.067.790

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que la mesada pensional a reconocer por la demandada a partir del 25 de enero de 2015, corresponde a \$2.529.831 y junto con reajustes de Ley, para los años posteriores, corresponde a:

AÑO	MESADA PENSIONAL
2016	\$2.701.101
2017	\$2.856.414
2018	\$2.973.241
2019	\$3.067.790

TERCERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de sentencia apelada, en el sentido de indicar que el reconocimiento pensional allí ordenado, debe efectuarse en 14 mesadas anuales, conforme lo expuesto en la parte pertinente de este proveído.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle and a vertical line on the right side.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. A. R. G.', with a horizontal line through the middle and a vertical line on the right side.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 15 2018 387 02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: JUAN DE JESUS CASTRO BELLO
DEMANDADO: COLPENSIONES

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

Se reconoce personería adjetiva a la Dra. MARIA ELENA FIERRO GARCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.024.463.217 de Bogotá, y T.P. No. 291785 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la demandada COLPENSIONES, en los términos de la sustitución conferida.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

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

ALEGACIONES

**Proceso Ordinario Laboral No. 15 2018 387 02 Dte.: JUAN DE JESUS CASTILLO
BELLO Ddo.: COLPENSIONES**

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

ANTECEDENTES

El señor JUAN DE JESUS CASTRO BELLO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo y del 7% por hijo discapacitado, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de la condena y a las costas del proceso. (fl. 2).

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue pensionado por el ISS, mediante Resolución No. 016749 del 1 de junio de 2005, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, que contrajo matrimonio católico con la señora LUCIA CASTRO DE CASTRO; que su esposa depende en su totalidad de sus ingresos; que tiene un hijo de nombre WILLIAM DE JESUS CASTRO CASTRO, que posee una pérdida de la capacidad laboral del 66,45% y por ello también depende económicamente de él; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos, por medio de derecho de petición, pero los mismo fueron negados. (fls. 2-3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 7, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de las obligaciones. (fls. 48-52).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 17 de septiembre de 2019, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra a la demandada y condenó en costas a la parte actora. (fl. 76).

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

Señaló que el actor causó su pensión, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y que para dicha data ya no se encontraba vigente el mencionado incremento. así las cosas y como quiera que el incremento reclamado sólo procede para aquellos afiliados que directamente consolidaron su derecho pensional bajo la vigencia del acuerdo 049 de 1990 y no, para quienes se ven beneficiados por la protección del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 como es el caso objeto de estudio, por lo que absolvió a la entidad demandada de todas y cada uno de los pedimentos de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación en los siguientes términos: *“conforme al fallo proferido por su despacho interpongo recurso de apelación por lo expuesto anteriormente en mis alegatos y además se considera que mi representado tiene todo el derecho para el incremento pensional de su esposa y por su hijo incapacitado. Gracias”*

CONSIDERACIONES

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

Para resolver el problema jurídico se tiene que en este caso al demandante JUAN DE JESUS CASTRO BELLO, el extinto ISS hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 016749 del 1 de junio de 2005, le reconoció pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así

las cosas, tal y como lo señaló el Juez de primer grado, debe estudiarse primero si tal prestación se encuentra vigente, para luego sí analizar si existe o no el derecho al pago del incremento pensional.

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

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

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

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplían con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, en la presente la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición

tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de la presente anualidad**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

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

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio y al haberse pensionado el señor JUAN DE JESUS CASTRO BELLO, a partir del 1 de junio de 2005, cuando cumplió los 60 años de edad (fl.- 11), se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya

se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, por lo que el actor no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto de habrá de confirmar la sentencia recurrida.

SIN COSTAS. En esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**

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

PROCESO ORDINARIO No. 16-2017-737-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ AMANDA NARANJO
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada, así como del grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, revisa la Corporación el fallo proferido el 21 de mayo de 2019 por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora LUZ AMANDA NARANJO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad absoluta del acto administrativo RDP 010486 del 17 de marzo de 2015, mediante el cual la demandada, resuelve recurso de apelación, confirmando su negativa a reconocerle pensión compartida de sobreviviente, con ocasión del fallecimiento del señor Luis Bernal, solicita se ordene a la demandada reconocer y pagar dicha pensión, junto con reajustes, mesadas adicionales y demás beneficios, desde el 5

de enero de 2014, día siguiente al fallecimiento del señor Bernal, dando aplicación a los principios de favorabilidad e igualdad, por acreditar los requisitos previstos en los artículos 38 a 48 de la Ley 797 de 2003, junto con indexación. (fls. 137 a 139)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se conoció desde que era pequeña con el señor Luis Vicente Bernal (q.e.p.d.), que al fallecer la esposa de este último, le pidió convivir con él, a lo que ella accede e inician convivencia definitiva en el año 2006, que hicieron una comunidad de vida ininterrumpida hasta el 4 de enero de 2014, fecha que falleció el señor Bernal, ante tal circunstancia, solicitó reconocimiento de pensión de sobreviviente ante Colpensiones, allegando para el efecto las declaraciones extra juicio que dan fe de la unión marital señalada, aunado a lo cual, el proceso de investigación de dicha unión por parte de Colpensiones, concluye afirmativamente en cuanto a la veracidad de dichas pruebas, por lo que se le reconoció prestación de sobreviviente en resolución GNR 307313 de 2014.

No obstante lo anterior, al notificarse de dicho acto administrativo, se percató de que sólo le estaban reconociendo la tercera parte del valor total de la pensión, informándole Colpensiones que se le reconoció pensión bajo la figura de pensión convencional, la que es compartida con la demandada, por lo que debía efectuar la reclamación ante la UGPP, así, el 9 de octubre de 2014, presenta solicitud de reconocimiento pensional ante esta última, presentando las mismas pruebas que presentara ante Colpensiones, no obstante, su solicitud es negada a través de acto administrativo 1950 del 2015, señalándole que la misma obedece a que encuentra inconsistencia en la convivencia alegada.

