

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE RICARDO MOSQUERA GUERRERO
contra SEGURIDAD ONCOR LTDA, META PETROLEUM CORP SUCURSAL
COLOMBIA y PACIFIC PETROLEUM ENERGY SA. Rad. 2016 00269 01 Juz 32.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JORGE RICARDO MOSQUERA GUERRERO demando a SEGURIDAD ONCOR LTDA, META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA y PACIFIC PETROLEUM ENERGY SA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 y 6.

- Contrato de trabajo a término fijo con SEGURIDAD ONCOR LTDA entre el 31 de enero de 2014 al 31 de enero de 2016.
- Responsabilidad solidaria de META PTEROLEUM CORP y PACIFIC RUBIALES.
- Indemnización por despido injusto.
- Salarios entre el 16 de febrero de 2015 y el 31 de enero de 2016.
- Indemnización moratoria.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 65 a 68 y 112 a 124. Suscribió contrato de obra o labor con SEGURIDAD ONCOR el 31 de enero de 2014, por un término de 24 meses, su contrato dependía del contrato de prestación de servicios que había entre META PETROLEUM CORP – sociedad subordinada de la empresa

matriz PACIFIC RUBIALES ENERGY hoy PACIFIC EXPLORATION AND PRODUCTION - y SEGURIDAD ONCOR LTDA, no se especificó que su contrato estaba condicionado a algún pozo exploratorio específico, su cargo fue de analista de seguridad 2, debía coordinar los bloques exploratorios a nivel nacional, las labores las ejecutaba en diferentes pozos de exploración de META PETROLEUM CORP y PACIFIC, en virtud de la labor contratada realizó varias salidas de campo. Su salario ascendió a \$5.400.000, el contrato no pactó una obra o labor. El 30 de enero de 2015, se le presentó documento de terminación del contrato por mutuo acuerdo, el cual no quiso firmar, por lo que el 19 de febrero de ese año, su contrato fue terminado unilateralmente, y el argumento que utilizó la empresa fue el finiquito del contrato de prestación de servicios entre META PETROLEUM CORP y PACIFIC respecto al pozo CPO 012. Mediante derechos de petición y una acción de tutela recaudo el material probatorio aportado al proceso.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

META PETROLEUM CORP contestó en los términos del escrito visible a folios 245 a 254 y 312 a 322.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y prescripción.
- Llamó en garantía a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA SA.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. contestó a folios 359 a 368:

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda.
- Aceptó el hecho de la relación contractual entre META PETROLEUM CORP y SEGURIDAD ONCOR LTDA.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de solidaridad laboral entre las demandadas, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, valor

asegurado, indebida acumulación de pretensiones, prescripción, buena fe y genérica.

SEGURIDAD ONCOR LTDA contestó en los términos del escrito visible a folios 134 a 142, 297 a 299 y 323 a 332.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con el contrato de trabajo por obra o labor, los extremos, el cargo, salario y terminación del contrato.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, mala fe y genérica.

PACIFIC PETROLEUM ENERGY SA no contestó la demanda (fls 272 y 385)

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar probadas las excepciones propuestas por las demandadas y absolvió a las convocadas a juicio de cada una de las pretensiones elevadas. Llegó a esa determinación al verificar que el contrato de trabajo lo fue por obra o labor determinada y que si bien, el contrato de trabajo indicó una duración de 24 meses, lo cierto era que la actividad para la cual fue contratado el actor estaba relacionada con el bloque CPO12, y dependía del vínculo entre Meta Petroleum y Seguridad Oncor, el cual feneció por decisión de la empresa usuaria. En consecuencia, el A quo encontró ajustado a derecho el finiquito del contrato de obra o labor determinada, el cual estuvo ajustado a lo previsto en el artículo 61 del CST, por esa razón no había lugar a imponer las condenas que prevé los artículos 64 y 65 del CST.

Recurso de Apelación

La parte actora apela la decisión, dijo que no se discute la existencia de un contrato de obra o labor, la controversia radica en el término de finalización porque el actor contaba con una expectativa. El contrato de prestación de servicios al que estaban vinculadas las actividades laborales fue posterior al contrato laboral. Dijo que el actor estuvo presente en los pozos, prestó sus servicios a favor de las demandadas, tuvo

que acudir a la acción de tutela para reunir el caudal probatorio allegado al proceso. El trabajador es la parte débil de la relación laboral, la demandada no facilitó la recopilación documental, ejemplo de ello, son los viáticos y las actas de terminación del contrato relacionadas con la exploración del bloque CPO12, el cual tenía como finalidad el contrato de obra o labor. Insiste en que su contrato no terminó con justa causa. ONCOR aporta el acta de inicio del contrato CPO12 pero no el acta de terminación de éste. La demandada no tiene certeza de cuantos contratos existían al momento de la contratación y mucho menos de la terminación cada uno de ellos. Solicitó la aplicación de la inversión de la carga de la prueba porque le resulta imposible demostrar los por menores de la ejecución del contrato que aduce la demandada. Requirió la revaloración del testigo traído por la demandada el cual cuenta con una relación contractual con la empresa. No considera dable que para el desarrollo de las labores contratadas, estas se puedan ejercer desde cualquier parte del país, y que a su vez se imponga para la ejecución del contrato un solo pozo de exploraciones. Reitera que no tenía conocimiento de los pormenores del contrato de prestación de servicios entre las convocadas al proceso.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada: **SEGURIDAD ONCOR LTDA** considera que se debe confirmar la decisión de primera instancia, por cuanto el contrato laboral finalizó con justa causa, y se pagaron las acreencias laborales causadas.

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., solicita se proceda a confirmar el fallo pues está probada la inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido, como quiera que **SEGURIDAD ONCOR LTDA** aportó la documental que demuestra la terminación legal del contrato de trabajo y el pago de las acreencias.

META PETROLEUM CORP, solicita se confirme la sentencia de primera instancia argumentado la inexistencia de responsabilidad con la parte de demandante, por cuanto la relación laboral era sostenida entre el actor y **Seguridad Oncor Ltda** a través de contrato por obra labor, lográndose probar que las condiciones del mismo

se pusieron de presente al trabajador al momento de la vinculación, lo anterior en consecuencia de la terminación de la relación comercial con la sociedad empleadora.

CONSIDERACIONES

Previo a iniciar el análisis correspondiente precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto, se advierte que no existe controversia frente a la existencia del contrato de trabajo entre el actor y SEGURIDAD ONCOR LTDA, el cargo que desempeñó el demandante y el salario; en estricta consonancia con el recurso de alzada, procede La Sala a analizar cual fue la forma de vinculación del actor con SEGURIDAD ONCOR LTDA, y la manera en la que se llevó a cabo el finiquito del contractual.

Del material probatorio allegado al proceso se cuenta con los siguientes documentos: a folios 39 a 46, milita contrato individual de trabajo por obra o labor contratada, suscrito entre el demandante y SEGURIDAD ONCOR LTDA, el cargo del actor era analista de seguridad 2. Allí se estipuló que la duración del contrato entre META PETROLEUM CORP y SEGURIDAD ONCOR LTDA es de 24 meses contados a partir del 01 de febrero de 2014 y se extendía hasta el 31 de enero de 2016. En el párrafo primero se determinó que las funciones del demandante se desempeñan en la ciudad de Bogotá, o en la ubicación o sitios de trabajo (bloques exploratorios) que señale el empleador y que el trabajador se obliga a desempeñar sus deberes en cualquier sitio del país donde el empleador establezca dependencias o considere necesario el traslado. En la cláusula 8 se consignó la duración del contrato, y se precisó: "*La duración estará sujeta a la duración del contrato principal suscrito entre META PETROLEUM CORP y SEGURIDAD ONCOR LTDA*" y en la cláusula vigésimo cuarta se estableció el inicio de labores a partir del 1 de febrero de 2014.