Afirma que la demandada presentó denuncia ante la Fiscalía, señalando la inexistencia de la convivencia alegada, que interpuso los recursos de Ley contra el acto administrativo antes mencionado, no obstante, la negativa de reconocimiento pensional, fue confirmada, que la UGPP, para efectos de investigar la convivencia, contactó a un testigo que no tenía contacto directo con la pareja que conformaba con el señor Bernal, quien señaló que ella no era su compañera permanente sino su empleada, posteriormente, tal versión es desmentida por el señor Duván Ríos mediante declaración extra proceso, en la

que manifestó no haber tenido contacto directo con investigador alguno, que a pesar de ser falso dicho testimonio, la UGPP, se apoyó en este para negarle el reconocimiento pensional dejando de lado las demás pruebas allegadas a efectos de demostrar la convivencia. (fls.131 a 137).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 7, 9 a 16 y 28 a 31, negó los No. 23, 25, 27 y 28 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó Inexistencia de la obligación y prescripción. (fl.186).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento CONDENÓ a la demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Vicente Bernal, en proporción del 100% de lo percibido por este y que se encontrara a cargo de la UGPP, debiendo pagar retroactivo pensional causado desde el 5 de enero de 2014, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada. (fl.235)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

En relación con la pensión que se reclama entonces, en lo que se refiere a las resoluciones que profirió la UGPP, es de observarse que en las resoluciones que resuelven los recursos de Reposición y Apelación, es decir en la resolución RDP 010486 de 17 de marzo de 2015, y en la resolución RDP 15973 del 23 de abril de 2015, se refiere la UGPP, expresamente a que se negó la pensión de orden convencional de sobrevivientes a través de la resolución 2950 de 26 de enero del año 2015, por lo que está demostrado entonces esa negativa en relación con la pensión convencional, que era disfrutada por el señor el fallecido Luis Vicente Bernal Torres, y que constituye el objeto del pronunciamiento en el presente asunto, si le asiste al respecto entonces de esa pensión convencional, que cargo se encuentra la UGPP, si asiste el derecho a la demandante al reconocimiento de esa pensión, por esas razones es entonces el estudio prosigue en los siguientes términos: se tiene entonces como síntesis retomando lo que constituye las pretensiones y su contestación, la activa persigue el reconocimiento de la parte que le corresponde a pagar a la UGPP, sobre la presunta pensión de carácter compartido percibida por el causante, y de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones ya reconoció el monto ya a cargo de esta última. Se opone la pasiva en razón a que manifiesta que luego de adelantar las investigaciones administrativas encontró que la aquí la demandante no cumple con la exigencia de convivencia mínima prevista en la ley para beneficiarse de una sustitución de la prestación económica, así las cosas procede el despacho al estudio del material probatorio recaudado, para lo cual se debe anotar que obran declaraciones extra juicio fueron rendidas ante notaria por las siguientes personas Señores: Duvan Rios Valderrama el 22 de julio de 2016 en folio 91, Maria Nohemi Brito Paez el 22 de julio del mismo año, y el 28 de mayo de 2015 en folios 92 y 94 de Jesica Natalia Bernal Cantor el 20 de mayo de 2015 en folio 95, de Maria Doris Jola Casallas el 22 de mayo de 2015 y 22 de julio de 2016, folios 96 y 99 al 100, y Otoniel Castaño Duque del 16 de julio

de 2014 folio 107, de Nidia Elizabeth García Fariás del 21 de julio de 2014 en folio 108, y de Sandra Maritza Suarez González 21 de julio de 2014 folio 109, quienes coincidieron en afirmar que el fallecido Luis Vicente Bernal, convivió en unión marital de hecho, con la señora Luz Amanda Naranjo Bustos antes un lapso de 7 años a 8 años aproximadamente, dado que la mayoría de declarantes afirmaron que la convivencia existió entre los años 2006 al 2014, hasta el momento que se produjo el deceso del señor Bernal, de esos documentos mencionados se debe rescatar varios aspectos importantes los cuales corresponden a los siguientes;-. Primero la norma que serán estudiados que no es otra que el Código General del Proceso, en virtud en lo previsto en el numeral 6 del artículo 627 de la misma obra, dado que las declaraciones relacionadas fueron realizadas dentro de los años 2014 a 2016. Segundo destaquen también la falta de oposición a dichas decisiones por parte de la UGPP, es decir en refiere a la contradicción de esas pruebas que fueron recordadas como pruebas extra juicio pero con fines de a ser valer en proceso judicial, no se puso controversia, ni se pidió en contradicción esas pruebas por parte de la UGPP. Tercero puntualmente a las declaración rendida por Maria Doris Jola Casallas en folios 96 y 99 al 100, puesto que ésta no coincide con la presunta declaración rendida por ella, ante la entidad aquí accionada y citada en la resolución 2950 el 26 de 2015, como quiera que según la actuación administrativa, la declarante indico que conoció la señora Luz Amanda como la compañera del fallecido, sin embargo que no tiene conocimiento de qué fecha fueron pareja, aquí es de resaltarse que no es clara la redacción de la siguiente afirmación, “ (...) agrega que ella tiene una hija que viven en el norte de la ciudad (...)”, dado que no es claro si esa es la razón por la que no le consta la duración del presunto vínculo entre la actora y el causante, o si se refiere a que la señora Luz Amanda no residía en el mismo lugar que el fallecido, así pues sobre tales aspectos entraran a estudiarse se abordará lo relacionado con la oposición a las pruebas allegadas por la activa cuya carga procesal en ese caso se encontraba en cabeza de la demandada UGPP, preciso señalar sobre ese punto el artículo 222 del Código General del Proceso, según el cual se manifiesta lo siguiente sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan siempre que está lo solicite, para la ratificación se repetirán interrogatorio la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso sin permitir que testigo lea su declaración anterior.

Al respecto es preciso indicar que si bien las pruebas extra procesales allegadas al proceso no hicieron parte de la actuación administrativa adelantada por la UGPP, pues nótese que todas las personas relacionadas sólo se menciona en la resolución 2950 de 26 enero de 2015, a la señora María Doris Casallas, de quien como ya se dijo se contradice lo afirmado por la entidad pública, con las declaración extra proceso rendidas con posterioridad a esta los días 28 de mayo de 2015 en el folio 96, y 22 de julio de 2016 folios 99 al 100, no por ello el juzgado puede desconocer el contenido de tales pruebas, aun y en gracia discusión excluyendo la referida aclaración de la señora Maria Doris Jola Casallas, toda vez que los demás declarantes coincidieron en su dicho tal como ya se anotó. Lo anterior cobra valor a lo referimos en lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en cuanto a la libertad probatoria para la formación de lo convencimiento el juez, salvo los eventos de que la misma ley exige una solemnidad en el acto o en la prueba situación que no se presenta respecto de la demostración de la condición de compañera o compañero permanente, ni en el término de convivencia para efectos de pensión de sobrevivientes, por el particular destáquese lo dispuesto por la alta corporación en la sentencia de SL 5524 el 27 de abril de 2016 radicado 59750, Ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos, donde se dijo lo siguiente: importa que acotar que la evolución jurisprudencial en el ámbito de la Seguridad Social, ha permitido la construcción de un criterio de convivencia con identidad propia acorde con la finalidad de las prestaciones por muerte que es la protección del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, y que exhibe desapego frente a la noción de unión marital de hecho, que en el campo Civil trae la ley 54 de 1990, para la prueba de la condición de compañero permanente y demostración de la convivencia tiene establecido la jurisprudencia que aplica el principio operante en materia laboral de libertad probatoria reconocida a los jueces de esa especialidad, por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, pues no ha previsto la ley solemnidad alguna o prueba ad sustancian actus y cita sobre eso otra sentencia de la SL del 6 de marzo de 1998, radicado 9890 y la SL del 30 de enero de 2007 radicado 28121, así mismo en decisión del 7 de julio de 2010, con radicado 36999 la misma Corporación y Sala con ponencia del Magistrado Eduardo López, dijo lo siguiente te pone precisar que para la condición de compañera permanente, tratándose de una situación que se origina de un conjunto de circunstancias que permiten determinar la decisión responsable de conformar un grupo familiar con vocación de estabilidad solo se puede dar por lo establecida en la realidad misma, sin que se pueda acudir como si acontece con el matrimonio a una formalidad o a la mera descripción como

beneficiaria de una persona a la seguridad social, en eso también en forma concordante sobre la libertad probatoria la Sentencia T 363 de 2013 de la Corte Constitucional .