En el folio 51, reposa acta de terminación del contrato de trabajo de fecha 30 de enero de 2015, en el que se indica que se da por terminado el contrato de trabajo por la finalización del contrato de prestación de servicios de Meta Petroleum Corp, en el folio 52 reposa notificación al demandante de la terminación del contrato de trabajo, y se indica:

“De manera atenta, me permito informarle que el servicio que se prestaba en el pozo CPO 012, en virtud del Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre Meta Petroleum Corp y Seguridad Oncor Ltda, fue finalizado por Meta Petroleum Corp a partir del 31 de enero de 2015.

Por lo anterior y en cumplimiento de la cláusula octava del mencionado contrato, nos permitimos informarle que se hace necesario dar por terminado el contrato, con justa causa, que actualmente se encuentra suscrito entre las partes.”

En los folios 180 a 233, obra 3 contratos de prestación de servicios de supervisión en seguridad con medios de apoyo para el BLOQUE CPO – 12, BLOQUE COR – 24 y BLOQUES CAG 5, CAG - 6 y PUT – 9, celebrados entre META PETROLEUM CORP y SEGURIDAD ONCOR LTDA, los contratos Nos 5500003760 y 5500003763 fueron suscritos el 6 de febrero del 2014 y el contrato No 5500004065 se firmó el 1 de julio de ese mismo año. En los tres contratos se requirió el cargo de supervisor 2. Los lugares de ejecución de estos contratos fueron San Martín, Puerto López, Puerto Gaitán, departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Putumayo y Caquetá. También se cuenta con acta de inicio del contrato No 5500003760 (fl 398) cuyo objeto es la prestación del servicio de supervisión en seguridad con medios tecnológicos para el bloque CPO12. A folios 163 a 165, reposa correos electrónicos remitidos por PACIFIC RUBIALES a SEGURIDAD ONCOR LTDA, de fecha 19 de febrero de 2015, donde Pacific comunica la cancelación de los servicios que se prestan en el bloque CPO – 12 desde el 30 de enero de ese año y se solicitó la cancelación de los contratos del personal *“FORERO SEPULVEDA FRANKLI – ANALISTA – ONCOR y MOSQUERA JORGE RICARDO ANALISTA – ONCOR”*.

La **representante legal de ENERGY FRONTERA SA** (antes META PETROLEUM), Dijo que la relación contractual que existía entre META PETROLEUM y SEGURIDAD ONCOR se circunscribe al bloque CPO – 12, no tiene presente los diferentes contratos comerciales suscritos con la empresa SEGURIDAD ONCOR o su vigencia. El contrato con ONCOR tenía una fecha de duración de dos años a partir del acta de inicio, en su momento META PETROLEUM solicitó la cancelación de servicios.

La **representante legal de SEGURIDAD ONCOR LTDA**, Indicó que para la fecha de vinculación del demandante existieron dos contratos, uno finalizó antes de la vinculación del actor y otro culminó el 31 de enero de 2015 a solicitud del contratante del servicio, el contrato que los ocupa estaba asignado al bloque CPO – 12, en el contrato laboral fueron descritas las funciones del demandante. La totalidad del personal de ONCOR asignado a ese bloque fue retirado. El cliente al finalizar el

servicio, hace que se dé por terminado el contrato de trabajo, las labores del actor se desarrollaron en bloque CPO – 012, en el expediente obra un acta de comisión de servicios del actor en Arauca, pero ella no esta suscrita con ONCOR, sino con VISER, hizo referencia a la cláusula 8 del contrato de trabajo del demandante, la cual hace alusión a la duración del contrato, no conoce la ubicación física del trabajador, recalcó que el actor sabía de su modalidad contractual, el contrato de prestación de servicio no reportó novedades con la labor realizada por el actor.

El **demandante indicó en su interrogatorio de parte** que, Jairo León Rincón laboraba en META PETROLEUM como coordinador de seguridad, nunca tuvo contacto con ONCOR, sus jefes siempre fueron META PETROLEUM – PACIFIC RUBIALES, él apareció en ONCOR en el momento en que se le envió un escrito a su casa donde notificaba de la terminación de la relación laboral, luego lo llamaron de PACIFIC para la entrega de los elementos del contrato de trabajo, sus pagos fueron consignados al Banco. Firmó un contrato de obra o labor pero sus condiciones cambiaron el curso de las labores. ONCOR era quien pagaba viáticos, salarios, se le hizo una consignación como liquidación del contrato con unos descuentos desfasados, él no firmó ninguna liquidación. Manejó funciones de consultoría, elaboración de documentos de PACIFIC, manejaba coordinadores estratégicos de grupos exploratorios, asistía a reuniones a remplazar al líder de seguridad y tenía relación con todos los gerentes de operación en temas de vigilancia y seguridad aunado a asesorías, la función de vigilancia no es de la función petrolera. Reiteró que fue contratado por ONCOR, trabajaba para META PETROLEUM, asistía a reuniones de exploración y remplazaba líderes de seguridad (lo cual no era su función) también laboraba en Bogotá en la oficina de la 106.

El **testigo Carlos Fernando Arévalo Yepes** (gerente de posventa de Seguridad ONCOR – vinculado con la empresa hace 14 años) dijo que para los años 2014 – 2015 se firmó un contrato entre ONCOR y Meta Petroleum de suministro de analistas de seguridad para diferentes pozos, el contrato inició en enero de 2014 y finalizaba en marzo de 2016. Adujo que ese tipo de contratos se termina con anticipación, cuando el pozo no puede ser explorado o no se llega a un acuerdo con las comunidades. El demandante estaba asignado al pozo CPO12, la terminación del contrato fue específica al indicar Meta Petroleum la no continuidad con CPO12. Al demandante se le comunicó la terminación del contrato, no quiso recibir el

documento, se le envió por correo certificado la comunicación de la terminación, se le consignó mediante depósito judicial la liquidación de las prestaciones sociales y quedó debiendo elementos de trabajo. Jairo León Rincón era uno de los interlocutores asignados por Meta Petroleum para el manejo del contrato con Seguridad ONCOR y él fue quien comunicó la finalización del contrato CPO12. Se tenían varios pozos exploratorios, no recuerda la cantidad de analistas asignados, ONCOR cubría los gastos de viáticos, cree que el último pozo fue el CPO12 pero no recuerda con exactitud.

Del anterior recaudo, concluye La Sala que la vinculación de MOSQUERA GUERRERO, correspondió a un contrato de obra o labor (fl 39), a partir del 01 de febrero de 2014 (cláusula vigésima cuarta del contrato de trabajo – fl 46) el cual estuvo sometido a la duración del contrato de prestación de servicios suscrito entre Meta Petroleum Corp y Seguridad Oncor Ltda, en relación al bloque CPO-12. Se llega a esa conclusión, al tener en cuenta que para la fecha de contratación del demandante se cuenta con los contratos de prestación de servicios Nos 5500003760 y 5500003763, pactados por el término de dos años (fls 181 y 217 – numeral 1.2.) suscritos el 6 de febrero de 2014, el primer contrato se iba a ejecutar en el bloque CPO-12 en el departamento del Meta y el otro en Putumayo y Caquetá. El demandante en el interrogatorio indicó que laboró en Bogotá, asistió a las oficinas de Meta Petroleum, que tenía horario de trabajo, carnet, y que viajaba a toda Colombia, y se refirió puntualmente a la asistencia y ubicación del Bloque 12 al que acudía en Puerto Gaitán, situación que coincide con las demás declaraciones recepcionadas en las que se expuso que el contrato de prestación de servicios que se asignó el actor fue el bloque CPO – 12, circunstancia que también se corrobora con la solicitud de cancelación de servicios asignados a éste bloque (FL 163) y la cancelación de los contratos de FORERO SEPULVEDA y MOSQUERA GUERRERO, solicitudes que elevó JAIRO LEON RINCON, identificado por el demandante como coordinador de seguridad de Meta Petroleum empresa usuaria de los servicios para los que se contrató al actor. En este orden se concluye que no se equivocó el juez, cuando concluyó que la vinculación del demandante dependía de la prestación de servicios con el bloque CPO 012, y que el finiquito laboral está conforme lo prevé el art. 61 literal d) del CST.

Suficientes estas consideraciones para confirmar la decisión apelada.

COSTAS.

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo del apelante. Se fija la suma de Trecientos Mil Pesos M/Cte. (\$300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

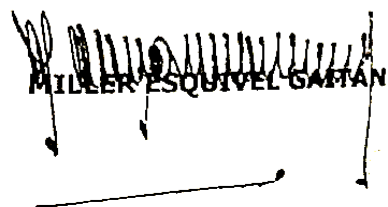
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de febrero de 2019 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo del apelante. Se fija la suma de Trecientos Mil Pesos M/Cte. (\$300.000) como agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA ESMERALDA GÓMEZ SALCEDO
contra FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS. Rad. 2017 00098 01 Juz 11.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SANDRA ESMERALDA GÓMEZ SALCEDO demando al FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Improcedencia de la terminación del contrato por la aplicación de la cláusula de expiración del plazo presuntivo consagrado en los art. 40, 43 y literal a) del art. 47 del Dto. 2127 de 1945.
- Indemnización por despido injusto.
- Intereses moratorios.
- Indexación.
- Perjuicios morales.
- Costas.

Pretensiones subsidiarias

- Reintegro.
- Pago de salarios desde el 04 de julio de 2016 hasta que se produzca el reintegro.

Los hechos de la demanda se describen a fls 2 a 4. Se vinculó el 4 de enero de 1999 mediante contrato a término indefinido con el Fondo Nacional de Garantías, en el cargo de Secretaría del Departamento Jurídico, el salario inicial fue de \$555.200, su último cargo fue profesional de gestión humana, el último salario ascendió a \$2.261.286. Su contrato terminó por expiración del plazo presuntivo el 1 de julio de

2016. La cláusula tercera del contrato dispuso que éste era a término indefinido “*mientras subsistan las causas que le dieron origen a la materia del trabajo*” las cuales aún perduran por lo que la decisión del empleador atenta contra los postulados del artículo 53 constitucional y no se ajusta a ninguna causal legal y estatutaria, situación que le ha causado una congoja y estrés aunado al hecho de que por su edad no ha podido empelarse. Mediante derecho de petición solicitó copia de su hoja de vida a la cual tiene derecho a acceder sin la exigencia de erogación alguna y ya agotó la reclamación administrativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 106 a 115.

- Se opuso a la mayoría de las pretensiones excepto la declaratoria del vínculo laboral.
- Aceptó los hechos relacionados con la vinculación laboral, extremos salarios, cargos, funciones y la presentación del derecho de petición.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, temeridad, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de cada una de las pretensiones elevadas, declaró probadas las excepciones de inexistencia del despido injusto, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido. Llegó a esa determinación al analizar los artículos 40, 43 y 47 literal A) del Decreto 2127 de 1945, y concluyó que la terminación del contrato de la actora lo fue por una causa legal, esto es, por expiración del plazo. Resaltó que el contrato determinó como causales para su finalización, las consignadas en la ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945. En ese orden las pretensiones de la actora no eran procedentes y dijo que la conducta de la entidad no atenta contra los postulados del artículo 53 constitucional, ya que el derecho de la estabilidad en el empleo no supone una permanencia perpetua en el servicio, pues lo que garantiza es la continuidad en el cargo hasta que ocurra una causal objetiva para dar por terminada la relación laboral.

Recurso de Apelación

La parte actora inconforme con la decisión del juez apela porque tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional ha determinado que la aplicación de la causal de terminación o vencimiento de plazo presuntivo, no es una causal objetiva, y para aplicar esta causal se debe demostrar que la labor desempeñada no existe, no es permanente y que el empleado no ha cumplido a cabalidad con sus funciones, circunstancias que no son aplicables a la demandante y se corrobora con el material probatorio aportado. Considera que la decisión de no prorrogar del contrato al vencimiento del plazo, no justifica su terminación y es necesaria su justificación. En el caso la demandante siempre estuvo convencida que su contrato era a término indefinido.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

La parte demandante: peticiona se revoque el fallo, por cuanto no es procedente dar por terminado el contrato de trabajo bajo la causal de expiración del plazo presuntivo, como quiera que la jurisprudencia ha indicado que para dar aplicación a dicha causal deberá darse cumplimiento a los requisitos señalados, situación que no se dio en el presente caso.

Parte demandada: Solicita se confirme la decisión de primera instancia, pues el contrato de trabajo suscrito entre las partes fue a término indefinido de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2127 de 1946.

CONSIDERACIONES

No se discute la existencia de la relación laboral, los extremos y el salario, en consecuencia, procede La Sala a establecer si la decisión de la demandada de dar por término el contrato de trabajo de la demandante está ajustada a derecho, pues de esto depende la prosperidad de las suplicas de la parte actora.

Terminación del contrato de trabajo

Al terminar la demandada el contrato de trabajo invocando justa causa, a ella corresponde la carga de probar la justeza de los hechos alegados para fenecer el vínculo

laboral (SL4547-2018¹), so pena de correr con las consecuencias jurídicas propias del despido sin justa causa. Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado de forma unilateral por parte del empleador, mediante comunicación de fecha 01 de julio de 2016 (fls. 24), y en ella se indicó: *“Le informo que el Fondo Nacional de Garantías SA – FNG ha tomado la decisión de no renovar su contrato de trabajo, el cual tiene suscrito desde el 04 de enero de 1999 y cuya terminación por expiración del plazo presuntivo vence el 03 de julio de 2016 (de acuerdo con lo consagrado en los artículos 40, 43 y literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945); por lo tanto se informa que su último día de trabajo es el 01 de julio de 2016.”*

A su turno la cláusula octava del contrato de trabajo (fl 23) dispone: *“El presente contrato de trabajo termina además de los casos contemplados en la ley 6a de 1945 y el Decreto 2127 e 1945, por: a) Renuncia regularmente aceptada. B) por retiro con derecho a jubilación. C) Por invalidez absoluta.”* El artículo Decimo del RIT (fl 122) al señalar las modalidades del contrato de trabajo en el literal a) precisó: *“A término indefinido para trabajador oficial: Celebrado sin fijación de término alguno para su duración pero que lleva implícito el plazo presuntivo estipulado en el decreto 2127 de 1945.”* Y el art. 17 ibidem respecto a este plazo presuntivo indicó: *“En los contratos de trabajo a término indefinido o en los celebrados sin término alguno, convenidos entre el FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A. – FNG., y sus trabajadores, se dará estricta aplicación a lo dispuesto por los Artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945.”*

Las normas del Decreto 2127 de 1945, que fueron citadas en la comunicación de no renovación del contrato de trabajo prevén lo siguiente:

¹ No debe perderse de vista que era a la parte accionada a la que le concernía la carga de la prueba en cuanto al despido con justa causa. Esta Corporación ha sostenido en innumerables oportunidades que una vez probado por el demandante el hecho del desahucio –lo cual se cumplió cuando adosó la carta de despido y los demandados asintieron al hecho en la contestación–, a la parte accionada le correspondía acreditar la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, es decir, la inasistencia continuada del demandante o, en sus palabras, «el abandono del cargo», no siendo suficiente para dichos efectos las razones indicadas en la carta de despido, en la medida en que este elemento probatorio por sí solo, no es capaz de demostrar la existencia de los hechos allí invocados, razón por la que es menester que se complemente con otros medios de convicción.

Al respecto ha dicho la Corte:

(.....) para la autoridad judicial ello no es suficiente para acreditar los hechos que allí se atribuyeron al actor, y esta aserción, además de que no es desvirtuada por la censura, la comparte íntegramente la Corte, toda vez que, como se ha dicho en otras oportunidades, lo manifestado allí constituyen los motivos de la decisión del empleador, pero por sí solo, no demuestra la existencia de los mismos, sino que las imputaciones al trabajador deben estar soportadas en otras pruebas del proceso que acrediten la existencia de los hechos. (CSJSL, 26 ago. 2008, rad. 33535).