La Corte Constitucional en la sentencia 247 de 2016, sobre este mismo punto manifestó lo siguiente: sobre el particular la Corte sobre reiterados pronunciamientos ha precisado que para efectos de demostrar la existencia de la unión marital de hecho opera un sistema de libertad probatoria en virtud el cual dicho vinculo pueda acreditarse a través de cualquiera de los medios ordinarios de prueba previstos en el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso; por consiguiente al no existir tarifa legal en esa materia resultan validos la declaración extra juicio el interrogatorio de parte del juramento de testimonio de terceros el dictamen pericial la inspección judicial, los documentos indicios y cualquier otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento el juez, lo anterior por cuanto que la unión marital se rige bajo los principios de informalidad y permanencia de la realidad,, sobre las formas en tanto la relación emerge y produce efecto jurídicos con la solo voluntad de las personas de constituir un proyecto de vida común, sin la necesidad de solemnizar y oponer la convivencia ante la sociedad. Más adelante concluye que así las cosas para demostrar la existencia de la unión marital de hecho en orden de la consecuencia de orden jurídica distinta a la declaración de los efectos de la sociedad patrimonial, se pueda a acudir a cualquiera los medios ordinal de prueba previstos en el ordenamiento jurídico de ordenamiento procesal, como lo son los testimonios y las declaraciones juramentadas ante notario, de allí que exige terminada solemnidades para tales efectos desconoce la libertad probatoria que rige en la materia y además vulnera el derecho fundamental del debido proceso de quienes pretenden derivar de ella efectos tales : reparaciones económico, reconocimientos pensionales, beneficios de la Seguridad Social, exención del servicio militar obligatorio, entre otros (...)", en conclusión se tiene que aunado a lo que a lo que se ha hecho referencia frente al silencio de la demandada, en puto de su intensión de que se ratificara la declaraciones extra juicio que cumple a una carga de la parte demandada tal y como se expuso conforme al Código General del Proceso, para el juzgado estas probanzas tienen validez tales declaración extra proceso arrimadas con la demanda y serán valoradas tal y como las disposiciones del artículo 262 del Código General del Proceso que señala que los documentos privados de contenido declarativa emanado de terceros se apreciaran sin necesidad de ratificar su contenido salvo que la parte contraria solicite su ratificación (...)", por tanto reiterándose que la pasiva no se opuso ni solicito la ratificación de ninguna de las pruebas extraprocesales allegadas, se valorara conforme a los criterios de la sana crítica y la libre formación de convencimiento ahora bien lo que se refiere a la denuncia penal interpuesta por la UGPP, en contra de la demandante, luego de la actuación administrativa adelantada y que derivo de la activa en la pensión compartida de sobreviviente perseguida es de notarse que no fueron allegados documentos por las partes que acreditaran los términos de la misma o el estado en que está se encuentra, no obstante es importante referirse al tema de la prejudicialidad la cual se presenta cuando se trata de una cuestión sustancial diferente pero conexas sin que sea dispensable disponer por sentencia en proceso separado, bien ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre la que es materia de litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso que es de ser suspendió hasta cuando aquella decisión se produzca, al respecto tratándose de un tema concerniente a la Seguridad Social la Sala de Casación de la Honorable Corte Suprema de Justicia, desde el fallo de 19 enero de 2000 con el radicado 2664 ponencia del Magistrado Carlos Isaac Nader, precisó lo siguiente: en punto al problema la competencia la justicia laboral para declarar ese tipo de situaciones , es el sentir de la Sala es claro que ella corresponde hacerlo ya que tiene la atribución de resolver los conflictos que se presenten en el Instituto de Seguro Sociales y sus afiliados cuando estos reclaman prestaciones que aquel le hayan negado y tratándose de problemas de beneficiarios y derechohabientes relativos a la prueba de su condición no necesariamente procede la judicialidad frente a la jurisdicción de familia, aún que tampoco puede descartarse que ella se haga indispensable cuando hablen de determinados asuntos, ya que como se ha visto en ocasiones esta debe sujetarse a un régimen legal destinado a resolver situaciones de semejantes pero diversas de aquella reguladas por la preceptiva propia la Seguridad Social que aplicar el juez del trabajo, quien consiguientemente deberá resolver con referencia cada asunto concreto, si se pone la suspensión de pertinente proceso en espera de lo que se decía el otro tratamiento ante la jurisdicción de familia.

De igual forma expuso la alta corporación adicionalmente el pensamiento retirado esta corporación en la materia va dirigido a que el Juez Laboral, no debe esperar el resultado del juicio Penal, ni supeditarse decisión a que esa actuación existo no como se observa en la Sentencia SL 7888 - 2015, en un asunto de contorno similares al que se reiteró, así las cosas el Juez de Segunda Instancia, no sólo no omitió efectuar un pronunciamiento al respeto sino que su decisión fue debidamente sustentada y en todo caso la negativa expuesta se encuentra acorde por lo que en tal material ha señalado está Sala entre otras en la sentencia

se CSJSL. 6 de marzo de 2012 en radicado 42167, donde adoctrinó en lo que tiene que ver con la negativa del acto a decretar la judicialidad Penal, además de que no se acredita en el proceso laboral lo resuelto, entre la denuncia penal que se instauró contra el actor es menester reiterar que en materia laboral se tiene adoctrinado que el juez de trabajo no debe esperar al resultado del juicio penal ni supeditar su decisión a que esa actuación exista o no (...)", lo anterior es citado en esta Sede Judicial como pronunciamiento a los hechos objeto de debate, pues es de advertirse que tampoco la pasiva se esmeró a brindar mayor información acerca de la presunta denuncia penal, que dice presentó y contra la señora Luz Amanda Naranjo Bustos, ni hizo uso de algún fundamento de orden legal sobre el tema. Por último es de anotarse que al revisar la Resolución 2950 de 26 de enero de 2015, está en sus consideraciones señala que el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cundinamarca mediante Resolución 6205 de 1996, reconoció una pensión de jubilación al señor Luis Vicente Bernal Torres, quien en vida se identificaba con la cédula número 34669 Bogotá, en cuantía de 11972.45 efectiva a partir del 5 de mayo de 1991, sin embargo nada señaló en la pensión reconocida y/o pagaba por la UGPP, no obstante el hecho de haber procedido a estudiar de fondo la sustitución pensional de la activa, es indicio para este juzgador de que a cargo de la entidad pública convocada a juicio se encuentra a cargo o se encontraba a cargo el pago de una mesada parte de esta a favor del causante, además teniendo en cuenta que menciona en las resoluciones que resolvieron los recursos de Reposición y de Apelación instaurados por la demandante, menciona expresamente que se está debatiendo y se negó en un principio en la resolución inicial, una Pensión de Jubilación Convencional, en consecuencia en favor de quien lo suceda, previo a los requisitos de ley, que se encontraba a cargo el pago de una mesada, o parte de esta en favor del causante, y en consecuencia por eso concluye el juzgado en favor de quien lo suceda previo cumplimiento de tales exigencias, en orden de lo expuesto para el juzgado se encuentra entonces lo siguiente: las declaraciones extra juicio que sobre los particulares se encuentran concordantes sobre lo que exige la norma, antes, este caso el artículo 46 y 47 de la ley 100 de 1993, que establecen quienes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, artículo 46 los miembros del grupo familiar del pensionado, por vejez, por invalidez, por riesgo común de quien fallezca, y el 47 estableciendo y especificando cual es beneficiarios de ese grupo familiar, y son a quienes les asiste el derecho, el literal a:) expuso que en forma vitalicia el cónyuge o la compañera permanente Supertite siempre y cuando tenga 30 o más años de edad, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte pensionado el cónyuge la cónyuge, o compañero o compañera permanente, supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital, con el causante hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte, Es en este evento entonces conforme las probanzas que relación y teniendo en cuenta el principio de libertad probatoria que en materia de la Unión Marital de Hecho debe estar demostrada, es decir la condición de compañera, en este caso compañera permanente y la convivencia ininterrumpida por lo menos durante los cinco años anteriores a la muerte del causante, los encontró el Juzgado acreditados con las declaraciones extra juicio a que se ha hecho referencia, si es Duvan Ríos Valderrama, a María Nohemi Brito Paez, Jessica Natalia Bernal Cantor, señora María Doris Hola Casallas, así mismo Bustos Gualdrón María Trinidad, de las que se reitera, son concordantes en los dichos que vertieron ante Notario sobre la exigencia de ley, básicamente y se refieren a más de cinco años de convivencia entre 5 y 7 años, si se valoran las de declaración extra juicio que ellos dan cuenta de la convivencia constante de la demandante con el señor Luis Vicente Bernal, aún ya se ha mencionado aún si hiciera exclusión de la de la declaración de María Doris Jola Casallas, de qué es de la única que se presenta algún reparo en la resolución de la UGPP, cuando se concluyó que la inconsistencias y que no está demuestra la convivencia en mención, de manera que el juzgado encuentra concordantes y que son concluyentes en relación con ese objeto de prueba en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993; sumándose a esa situación lo ya mencionado del punto de la contradicción de la prueba y durante la libertad probatoria que aún y teniendo en cuenta las reglas del Código General del Proceso, son admisibles ese tipo de declaraciones extra juicio, sumándose pues ya se ha dicho a la ausencia de solicitud de alguna manera en este proceso de la UGPP frente al llamado ratificación de los testimonios que era una carga que correspondía de exclusivamente a la UGPP, y que pues hay que mencionar que oficiosamente tampoco encontró el juzgado mérito para hacer un llamado en frente a volver a escuchar las declaraciones de los testigos a los que se ha hecho referencia, y encontrando en síntesis que los argumentos que presenta la UGPP para la negativa acceder al derecho pensional no se encuentran ajustados y acordes con la realidad de lo que en las declaraciones extra juicio mencionan que son contrario a lo establecido por la UGPP concordantes y con coherencia en lo que se refiere al requisito de convivencia por lo menos durante los 5 años anteriores continuos anteriores a la muerte del causante, por esa razón es si acuerda la documentación aporta el proceso la cual ya se ha hecho suficiente ilustración así como en concordancia con la investigación que adelantar a Colpensiones, para emitir la

resolución 307330 del 3 de septiembre de 2014, folios 3 al 5 y en atención de los apartes normativos y jurisprudenciales analizados, el juzgado accederá los pedimentos de la parte activa y condenar a la UGPP, a reconocer y pagar a la demandante señora Luz Amanda Naranjo Bustos, la pensión de sobrevivientes según la pensión que se encontraba persiguiendo en vida el causante señor Luis eternal Torres el porcentaje del 100% a partir de 5 de enero de 2014, debiéndole pagar el correspondiente retroactivo causado por las mesadas dejadas de pagar desde tal fecha debidamente indexadas al momento de su pago.

Respecto a la prescripción hay que señalar que el deceso del causante Luis Vicente Bernal se presentó el 4 de enero del año 2014 como aparece de folio 111, presentándose la demandante ante la UGPP, el 9 de octubre del mismo año y ante la negativa del derecho reclamado invoco el mecanismo de control de nulidad y restablecimiento de derecho como ya se mencionó en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del cual conocí el Juzgado 17 Administrativo Oral de Bogotá, el 8 de agosto de 2016 según lo cuenta el informe porque Secretaría de folio 114, siendo posteriormente asignado el reparto del proceso a esta sede judicial el 31 de octubre de 2017, es decir que no opero el fenómeno incentivo de la prescripción de acuerdo a las disposiciones de los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo de Trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandada:

La señora Luz Amanda Naranjo, para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente se requiere cumplir con el requisito del literal A del artículo 40 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, el cual establece: el conyugue o compañera permanente superviviente deberá acreditar que tuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, y ella convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a muerte esto de conformidad con el elemento de juicio obrante en el expediente como es una declaración extra juicio toda vez que se observan incongruencias respecto al tiempo de convivencia del causante con la demandante, de acuerdo con lo manifestado y teniendo en cuenta que la demandante no aportó prueba suficiente para demostrar su convivencia con el causante, por lo contrario si existe incongruencias en las declaraciones obtenidas en la investigación por parte UGPP, además se advierte que no se tuvo en cuenta la declaración extra proceso del señor Gabriel Soto, que manifestó que el señor Luis Bernal como familiar tenía dos hijos Luis Antonio, que él vivía solo y con respecto a la señora Amanda Naranjo, el señor Duvan le manifestó que era empleada del señor Luis Bernal, que ella venía hacia oficio la acompañaba al médico y, lo dejaba en su casa y se iba, que no era su esposa si no su empleada, se establece que la relación entre causantes solicitante eran de conocido por lo cual no se tiene certeza el tiempo convivencia entre la demandante y el causante, por lo cual solicitamos al Tribunal que nos conceda Recurso de Apelación y Revoque la Sentencia en curso muchas gracias.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate que el señor Luis Vicente Bernal falleció el 4 de enero de 2014 (fl. 111), data para la cual gozaba de pensión mensual vitalicia de jubilación convencional que le había sido reconocida por el ISS patrono a partir del 1 de junio de 1982 mediante resolución 004740 del 31 de mayo del mismo año. (fl. 223).