ARTÍCULO 40. (Derogado por el Decreto 1083 de 2015 - ARTÍCULO 2.2.30.6.4.)
"Contrato indefinido. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales."*

ARTÍCULO 43. (Derogado por el Decreto 1083 de 2015 - ARTÍCULO 2.2.30.6.7)
"Prórroga del contrato. *Prórroga del contrato. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses."*

Y el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 (Derogado por el Decreto 1083 de 2015 - ARTÍCULO 2.2.30.6.11 – numeral 1) prevé: "**Terminación del contrato de trabajo.** *El contrato de trabajo termina: 1. Por expiración del plazo pactado o presuntivo."*

De acuerdo con estas disposiciones normativas, los contratos que sean indeterminados, o que no se les hubiese pactado plazo alguno, tienen una presunción legal de terminación por un plazo de 6 meses, con prórrogas por el mismo periodo, como lo prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2717-2018, precisó frente a este tema lo siguiente:

"Claramente se establece en las normas transcritas que «el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno», debe entenderse celebrado por periodos de seis en seis meses, de manera que puede ser terminado por la expiración del plazo pactado o presuntivo, como lo prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945.

En concordancia con lo anterior, esta Sala de la Corte ha sostenido que la ley establece una suerte de presunción legal, de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que tal cuestión sea modificada a través de negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo. En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23957, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 24607; CSJ SL, 28 may. 2008, rad. 31490; CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558; CSJ SL, 24 mar. 2010, rad. 34584; CSJ SL 2 may. 2012, rad. 39479 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773, la Corte señaló al respecto:

El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes. La ley presume que en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador. Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral. (Negrillas fuera de texto).

También ha definido la Corte que cuando las partes a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, consientan en apartarse de la figura del plazo presuntivo, tienen que elaborar cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En consonancia con lo dicho, no basta con que en el contrato de trabajo se estipule el «término indefinido», para que se entienda excluido el plazo presuntivo, sino que se requieren cláusulas que eliminen rotundamente la potestad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias como la CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773 en las que razonó al respecto: (...)» (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, se colige que el plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales, y que las partes (administración pública y trabajador) pueden separarse de esta presunción legal, siempre y cuando se llegue a un acuerdo convencional o contractual respecto al término de duración del contrato, pues a falta de esta determinación, la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo resulta legal y no da lugar a indemnización alguna. Es importante advertir al apelante que la celebración de un contrato a término indefinido, por esa sola denominación no hace que desaparezca la presunción legal, igualmente es de precisar que no se desconoce las evaluaciones de desempeño de la extrabajadora, sin embargo el análisis de la desvinculación no se apoya en esta situación, sino en la aplicación de la ley, la cual revisado el expediente no fue objeto de modificación por las partes, a fin de que en este caso La Sala se pueda apartar de los efectos que prevé la disposición legal aplicable.

Suficientes estas consideraciones para confirmar la decisión apelada.

COSTAS.

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Trescientos Mil Pesos M/Cte. (\$300.000) como agencias en derecho para cada una de las demandadas.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de febrero de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Trescientos Mil Pesos M/Cte. (\$300.000) como agencias en derecho para cada una de las demandadas.

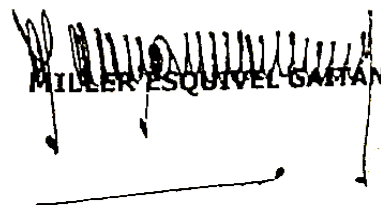
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GRACIELA MERCEDES GONZALEZ LIZARAZO CONTRA COLPENSIONES y AFP PORVENIR. Rad. 2017 00423 01 Juz 13.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GRACIELA MERCEDES GONZALEZ LIZARAZO demandó a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Condena ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 y 5. Nació el 14 de mayo de 1960, se afilió al ISS el 12 de abril de 1988 donde cotizó 275 semanas, el 1 de enero de 2000 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, quien no ejerció su deber de información, ni aviso de la posibilidad de retornar al ISS, lo que evidencia un actuar de mala fe, el 12 de mayo de 2010 y el 2 de mayo de 2013 solicitó el traslado de régimen al ISS. El 24 de febrero de 2014 se le hizo una simulación pensional la cual arrojó un valor de \$640.000 con un IBL de \$ 3.018.594. El 02 de febrero de 2016 solicitó a las dos demandadas la nulidad de traslado de régimen.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 72 a 75.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos solo aceptó la afiliación al ISS, el número de semanas cotizadas, y la solicitud de la nulidad de traslado elevada el 2 de febrero de 2016.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, genérica, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y prescripción.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 88 a 95.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, edad, la simulación pensional y la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, genérica, consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de afiliación al RAIS y debida asesoría del Fondo.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS acaecido el 1 de enero de 2000 a través de la AFP PORVENIR, ordenó el traslado de los aportes y rendimientos a COLPENSIONES y a esta le impuso recibirlos. Llego a esa determinación en síntesis al tener en cuenta que la AFP no cumplió con la carga de la prueba frente al deber de información, no dijo nada sobre las consecuencias del cambio de régimen y resaltó que en estos casos, no importa si los afiliados son beneficiarios del régimen de transición, cuentan con un derecho adquirido o una expectativa legítima.

Recurso de apelación

La demandada AFP PORVENIR, dijo que el deber de información nació en los años 2014 y 2015, para la fecha del traslado los asesores no tenían la obligación de plasmar por escrito la información suministrada, sus asesores estaban debidamente capacitados, la firma en el formulario debe tomarse como un acto jurídico lícito, consentido e informado, el acto de traslado de régimen no tipifica ninguna prohibición legal, sus consecuencias están definidas en la ley 100/93 y cualquier duda de conformidad con el art. 1509 del C.C. no tiene alcance de viciar el consentimiento. Indicó que en ese momento no era posible establecer la conveniencia de uno y otro régimen pensional. La condena en costas va en detrimento de la entidad cuyo actuar ha sido de buena fe, solicitó aplicar el principio

de la carga de la prueba y revisar el interrogatorio de la actora. Bajo estos argumentos aunado a la aplicación del principio de legalidad solicitó se revoque la sentencia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme el fallo, como quiera que la parte demanda no probó el deber de información sobre el traslado de régimen, dejando claro que el suscribir el formulario de vinculación no acreditó el consentimiento informado.

Parte demandada: COLPENSIONES, requiere se revoque la decisión proferida, por cuanto se aportó la documental suficiente y se determinó que el traslado al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria y con el conocimiento sobre las condiciones de dicho traslado, motivo por el cual no es procedente declarar la ineficacia del traslado.

AFP PORVENIR, no se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 02 de febrero de 2016 (fl 37), en el que solicitó el traslado del RAIS al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó

desde el 16 de noviembre de 1999, cuando se vinculó a la AFP PORVENIR (fl 97) y es donde se encuentra actualmente afiliada.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de la decisión frente a su mesada pensional en éste régimen.

Como ya se indicó, la actora el 16 de noviembre de 1999 (fl 97) se trasladó de régimen mediante su vinculación con la AFP PORVENIR, momento para el cual debió haber cumplido los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la parte actora; sin embargo, para esta Sala el diligenciamiento de un formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

voluntaria de la demandante, ya que a lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le correspondía a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada no solo el monto de la pensión en cada uno de los regímenes, sino la diferencia en el pago de los aportes, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio 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 ella entraña"*

³ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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 que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, pues si bien indicó haber brindado información clara, cierta, completa y precisa frente a las características de cada régimen pensional, sus afirmaciones no fueron acreditadas en el proceso, no demostró con claridad la forma en que se llevó a cabo el suministro de la información para que la actora realizara el cambio de régimen, ni prueba que se brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, no se hizo la proyección del monto de la pensión, ni demostró haber explicado cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, y así acreditar el cumplimiento del deber de información.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó ni se saneo con el suministro de información general en cuanto a las características del RAIS y del RPM, pues el análisis del caso, obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que ese deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del

suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

⁴ *" Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retomar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la

traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”*.

Así las cosas, es evidente que a la actora no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conduce a la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a la declaratoria de nulidad de la afiliación de GONZALEZ LIZARAZO al régimen de ahorro individual suscrita el 16 de noviembre de 1999 (fl 97). Decisión que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, y demás conceptos manejados por la AFP (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008 de CSJ SL).

En cuanto a la condena en costas, basta con indicar que conforme el art. 365 del CGP, tal condena se impone a la parte vencida, por lo que las aquí impuestas están ajustadas a derecho.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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:

pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de julio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

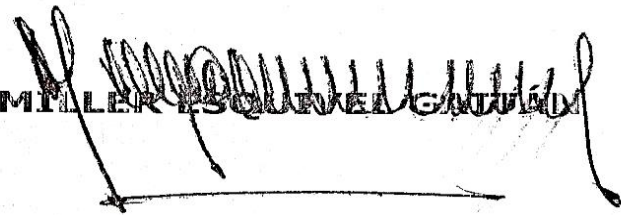
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GLORIA ESPERANZA ARIZA TRIANA
CONTRA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR. Rad. 2017 00771 01 Juz 21.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GLORIA ESPERANZA ARIZA TRIANA demandó a COLPENSIONES y AFP PORVENIR para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 a 3.

- Nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Nació el 18 de junio de 1958, inicialmente efectuó sus aportes al sistema en CAJANAL y posteriormente con el ISS, en octubre de 1996 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, sin que se le brindara la información adecuada, para ese momento era beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 35 años de edad, considera que el RAIS no le es favorable en cuanto a la edad y monto de la prestación, no se le advirtió de las condiciones para acceder a la pensión, ni se le indicó de su derecho al retracto, se le dijo que sus condiciones pensionales serían mejores que en el RPM, se le realizó la proyección de la mesada pensional y solicitó el traslado de régimen pensional, el cual fue negado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 80 a 92.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, aportes a Cajanal y el ISS, contar con 35 años de edad al 1 de abril de 1994, la solicitud de nulidad de traslado y su rechazo.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 122 a 131

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, aportes al RPM, el traslado al RAIS, la solicitud de nulidad del traslado de régimen pensional y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS administrado por PORVENIR acaecido el 24 de octubre de 1996, ordenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los aportes junto con los frutos, rendimientos y demás sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual sin deducción alguna por gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlos. Llego a esa determinación al advertir que la AFP faltó a su deber información en los términos que ha enseñado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y resaltó que en el asunto la AFP ni siquiera se detuvo en el beneficio de la transición con que contaba la demandante en esa oportunidad, sin que tal tema sea el eje central del proceso.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES Dijo que no se demostró la existencia de vicios en el consentimiento, las documentales están ajustadas a derecho, el traslado fue libre y voluntario y ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los años de afiliación.

También alegó que la actora no cuenta con los requisitos legales y jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional para mantener el régimen de transición e indicó que la decisión del A quo afecta el principio de la sostenibilidad financiera.

La AFP PORVENIR, expone que cumplió con el deber de información necesaria para la afiliación la cual fue voluntaria, tal obligación nació en el año 2010, no existen vicios en el consentimiento. La demandante contó con la posibilidad de retracto, tuvo a la mano centros de consulta para asesorarse. Considera que si se declara la nulidad, no hay lugar a devolver frutos, intereses y rendimientos propios del RAIS. Los gastos de administración tampoco se pueden devolver porque fueron pactados desde la afiliación, se suministraron a través de cada aporte y ya fueron invertidos. Finalmente indicó que con los 23 años de afiliación al RAIS se ratificó la voluntad de permanencia de la demandante.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se confirme la decisión, en virtud de que se declaró la ineficacia del traslado dando aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, dado que no se acreditó el cumplimiento al deber de información consagrado en la ley.

Parte demandada:

COLPENSIONES, requiere se revoque la decisión proferida por cuanto la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no se probó la existencia de vicios del consentimiento sobre el acto jurídico celebrado entre la demandante y AFP PORVENIR.

La AFP PORVENIR, solicita se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que para el momento del traslado de régimen no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo y doble asesoría, y en consecuencia la demandante manifestó de manera libre y voluntaria la vinculación al RAIS.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 02 de octubre de 2017 (fl 49), en el que solicitó la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR al cual se trasladó desde el 24 de octubre de 1996 (fl 34), y es donde se encuentra actualmente afiliada.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 24 de mayo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 34), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la actora. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio 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 ella entraña "

los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que sus actuaciones son legales, que brindó en debida forma la asesoría que conllevó a la firma del formulario de afiliación, que para el momento del traslado la actora no era beneficiaria del régimen de transición, sin que para la época fuera obligatorio brindar la información en los términos demandados y el tiempo de permanencia en el RAIS ratificó su voluntad, sin embargo, es de resaltar que ninguna de estas circunstancias son válidas para

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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 que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

demostrar que la AFP cumplió con el deber de información, el cual se tiene que probar que lo ejerció en el debido momento histórico, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL 1452 y 1688 2019⁵) y para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 17 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional, o por el tiempo de permanencia en el RAIS, pues contar con tal información que sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁶, y es

⁵ ***Desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que permita al afiliado elegir de entre las distintas opciones posibles aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público***

⁶ *“Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

por eso, se reitera, que el acto jurídico se juzga al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019), sin que en nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que, en estos casos, al no existir norma expresa que regule sus efectos, se debe acudir al artículo 1746 del C.C.(SL2877-2020), los cuales no son otros que retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido, y es por esta razón que se ordena al fondo privado devolver al RPM lo recibido con ocasión a la afiliación, esto es, el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones y gastos de administración (SL 2611-2020⁷, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y de esta manera, también se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁸) ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada ya que la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional y la orden a la AFP de devolver todos los dineros recibidos en virtud de la afiliación resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso.

⁷ *"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

⁸ *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

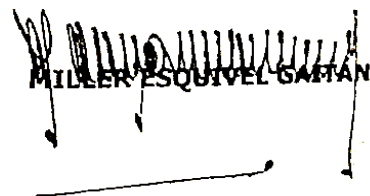
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de diciembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HUGO ROJAS GARCIA contra COLPENSIONES. Rad. 2018 00246 01 Juz 29.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

HUGO ROJAS GARCIA demando a COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 51 a 53.

- Reliquidación de la pensión con aplicación de una tasa de remplazo del 63%.
- Reconocimiento y pago del 7% desde el 4 de diciembre de 2007, dado el estado de invalidez de su hija Cindy Carolina Rojas Montoya.
- Indexación.
- Costas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls 53 a 58. Nació el 13 de diciembre de 1940, en resolución GNR 1898 de 2016, COLPENSIONES reliquidó la mesada pensional del actor y para ello tuvo en cuenta 768 semanas, un IBL de \$1.005.785 y una tasa de remplazo del 60%. Considera que hace falta por calcular en su pensión 57 semanas que aumentan su tasa de remplazo para un total de 831 semanas. De otra parte, expone que su hija CINDY CAROLINA ROJAS MONTOYA quien hoy cuenta con 27 años de edad presenta una PCL del 52%, padece de retraso mental leve y trastorno mixto de ansiedad y depresión desde el nacimiento. En Resolución SUB 36593 del 8 de febrero de 2018, Colpensiones negó la reliquidación de la pensión y el incremento del 7%.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 161 a 169.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento pensional, la negativa de la reliquidación, la edad de CINDY CAROLINA ROJAS MONTOYA y su porcentaje de PCL.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago indexación, pago, buena fe, y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del actor a partir del 26 de noviembre de 2012, en cuantía de \$633.644, respecto de las diferencias generadas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción por las diferencias causadas con anterioridad al 26 de noviembre de 2012, dispuso el pago del retroactivo, ordenó el pago del incremento del 7% a partir del 1 de enero de 2008, y que todas las sumas condenadas se cancelen indexadas. Llegó a esa determinación al cotejar las planillas de aportes y los actos administrativos de reconocimiento pensional, y advirtió que se dejó de calcular los siguientes periodos: Enero de 1996 - 8 días, 1997 los meses de enero, febrero, marzo y abril, en el año 2000, 17 días del mes de septiembre y en el año 2001 quedaron pendientes por calcular 16 días en el mes de marzo, periodos que arrojan un total de 53.5 semanas, junto con las 769 semanas cotizadas al momento del reconocimiento pensional, se obtenía un total de 823.2 semanas, las cuales le permiten aplicar una tasa de remplazo del 63 % conforme lo prevé el art. 20 del Dto. 758/90, tasa que aplicó al IBL que nunca fue objeto de controversia. En cuanto a la prescripción dijo que Colpensiones la aplicó en debida forma ya que hasta el 26 de noviembre de 2015 se interrumpió la prescripción. En cuanto al incremento del 7% por hijo invalido, resaltó que al demandante ya se le había reconocido por vía judicial el 14% y 7% último que fue suspendido cuando su hija cumplió la mayoría de edad, no obstante la hija del actor cuenta con una PCL del 52%, circunstancia

que hace válida la continuidad del pago, dijo que el Despacho no analizaba la procedencia porque está ya había sido concedida y que estos incrementos no estaban derogados, por eso ordenó que se reanudara el pago del incremento, a partir de la fecha en que fue suspendido ese pago.