Determinado lo anterior, procede verificar si la demandante, reúne los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente que peticiona, a este

respecto, ha sido clara la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que para el estudio de la pensión de sobrevivientes se aplica la norma que se encuentre vigente al momento de fallecimiento, en este caso son los arts. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 pues **el señor LUIS VICENTE BERNAL, falleció el 4 de enero de 2014** conforme el certificado de defunción obrante a folio 111 del expediente.

Ahora bien, en cuanto a los **beneficiarios** señala el art. 13 ibídem que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia el cónyuge o compañero permanente o supérstite del pensionado que acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

En el presente, la demandante alega haber sido la compañera permanente del causante, por lo que conforme la normatividad aplicable, es menester a efectos de obtener la sustitución pensional deprecada la demostración de haber convido con el señor Vicente, 5 años inmediatamente anteriores a su deceso. Al respecto, allegó declaraciones extraprocesales rendidas por los señores Duván Ríos, María Nohemi Brito, Yesika Bernal, María Doris Jola, Otoniel Castaño, Nidia García y Sandra Suárez, visibles de folios 91 a 109 del plenario, las que tienen la vocación de testimoniales, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia radicado No. 77442 del 22 de enero de 2020, M.P. Jorge Luis Quiroz, indicando en ese sentido:

Las demás pruebas que la censura refiere como calificadas y apreciadas erróneamente (declaraciones extra juicio), constituyen manifestaciones rendidas

por terceros al margen del trámite judicial, de suerte que no pueden recibir un trato distinto al de cualquier testimonio.

Conforme lo señalado en precedencia, se observa que las declaraciones a que se alude coinciden en afirmar que la demandante y el pensionado fallecido, señor Luis Vicente Bernal, convivieron bajo el vínculo de unión marital de hecho por más de 5 años previos al deceso de este último; si bien algunos de los declarantes, señalan que dicha convivencia se extendió por 7 años, como son el señor Duván Ríos (fl. 91) y Yesika Bernal (fl. 95) y otros que la misma tuvo lugar durante 6 años, como son Nidia García (fl. 108) y Sandra Suárez (fl. 109); lo cierto es que de tales dichos se extrae que dicha convivencia, tuvo lugar por un tiempo superior a los 5 años anteriores a la fecha del deceso del señor Vicente, siendo estos los requeridos por la normatividad aplicable, por lo que contrario a lo afirmado por la demandada, estas no resultan incongruentes, pues ninguno de los deponentes afirma que la convivencia, no alcanzó los 5 años; contrario a ello, todos son coincidentes en afirmar que la misma se extendió por más de 5 años, no siendo dable exigírseles el conocimiento de la fecha exacta en que inició tal convivencia, pues dicha cuestión es parte del ámbito personalísimo de la pareja.

Ahora bien en cuanto al testimonio del señor Gabriel Soto que señala la demandada no se valoró, se observa que este no fue allegado al trámite procesal y se hace mención a él en los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento pensional a la demandante visibles a folios 7 y s.s. del plenario, en ellos, señala la demandada que se contactó al señor Gabriel Soto, quien señaló que a su vez el señor Duván Ríos, le había puesto de presente que la demandante era la empleada del servicio del señor Vicente; de lo que claramente se extrae que tal manifestación no fue emitida por parte del señor Gabriel Soto, sino que fue Duván Ríos, quien le señaló a este que la demandante era la empleada del servicio del señor Vicente; no siendo allegada prueba del dicho del señor Duván Ríos ante la UGPP, pues la declaración extra proceso que obra a folio 91, vertida por el señor Ríos, señala que no afirmó ante la entidad ni ninguno de sus funcionarios que la demandante fuera empleada del servicio del señor Vicente y contrario a ello en la declaración en comento da fe de la existencia de la unión marital de hecho entre la demandante y el señor Vicente, la que se mantuvo por un lapso temporal de más de 7 años.

Es así como el anterior recuento, contrario a lo afirmado por la demandada en sus alegaciones, permite corroborar que la demandante, probó haber convivido con el señor Vicente Bernal por más de 5 años anteriores a su deceso, acreditando así los requisitos para acceder a la sustitución pensional reclamada, en la forma señalada por el juez de primer grado, esto es, debiéndole reconocer la demandada el mayor valor de la prestación a su cargo, teniendo en cuenta la proporción ya reconocida por Colpensiones a través de resolución GNR 307313 de 2014 (fl. 3).

Prescripción

Como bien lo señaló el Juez de instancia, en este caso no operó el fenómeno prescriptivo, en razón a que el señor Vicente, falleció el 4 de enero de 2014, la demandante presentó solicitud de reconocimiento de sustitución pensional el 9 de octubre del mismo año, quedando agotada la vía gubernativa, con la expedición de la resolución RDP015973 del 25 de abril de 2015 (fl. 13), mediante la cual, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución RDP002950 del 26 de enero de 2015 (fl. 7), que negó el reconocimiento pensional solicitado por la demandante en octubre de 2014 y como quiera que la presente acción judicial, fue presentada el 31 de octubre de 2017 (fl. 154), no trascurrió el término trienal prescriptivo, debiéndose reconocer la prestación por la demandada a partir del 5 de enero de 2015, junto con indexación al momento del pago de retroactivo generado, por lo que se **confirmará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



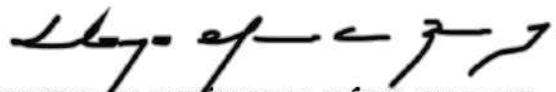
MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 19 2017 00754 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA ELISA PARRA RUGELES
DEMANDADO: COLPENSIONES

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 18 de diciembre de 2019, por la apelación presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora GLORIA ELISA PARRA RUGELES, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios, la indexación de la condenay a las costas del proceso. (fl. 3).

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue pensionado por el ISS, mediante Resolución No. GNR 394293 del 11 noviembre de 2014, a la luz de lo normado en el acuerdo 049 de 1.990, aprobado por el decreto 758 del mismo año, que contrajo matrimonio católico con el señor ALVARO RAMIREZ NOVOA; que su esposo depende en su totalidad de sus ingresos; que solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos, pero los mismo fueron negados. (fls. 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 4, para los demás manifestó no constarle o no ser ciertos los demás; propuso como excepciones las que denominó cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, pago y prescripción. (fls. 26 - 34).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de Conocimiento en sentencia del 9 de octubre de 2019, absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra a la demandada y condenó en costas a la parte actora. (fl. 69).

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

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

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

RECURSO DE APELACIÓN

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

“Gracias señoría, en este diligencia indico que presento recurso de apelación a la sentencia dictada hoy, de antemano solicito a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en el día de hoy o la reconstrucción del día de hoy en el entendido de que si bien es cierto existe un pronunciamiento de la corte constitucional que los incrementos desaparecieron con la entrada en vigencia de la ley 100 del 93, no es la única teoría ni la única interpretación de las altas cortes, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia sala laboral en diferentes sentencias ha manifestado que los incrementos pensionales del 14% no desaparecieron al entrar en vigencia la ley 100 que ni orgánicamente ni tácitamente desaparecían que si bien no desaparecieron por no ser parte integral de la pensión si se le puede atribuir a estos incrementos son las prescripciones la Cuáles son las establecidas en el artículo 488 del código sustantivo del trabajo y artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social pero teniendo en cuenta el caso concreto de la señora Gloria Elisa Parra, se evidencia efectivamente que la señora le fue concedida pensión de vejez mediante resolución 94293 del 11 de noviembre del 2014, la cual fue notificada el día 13 de noviembre del mismo año, y que la señora presentó reclamación administrativa para solicitar dichos incrementos pensionales esto es el 25 de mayo 2017, quiere decir que fue durante los tres años que tenía por vía legal para hacer dichos solicitar dichos incrementos pensionales y que conforme a la jurisprudencia que ha manifestado la Corte Suprema de Justicia dichos incremento no han desaparecido de la vida jurídica y tampoco estarían prescrito, ha de manifestarse manifestarse que si bien los jueces están en toda la autoridad de interpretar la ley que para ellos que bajó la

sana crítica deberían adoptar este pronunciamiento que ha tomado el juzgado no es el más favorable para la hoy demandante y por eso pues solicitó de que en segunda instancia se le conceda el incremento pensional conforme a la demanda presentada Igualmente hay que manifestar que dentro de la audiencia de pruebas se dejó Igualmente establecido el cumplimiento de los requisitos para Acceder al incremento es del 14% en cuanto a la calidad de cónyuge en la cual se demuestra con el registro civil de matrimonio en la partida eclesiástica Igualmente con los testimonios En cual fueron precisos y fueron congruente manifestar que fue la pareja actualmente vive que nunca se han separado y que el señor a Álvaro Ramírez Nova depende de la señora gloria Elisa Parra, haciendo esto de que efectivamente se cumpla los requisitos establecidos en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990 y así dar por demostrado el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de estos incrementos pensional, entonces conforme a esto fundamento y reiteró pues que solicitó que se revoque la sentencia en segunda instancia y se le acceda las pretensiones de la señora demandante. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

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

Para resolver el problema jurídico se tiene que en este caso a la demandante GLORIA ELISA PARRA RUGELES, COLPENSIONES, mediante Resolución No. GNR 394293 del 11 de noviembre de 2015, le reconoció pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, así las cosas, tal y como lo señaló el Juez de primer grado, debe estudiarse primero si tal prestación se encuentra vigente, para luego sí analizar si existe o no el derecho al pago del incremento pensional.

Ahora, descendiendo al caso que nos ocupa, es necesario señalar que la norma que consagra el incremento de la prestación pensional por cónyuge o compañera a cargo, así como por hijo discapacitado son los literales a) y

b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990, norma ésta que fue publicada en el Diario Oficial No 39303 del 18 de abril de 1990.

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

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

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

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

En dicha providencia se indicó:

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

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

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad, sin que sea dable como lo solicita la apoderada de la parte actora en su recurso, en virtud del principio de favorabilidad reconocer el incremento petitionado, ya que el principio de favorabilidad parte de la existencia de dos normas **vigentes** y como ya se indicó la norma que los consagra perdió su vigencia.

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

SIN COSTAS. En esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 20-2018-542-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ÉDGAR HERNÁNDEZ LEIVA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 17 de julio de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor ÉDGAR HERNÁNDEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad absoluta



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del acto de afiliación por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS, a través de Colfondos S.A., atendiendo a la falta de requisitos legales y error en que fue inducido para efectuar dicho traslado, que nunca estuvo afiliado a dicho régimen y como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se condene a Colpensiones a aceptar su traslado al régimen que administra, condenando a Colfondos a trasladar a Colpensiones el valor de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual.

Subsidiariamente solicita, se declare que Colfondos S.A., comprometió su responsabilidad al no haberlo asesorado de manera idónea sobre las consecuencias de su traslado carecía de idoneidad, por lo que solicita se le condene al pago de perjuicios materiales ocasionados con el traslado de régimen en que lo indujo, los que se representan en el pago de la diferencia pensional resultante de la mesada pensional que recibiría de haber permanecido en el RPM y la que le corresponde en el RAIS, proyectada a su expectativa de vida, junto con el pago de los perjuicios por daño emergente, representadas en las comisiones que fueron cobradas al demandante durante el tiempo en que estuvo afiliado a esa administradora. (fls. 2 y 3).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de junio de 1960, estando afiliado al ISS desde el 18 de enero de 1994, entidad a favor de la cual realizó aportes en pensión hasta el 1 de agosto de 1994 y el 30 de marzo de 1998, se trasladó al RAIS, siendo abordado en su sitio de trabajo por un asesor de Colfondos S.A., quien lo indujo a realizar traslado de régimen, bajo información falsa y omitiendo la mínima para la toma de una decisión por su parte, señalándole que iba a recibir una pensión anticipada en cuantía mayor a la que recibiría en el ISS, que no le suministró una información suficiente, amplia, completa y comprensible correspondiente al RAIS, ni se le hizo una comparación de ambos regímenes pensionales, no indicándole ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro que le permitieran tomar la decisión más favorable a su situación pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Afirma que no se le brindó la oportunidad de razonar sobre su decisión, pues la firma del formulario se efectuó el mismo día en que Colfondos visitó su sitio de trabajo, informándole en dicha oportunidad el asesor de esta que el ISS se iba a acabar y los aportes que había efectuado en este se perderían y la única posibilidad de recuperarlos, era afiliándose al RAIS, para tener el bono pensional, que podía pensionarse anticipadamente con una mesada igual o superior a la que recibiría en el RPM.