Recurso de Apelación

Colpensiones en la apelación de la decisión dio lectura a los artículos 21 y 34 de la ley 100/93, parágrafo 4 del Acto Legislativo 01/2005 y la circular 01 de 2012, para referirse al cálculo del IBL y resaltó que sus actuaciones se ajustan a derecho y al número de semanas que registra la historia laboral del actor. En cuanto al incremento pensional, dijo que este no forma parte integral de la pensión y la ley 100/93, el cual solo mantuvo el tiempo y el monto de las prestaciones.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Peticiona se confirme el fallo proferido, por cuanto se probó que el actor cumple con los requisitos contemplados en la ley para el reconocimiento de las pretensiones incoadas.

Parte demandada: Solicita se absuelva de lo condenado, como quiera que a la parte demandante le fue reconocida la pensión de vejez en vigencia de la Ley 100 de 1993 y lo pretendido por el mismo se argumenta en el Decreto 758 de 1990, disposiciones que no se trataron en la Ley 100 la cual cobija al actor.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta los puntos en los que fue condenada Colpensiones y que no fueron apelados¹.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se advierte de la Resolución SUB 36593 del 08 de febrero de 2018 (fls 4 a 9), a través de la cual Colpensiones resolvió no acceder a la

¹ Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

reliquidación de la pensión ni al incremento del 7%, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Reliquidación de la pensión

Al demandante le fue reconocida pensión de vejez con fundamento en el Art. 12 del Acuerdo 049/90, mediante Resolución No 23605 del 15 de octubre de 2002 (fls 200 y 201) quien para tal data acreditó 774 semanas cotizadas, de las cuales 550 se aportaron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, se tomó como base un IBL de \$609.800 y la cuantía de la prestación se determinó en \$365.880, a partir del 01 de noviembre de 2002, fecha que se modificó en Resolución No 00055 del 10 de abril de 2003, para conceder la pensión a partir del 21 de junio de 2002. De la Resolución No 2545 del 16 de septiembre de 2009 (fls 211 y 212), se advierte que el demandante ya había solicitado la reliquidación de la mesada pensional, indexación e intereses moratorios, por considerar que las semanas cotizadas eran superiores a las liquidadas por el ISS en su momento, petición a la que no se accedió advirtiendo el ISS el error en el que incurrió al modificar la fecha del reconocimiento, ya que la prestación debía pagarse desde noviembre de 2002 atendiendo la fecha del último aporte al sistema. En el año 2016 (resolución GNR 1898 del 05 de enero de 2016) COLPENSIONES estudió una nueva solicitud (26 de noviembre de 2015) de reliquidación pensional, para la cual se tuvieron en cuenta 768 semanas y las cotizaciones comprendidas entre el 14 de septiembre de 1988 y el 01 de septiembre de 2001, para un IBL de \$1.005.785, suma que al aplicarse una tasa de remplazo del 60%, se obtenía una mesada de \$653.254, en tal acto administrativo Colpensiones aplicó la prescripción trienal prevista en el art. 151 del CPTSS.

Ahora, para resolver el asunto se advierte que el actor alega en su demanda que los siguientes ciclos (fl 54) no fueron tenidos en cuenta por COLPENSIONES para liquidar su pensión: 1996: enero, abril (9 días), mayo, junio, julio, septiembre, octubre y diciembre. 1997: Enero, febrero, marzo y abril. 2000: septiembre y 2001: marzo, siendo todos estos periodos declarados por la Juez como faltantes en el cálculo de la pensión del actor.

No obstante, del estudio de la última historia laboral (fls 195 a 198) junto con los periodos tomados en la última reliquidación pensional (fls 12 a 16) y los pagos de

autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral (fls 23 a 36) por los periodos determinados en la demanda, se advierte que las planillas en las que la Juez edificó la decisión de los ciclos pendientes, no fueron lo suficientemente valorados con la diligencia debida, pues de haberse detenido en su revisión se hubiese percatado de que los aportes que allí se registran son solo para salud, y solamente se acreditó el pago de los ciclos completos para pensión en los meses de septiembre de 2000 y marzo de 2001, los cuales corresponden a 33 días faltantes, esto es, 5 semanas, más las 773.71 semanas que registra en la historia laboral (fl 196) se tiene que el actor acredita un total de 778.71 semanas, las cuales resultan insuficientes para avanzar en la tasa de remplazo pretendida conforme lo dispone el art. 20 del Acuerdo 049/90. Por esta razón, al no haber semanas suficientes que permitan reliquidar la pensión con la tasa de remplazo perseguida, La Sala revocar la sentencia apelada en este aspecto.

Del Incremento Pensional

Al respecto, se tiene que ROJAS GARCÍA demandó al ISS para el reconocimiento y pago del incremento pensional, al cual se accedió por parte del Juzgado 12 Laboral Adjunto de Bogotá, en sentencia del 29 de abril de 2011, y se determinó que el incremento por la menor se iba a pagar entre el 21 de junio de 2002 hasta el mes de diciembre de 2007 (Resolución No 08387 del 07 de marzo de 2012 – fls 213 a 215). La Juez de instancia ordenó que se restableciera el pago de esta prestación a partir del año 2008, y dijo que no la iba a estudiar porque el incremento del 7% ya había sido objeto de análisis por una autoridad judicial.

Frente a ésta pretensión llama la atención de La Sala la ligereza y falta de cuidado de la juez al examinar el expediente, pues el material probatorio allegado al respecto, se evidencia que cuando se reconoció el incremento pensional del 7%, siempre se hizo alusión a CINDY CAROLINA ROJAS MONTOYA en su condición de hija menor de edad, circunstancia que difiere claramente de la situación de invalidez de los hijos sin que la lectura del artículo 21² del Acuerdo 049/90 ofrezca confusión al respecto. Por ende al haberse planteado una situación nueva la juez estaba obligada a estudiarla de fondo, pues de lo contrario debió haber declarado de oficio la excepción de cosa juzgada.

² a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

En ese orden, ante la nueva situación de invalidez de CINDY CAROLINA ROJAS MONTOYA, la cual se consolidó hasta el 7 de abril de 2017 (fls 39 y 40) fecha en que se le practicó el dictamen de PCL, y respecto de la cual se soporta la solicitud de pago del incremento del 7%, La Sala para decidir el asunto se debe remitir a la vigencia y exigibilidad de éstos, y aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

Sin embargo, no puede pasar desapercibido que en reciente sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos, aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución³, criterio que acoge La Sala, por lo que basta con verificar la fecha del reconocimiento pensional del demandante (21 de junio de 2002) para colegir que los requisitos los cumplió en vigencia de la ley 100/93, cuando ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049/90.

En consecuencia la sentencia también se revoca frente a este ítem.

COSTAS. Las de primera se revocan. Sin costas en la alzada.

³ "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieran cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieran cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de abril de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera se revocan. Sin costas en la alzada.