Indica que el 8 de marzo de 2018, Colfondos realizó una simulación de su situación pensional, señalando que conforme su último IBL registrado, cuando alcanzara los 62 años de edad, su mesada pensional ascendería a \$2.520.000 y conforme cálculo actuarial efectuado por contadora pública, se determinó que para el 2022, fecha en que alcanza la edad requerida para pensionarse, su mesada ascendería a \$9.609.663, diferencia ostensible que nunca fue advertida por el asesor de Colfondos, que le fue ocasionado un perjuicio representado en la diferencia pensional en mención y el día 13 de julio de 2018, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, solicitud que fue negada. (fls. 4 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 10, 18,19, 27 y 28 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción. (fl. 69).

Por su parte, COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 4, 18 y 19, manifestó no constarle los No. 2, 4, 22 a 24, 27 y 28 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago. (fl. 110).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a Colfondos el 30 de marzo de 1998, declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de vejez y muerte a Colpensiones y ordenó a Colfondos devolver la totalidad de aportes por concepto de cotizaciones del demandante, junto con rendimientos y condenó en costas a Colfondos. (fl.147).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

“Como marco normativo para tomar una decisión en derecho en esta clase de procesos esta sede judicial se apoya en artículo 13 literal B y C de la ley 100, el artículo 167 del código general del proceso, pero principalmente en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que es vinculante cuando es pacífica para todos los operadores de la jurisdicción ordinaria; tenemos entre ellos los radicados 31989 31314 del 2008 33 803 del 2011 46.292 del 2014 también las sentencias sl 19477 radicado 47125 del 2017 sl 4964 radicado 54 814 del 2018 sl 4989 radicado 47125 del mismo año Pero principalmente las decisiones sl 1452 del 2019 y sl 1688 y 1689 del año 2019 donde la corte ha venido ratificando la línea jurisprudencial y aclarando puntualmente el tema como pruebas relevantes también que permiten al despacho llegar a una conclusión fáctica y tomar la correspondiente decisión se arrimaron al proceso las documentales a que hicimos referencia al momento de decretar las pruebas pertinentes y en los folios allá indicados pruebas que dan cuenta de los documentos de identificación del demandante de los formularios afiliaciones e historias laborales de cada uno de las cotizaciones de los fondos aquí presentes lo mismo que un dictamen pericial emitido por contador público con respecto a una estimación que consideraron de la mesada pensional del demandante en el día de hoy se recepcionó interrogatorio al Señor Edgar Hernández Leiva quién nos manifestó las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó el traslado indicando que efectivamente se trasladó voluntariamente a Colfondos, que le explicaron que los que los aportes se enviaron a una cuenta de ahorro individual que no conocía los requisitos para pensionarse en el ISS no tenía conocimiento que podía regresar al ISS a los 52 años y que cree que la pensión es a los 62 años él considera que la información fue bastante Somera no Fue suficiente no fue una información personalizada la recomendación con una conferencia y el argumento de que era mejor pasarse al fondo que la inconformidad que él tiene se data o mejor se da la cotización que encuentra que la pensión estimada por el fondo es insuficiente para él y su familia no sabía que la modalidad de fondo con Colpensiones y que los salarios aumentan de acuerdo a los salarios de él como médico, que aumentan de acuerdo a las capacitaciones adquiridas, que toda la vida es lo mejor siempre se ha desempeñado como jefe de la unidad cardiovascular del hospital Cardio infantil y no sabía que los aportes se iban a la masa sucesoral.

Con los anteriores elementos de prueba traídos al proceso y con la normatividad vigente se ha llegado a la siguiente conclusión reiteramos una vez más que pretende el demandante que se declare la nulidad del traslado de régimen de pensiones que efectuó los términos ya narrados ampliamente y por lo tanto se condene a restituir a Colpensiones las cotizaciones o bonos pensionales o subsidiariamente los perjuicios materiales deprecados en la demanda sobre ese tema la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya referida anteriormente ha reiterado que para que exista validez en el traslado de un régimen de pensiones es mejor del régimen de pensiones de prima media al de ahorro individual o viceversa, primero está la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones segundo para dar satisfecho este



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

deber no es suficiente con diligenciar el formato de afiliación, tercero la carga de la prueba en este evento está a cargo del fondo administrador de pensiones que realizó el traslado y cuarto la ineficacia de la afiliación no solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado es decir no solamente se da cuando es beneficiario del régimen de transición esta Sede judicial viene de tiempo atrás armonizándola la decisión frente al traslado de régimen de pensión de prima media con prestación definida con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya referida y reiterada y recogemos los postulados de la Corte en el entendido de tener en cuenta los fundamentos del artículo 167 del CGP es decir distribuir la carga probatoria exigiendo probar a la parte que se encuentre mas favorable de las evidencias o no de la información o sobre los vicios del consentimiento correspondiendo en esta parte a Colfondos el fondo de pensiones que realizo el traslado al sistema de pensiones de prima media al de ahorro individual con solidaridad demostrar que efectivamente no hubo vicios del consentimiento o que cumplió con el deber de información de manera suficiente en los términos establecidos en la data del traslado para de esta manera el despacho negar la nulidad e ineficacia pedida por falta de consentimiento libre voluntario e informado todo ello reitero con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ya hemos venido refiriendo tan reiteradamente de manera que conforme a esa línea jurisprudencial queda claro que Existirá ineficacia en la afiliación Cuando quiera que primero la insuficiencia de la información genera elecciones injustificadas en el derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso al derecho; segundo no será suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada la cual deberá corresponder a la realidad; tercero los términos del artículo 1604 del código civil corresponde a la administradora de fondos de pensiones allegar pruebas sobre los datos proporcionados al afiliado los cuales de no ser cierto tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la ley 100 de 1993 y en los que ha de constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación e incidencia en el derecho pensional en este hilo conductor al analizar bien sea la nulidad o la ineficacia pues para estos casos El Deber de información tanto para la una o la otra debe probarla dentro del juicio la parte demandada conforme a la carga dinámica de la prueba Entonces analizando si hay vicios del consentimiento consistente en el engaño error o dolo al momento de efectuar la demandante su afiliación a Colfondos por el traslado que hiciera tenemos que no hay pruebas arrojadas al proceso adicional al formulario suscrito por la parte demandante y el interrogatorio de parte rendido que nos den certeza si efectivamente se le brindó una asesoría en tema de pensiones si el asesoramiento prestado al Señor Edgar Hernández Leiva fue bueno, adecuado, o fue malo sin en él se presentaron maniobras que hubieran llevado a incurrir un engaño, no tenemos las circunstancias de tiempo modo y lugar prueba por la parte demandada donde se recibe la asesoría y se firmó el correspondiente formulario, no tenemos cuál fue el funcionario y si no desplegó una conducta dolosa o maliciosa al momento de suscribir, ello no se probó que efectivamente no hubo vicios del consentimiento por lo tanto concluimos que se faltó al deber de información y por ello no era permitido realizar el cambio de régimen al demandante al menos no se probó que hubiera cumplido ese deber de información así las cosas conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en armonía con decisiones del tribunal superior de Bogotá mayoritariamente y el artículo 13 literal B y 272 de la ley 100 del 93 no podrá predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntaria al momento de traslado de pensión ya que este no se probó que este hubiese estado ajustado a los principios que dominan el sistema de seguridad social y a las reglas de la libertad de escogencia del sistema el cual exige que debe ser o mejor debe estar sujeta a la comprobación de la libertad informada una decisión documentada precedida de la explicación sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales tales como el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales que se proyecte.