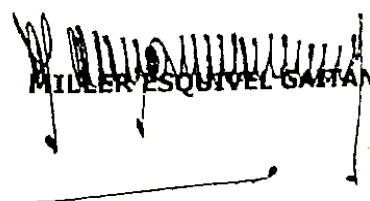
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WILLIAM VASQUEZ MUÑOZ CONTRA UGPP.
Rad. 2018 00259 01 Juz 26.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

WILLIAM VASQUEZ MUÑOZ demandó a la UGPP para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 2 y 3.

- Pensión de jubilación convencional.
- Indexación.
- Compartibilidad.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 5. Nació el 17 de agosto de 1956, prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero SA, en el cargo de director III, grado 09 en la oficina de Teruel – Huila, prestó los servicios desde el 14 de febrero de 1976 al 28 de junio de 1999 (23 años y 134 días), el salario del último año fue de \$1.368.500. Es beneficiario de la pensión prevista en la convención colectiva de trabajo 1998 -1999, al solicitarla tanto al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a la UGPP, las dos entidades le negaron la prestación. COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 17 de agosto de 2011. Dijo que la pensión reconocida por COLPENSIONES y la reclamada son compatibles y que la demandada está desconociendo su derecho adquirido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 92 a 108.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo acepto el hecho relacionado con la negativa de la pensión de jubilación convencional.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, imposibilidad de condena en costas y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a la demandada a reconocer y pagar al actor pensión convencional de jubilación prevista en el párrafo 1 del art. 41 de la convención colectiva de trabajo 1998 – 1999, a partir del 17 de agosto de 2011, en cuantía de \$2.069.792, asumiendo la demandada el mayor valor entre la pensión aquí reconocida con la de COLPENSIONES, diferencia que para el año 2019 asciende a \$1.561.695, junto con las mesadas adicionales y los reajustes de ley. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en cuanto a las mesadas causadas con anterioridad al 1 de abril de 2015. Condenó a la UGPP a pagar el mayor valor por el retroactivo el cual asciende a la suma de \$85.074.048, suma que se debe indexar al momento del pago. Y condenó a la UGPP en \$4.000.000 por costas.

Llego a esa determinación al advertir que el demandante era beneficiario de la pensión convencional deprecada, cumplió los 20 años de servicio a la entidad, y la edad es solo un requisito de exigibilidad. Dijo que el acto legislativo 01 de 2005 no le era aplicable al actor porque él configuro los requisitos de la prestación antes de su entrada en vigencia. Condenó el pago de la pensión a partir del 17 de agosto de 2011 (cumplimiento de la edad). La liquidación la efectuó conforme los factores que prevé el párrafo 3 del art. 41 de la Convención y tomó la totalidad de lo devengado certificado a folio 47 (\$1.368.500). Ante el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, la juez indicó que esa prestación es compatible con la pensión convencional quedando a cargo de la UGPP solo el mayor valor si lo hubiere. Declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con

anterioridad al 1 de abril de 2015 ya que la reclamación administrativa se agotó el 1 de abril de 2018 y dispuso el pago indexado del retroactivo.

Recurso de Apelación

Parte demandada: Dijo que sus actuaciones se han ajustado a derecho, en observancia tanto del acto legislativo 01 de 2005 y la SU 555 de 2014, los cuales ha establecido límites a las disposiciones colectivas. Insiste en que el demandante no tiene derecho a la prestación porque cumplió el requisito de la edad después del 31 de julio de 2010, requisito considerado como de causación. De otra parte, solicitó la revisión de la liquidación de la prestación a fin de salvaguardar el patrimonio de la entidad, no considera procedente la condena por 14 mesadas en aplicación del A.L. 01/05, ni las costas porque sus actuaciones están a acorde a derecho.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

La parte demandante: considera que debe confirmarse el fallo proferido, dando aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, reconociendo la prestación por tratarse de un derecho causado antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Parte demandada: Solicita se revoque la decisión proferida, por cuanto la parte demandante no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la prestación incoada, como quiera que la convención colectiva suscrita por el actor no se encontraba vigente al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver en el **grado jurisdiccional de consulta**, los ítems resueltos desfavorablemente a la entidad demandada y que no fueron objeto de apelación.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la resolución RDP 013702 del 19 de abril de 2018 (fl 40 y 41) a través de la cual se resolvió la solicitud de reconocimiento de una pensión de jubilación convencional. Queda así acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

De la relación laboral y sus extremos

El demandante manifestó que estuvo vinculado laboralmente con la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO SA, situación que se corrobora con la certificación que milita a folio 47, en la que se hace alusión a los extremos de la vinculación comprendidos entre el 14 de febrero de 1976 al 27 de junio de 1999, que corresponde a 23 años, 4 meses y 14 días, quien desempeñó como último cargo el de Director III, grado 09 en la oficina de Teruel – Huila y la asignación del último año de servicios ascendió a \$1.368.500. De esta manera queda demostrada la relación laboral que existió entre las partes, los extremos del contrato y el salario devengado.

De la pensión convencional

Solicita el demandante que se condene a la demandada a reconocer la pensión prevista en el parágrafo 1º del Art. 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998 y 1999, la cual se aportó a folios 55 a 86, y que prevé:

"PARAGRAFO 1º. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicio a la institución."

Frente al tema que se somete a estudio, la CSJ – SL en diferentes decisiones entre ellas las SL3587/20, SL3113/20, SL990/20, SL880/20, SL5030/19, SL526/2018, SL4550/2018, entre otras tantas, ha explicado que las condiciones para que prospere la prestación deprecada, es el cumplimiento de los 20 años de servicio a la Institución y el retiro, siendo el cumplimiento de la edad solo un requisito de exigibilidad, al respecto ha precisado que:

"Ahora bien, aunque esta Sala de la Corte había considerado que la disposición convencional bajo estudio «parágrafos primero y segundo», que alude a la **situación pensional de los servidores desvinculados de la Caja, admitía más de una interpretación razonable** (rads. 22415 de 2004 y 36955 de 2010), siendo una de ellas la que acogió el Tribunal, lo cierto es que **mediante las sentencias SL526-2018 y SL289-2018, rectificó el anterior criterio para sostener que el único entendimiento que admite el «Parágrafo 1» del artículo en cita, es el de que la pensión de jubilación allí prevista se causa o adquiere con el agotamiento de dos requisitos: i) la desvinculación voluntaria o forzosa del trabajador y ii) la prestación del tiempo mínimo de servicio, de modo que el cumplimiento de la edad constituye una mera condición para su exigibilidad.**

En efecto, así reflexionó la Sala en la primera de las mencionadas providencias (SL526-2018):

[...] la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su **Parágrafo 1**, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

[...]

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

(...)

Así las cosas, para la Sala, **el único entendimiento posible de dicho Parágrafo 1, es que la pensión de jubilación allí contemplada se causa o adquiere con los requisitos relativos a la prestación de los servicios por más de veinte (20) años a la citada entidad y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa, siendo la edad una condición de exigibilidad del derecho pensional; y sin que pueda exigirse el cumplimiento de un «tercer requisito» para tener derecho a ese beneficio extralegal, como lo estableció el Tribunal, esto es, la exigencia de la solicitud dentro del año inmediatamente siguiente al cumplimiento de los requisitos, lo cual, según quedó expuesto, sí se le exigió a aquellos trabajadores que completaran las exigencias convencionales durante el desarrollo de la relación laboral (incisos primero y segundo), pero no a los trabajadores que retirados del servicio, cumplan las edades con posterioridad a su desvinculación (parágrafos 1 y 2).**

(SL 3587/20 – negrita y subrayado de esta ponencia)

En este orden y como ya se constató con la certificación que milita a folio 47, que el actor cumple con las exigencias de la norma convencional para que se le reconozca y pague la pensión de jubilación demandada, ya que laboró para la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO SA más de 20 años, y su retiro de la entidad lo fue el 27 de junio de 1999, en vigencia de la convención colectiva respecto de la cual persigue el reconocimiento pensional, la prestación deprecada procede a

partir del 17 de agosto de 2011, fecha en la cual el demandante cumplió los 55 años de edad, requisito que se entiende como de exigibilidad más de no causación¹.