Razón por la cual se tendrá que condenar a la parte demandada a todas y cada una de las súplicas principales de la demanda, en consecuencia se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de pensiones de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad es decir la afiliación efectuada por el señor Edgar Hernández Leyva a Colfondos s.a. realizada el 30 de marzo de 1998 se declarará como aseguradora del señor Hernández para los riesgos de invalidez vejez y muerte a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones desde el 30 de marzo de 1998 hasta la actualidad aclarando que antes de esa data se encontraba afiliado al ISS teniendo en cuenta lo anterior se ordenara a la administradora de fondos de pensiones y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

cesantías Colfondos devolver la totalidad por concepto de cotizaciones a pensiones del demandante junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones ahora bien frente a los perjuicios materiales deprecados en tanto son pretensiones subsidiarias tal como se observa a folio 3 al salir avante las pretensiones principales no hay lugar a su estudio. En cuanto a las excepciones en lo que tiene que ver con las de prescripción propuestas por las demandadas se declaran no probadas teniendo en cuenta que no existe Norma que regula el tema de prescripción de los aportes y afiliaciones al sistema general de pensiones en el estatuto de seguridad social ley 100 ni en su decreto reglamentario Pero principalmente porque la jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que el derecho a la pensión es imprescriptible orden de los elementos que la conforman Y las acciones encaminadas reclamar dicho derecho subsisten sin perjuicio la eventual prescripción de las mesadas pensionales siendo los aportes y afiliaciones uno de los elementos que la conforman, en este evento ha dicho la corte entre otras en la sentencia sl el 8 de marzo del 2013 radicado 49 741,sl1663, 3807 del 2018 y sl 1421,1688, 1689 del año 2019 que aún cuando las controversias suscitadas en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social los preceptos llamaba regular la extinción de la acción son los artículos 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del ordenamiento procesal laboral normativa en virtud de la cual opera el término final con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación en el asunto bajo estudio dicho concepto se torna inaplicable toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan el carácter declarativo en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida y en tal virtud Acceder al reconocimiento de la prestación pensional previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin destacando la sala la inoperancia del medio exceptivo frente a nulidad el traslado no sólo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental e irrenunciable e imprescriptible acuerdo con los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución nacional sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial en sí misma acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido en tanto los sustento fáctico que soporta la pretensión se hayan encaminado demostrar su existencia inexistencia como acto jurídico lo que a su vez da lugar a consolidar el estado pensionado y en consecuencia propiciar la posibilidad de disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por transcurso del tiempo.”

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** señaló:

“Solicito se revoque la decisión proferida en razón a que tal como se manifestó y se pudo evidenciar dentro del proceso el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad al haber firmado el formulario afiliación de manera libre y voluntaria tal como lo manifestó el interrogatorio de parte, hecho que no debe ser desconocido por lo tanto deberá absolver y no declarar la nulidad del traslado por el efectuado al RAIS; es importante señalarle a los honorables magistrados que el demandante se encuentra inmerso en la previsión legal de traslados en la en la ley 797 del 2003 en razón a que ya se encuentra inmerso o ya está próximo a cumplir la edad de pensión y por lo tanto colpensiones no se encuentra facultado y está prohibido por ley efectuar su traslado su traslado del régimen de prima media además no cotizó las 750 semanas necesarias para exonerar de tal prohibición creando otra alternativa sino la de darle estricta aplicación de esta disposición legal y por lo tanto en colpensiones no puede tenerlo como afiliado en el régimen de prima media del interrogatorio parte le pongo presenta los honorables magistrados que si bien se evidencia le brinda una información del demandante es importante señalar que el demandante manifestó que la información que al se le brindo una información al demandante es importante señalar que la información que a él se le brindo fue una información simple pero dentro de la demanda más específicamente en el hecho 7 si se le informo frente una pensión anticipada que es una característica propia del régimen a si mismo se encuentra en contradicción entre el dicho en el demandante en su interrogarlo de parte y lo manifestado en la demanda más



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

específicamente en el hecho 16 y 16.1 en el interrogatorio de parte el demandante manifestó que conocía que sus cotizaciones iban a una cuenta de ahorro individual pero dentro de este hecho previamente mencionado señala que esto previamente no era conocido por el demandante presentándose contradicciones entre lo dicho entre el interrogatorio y lo manifestado en la demanda y por lo tanto le solicito al tribunal que tales contradicciones sea resueltas en favor de mi representada Colpensiones así mismo se señala y se pone de presente que la razón de ser del proceso en razón a la mesada pensional que obtendría el aquí demandante en el RAIS y la falta de proyecciones que se le efectuaron en el traslado en el año 1998 pero la obligación de generar proyecciones se instauraron en la entrada en vigencia del decreto 2071 de 2015, lo que no tiene efectos retroactivos y por lo tanto no puede declararse la nulidad de la afiliación por falta de información cuando era imposible efectuar a la AFP algún tipo de proyección y no tenía la obligación de hacerlo en el interrogatorio de parte se puede evidenciar la negligencia del aquí demandante pues hasta el año 2018 se acercó a las oficinas de su AFP de Colfondos razón por la cual se evidencia la negligencia del demandante para conocer su situación pensional negligencia que no debió haberse premiado permitiendo su retorno al régimen de prima media además de permitirle su regreso al régimen administrado por mi representado generando una descapitalización del fondo común como lo manifestó la corte constitucional en sentencia s1024 del 2004 finalmente colpensiones no tuvo injerencia alguna en el traslado por el aquí demandante y la posición efectuada dentro del proceso se realiza en la aplicaciones legales que frente al traslado de régimen se han proferido”.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor EDGAR HERNÁNDEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la demandada COLFONDOS S.A., el 30 de marzo del año 1998, el que reposa a folio 131 del expediente.

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 20201800542-01 Dte: EDGAR HERNÁNDEZ LEIVA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

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

De las pruebas aportadas al expediente se tiene que contrario a lo señalado por la recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor EDGAR HERNÁNDEZ, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera, no se allegó prueba al respecto, quedando así demostrado que la demandada faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, pues quedó probado que como bien lo manifiesta la entidad recurrente al demandante, sólo se le pusieron de presente, características propias del RAIS, las que si bien, también deben incluirse en la información que debe