Liquidación de la pensión.

Para hallar el monto de pensión se debe tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 41 de la convención colectiva, el cual dispone:

"PARÁGRAFO 3o. La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo. *Ultimo sueldo básico mensual más primas de antigüedad y o técnica si las estuviere devengando.*

Segundo Factor. *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.*

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido".

Por lo tanto, el cálculo de la prestación se debe efectuar con los factores salariales mencionados con anterioridad, los cuales se toman del folio 47, contando el actor con un salario promedio devengado en el último año de servicios que asciende a la suma de \$1.368.500, valor que al indexarse (según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602) conforme los IPC anteriores a cada anualidad con la siguiente fórmula:

$$\frac{\$1.368.500 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2010 - 105.23651)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1998 - 52.18481)}}$$

Se obtiene un ingreso base de liquidación indexado: **\$2.759.733**, valor al que se le aplica una tasa de remplazo del **75%** y se obtiene una primera mesada de **\$2.069.800** cifra cercana a la determinada por la juez (**\$2.069.792**), la cual pudo variar por la toma de decimales, por lo que esta suma no se modifica.

¹ Cuando la prestación pensional se extiende expresamente a extrabajadores de la empresa, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino a una situación personal o individual, por tanto, no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino como una condición de su exigibilidad (SL990-2020)

Compartibilidad

La presente pensión extralegal al ser causada con posterioridad al 17 de octubre de 1985 será compartida con la reconocida por COLPENSIONES, de conformidad con lo previsto en el art. 18² del Acuerdo 049/90. En consecuencia, como COLPENSIONES mediante resolución VPB 23309 del 02 de diciembre de 2014 (fls 42 a 45) reconoció al demandante una pensión de vejez bajo los parámetros de la ley 33/85 en aplicación del régimen de transición, en cuantía de **\$922.875** a partir del 17 de agosto de 2011, a la UGPP le asiste la obligación de pagar solo el mayor valor entre la pensión convencional y la pensión de vejez. Así las cosas, como la pensión convencional asciende a la suma de **\$2.069.792** y la de COLPENSIONES a **\$922.875**, existe una diferencia por pagar en la primera mesada a cargo de la demandada de **\$1.146.917**.

Aplicación Acto legislativo 01 de 2005

No obstante lo anterior, como la pensión que se solicita es una prestación de carácter convencional, se debe estudiar si cumple con lo consagrado en el Artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, reforma constitucional que en su párrafo transitorio 3º limitó la posibilidad de pensionarse bajo tales preceptos, cuando dijo que las normas de esta naturaleza, vigentes para el momento de su expedición, se mantendrán por el término inicialmente estipulado, pero que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

Esta reforma no le es aplicable al actor, puesto que si bien el derecho se hizo exigible a partir del 17 de agosto de 2011, cuando cumplió la edad de pensión, tal prerrogativa se encontraba causada desde mucho tiempo antes de la expedición de tal reforma constitucional, pues cuando terminó el contrato de trabajo aún se encontraba vigente la convención colectiva de trabajo 1998-1999 y había prestado más de 20 años de servicios, lo cual convierte la pensión de jubilación en un derecho

² ARTÍCULO 18. 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.

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.

adquirido, no susceptible de ser modificado por una norma posterior como lo es el Acto Legislativo 01 de 2005, tema que ha sido ampliamente estudiado y reiterado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia entre las que se puede consultar la del 3 de abril de 2008 con radicación No. 29907 con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Mesada adicional de junio

Si bien la mesada catorce fue eliminada para quienes causen el derecho a la pensión a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en tratándose de esta prestación convencional, como ya se estableció que se causa con los 20 años de servicio y la desvinculación del trabajador, los cuales se acreditan con anterioridad a la entrada en vigencia del A.L. 01/05, siendo el requisito de edad una condición individual para la exigibilidad de la pensión, es evidente que al demandante le asiste derecho al pago de catorce mesadas al año. (SL3113-2020).

Prescripción

Frente a la prescripción, resalta La Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el 17 de agosto de 2011 (fl. 22) fecha en que el actor cumplió 55 años de edad y ya había causado los requisitos de la pensión de jubilación convencional, sin embargo como la prestación fue solicitada por primera vez (art. 151 del CPTSS) el 29 de mayo de 2012 (fl 23) y sin que sea dable confundir la interrupción de la prescripción, con la fecha del agotamiento de la reclamación administrativa (art. 6 del CPTSS), la excepción de prescripción se deberá empezar a contabilizar desde la fecha de presentación de la demanda (17 de mayo de 2018 – fl 87) tres años hacia atrás. En consecuencia, las diferencias pensionales que debe reconocer la UGPP lo serán a partir del **17 de mayo de 2015**.

El retroactivo por concepto de mayor valor a cargo de la UGPP se debe pagar de forma indexada ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia únicamente en lo que respecta a la fecha en que produce efectos la excepción de prescripción.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de al recurrente. Fíjese la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito del 8 de mayo de 2019, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción a partir del 17 de mayo de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva. En lo demás se confirma la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjese la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

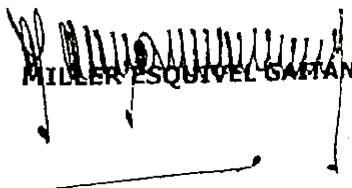
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CESAR EMILIO TRIANA TRIANA
CONTRA COLPENSIONES. Rad. 2018 00673 01 Juz 32.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CESAR EMILIO TRIANA TRIANA demandó a COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Incremento por cónyuge a cargo.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. El actor contrajo matrimonio con Margarita Moya Rodríguez el 24 de diciembre de 1977, su cónyuge no cuenta con ningún ingreso económico. Mediante Resolución SUB 297587 del 28 de diciembre de 2017, le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2018 en cuantía de \$1.573.101, prestación que fue reliquidada en la suma de \$1.645.661 (Resolución SUB 292451 del 9 de abril de 2018). La entidad no tuvo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la ley 100/93 por contar con 750 semanas cotizadas al 01 de abril de 1994, por ende el régimen aplicable es el Acuerdo 049/90. Se agotó la reclamación administrativa, pero la entidad negó el incremento deprecado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a folios 34 a 40.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el reconocimiento de la pensión, la reliquidación y el agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar probada las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia del derecho reclamado. Llegó a esa determinación al advertir que el actor no tenía derecho al incremento deprecado como quiera que no alcanzó a ser beneficiario del régimen de transición, ya que cumplió el requisito de la edad en el año 2015, por eso no es dable aplicar las prestaciones que prevé el Acuerdo 049/90.

Recurso de Apelación

El apoderado de la parte actora considera que en el asunto los funcionarios judiciales dado el transito legislativo deben dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa. El actor al 1 de abril de 1994 contaba con 900 semanas cotizadas y no es dable limitar la continuidad del régimen de transición que prevé el art. 36 de la ley 100/93 por aplicación del acto legislativo 01/2005.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta instancia.

Parte demandada: Peticiona se confirme la decisión, como quiera que lo pretendido es el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales que desaparecieron de la vida jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental que obra a folio 17, en la que solicitó el incremento por personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No se controvierte que al demandante le fue reconocida pensión de vejez con fundamento en la ley 797/03 en Resolución No SUB 297587 del 28 de diciembre de 2017, sobre 1924 semanas cotizadas, un IBL de \$1.987.493 y una tasa de remplazo de 79.15%.

Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasar desapercibido que en reciente sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de

abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución¹, criterio que acoge La Sala y por consiguiente se entrara a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

En el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez fue reconocida mediante Resolución No. SUB 297587 del 28 de diciembre de 2017 (fl. 16), la cual fue modificada en Resolución SUB 92451 del 09 de abril de 2018 (fls 18 a 23), a partir del 1º de enero de ese año, cotizó 1.924 semanas y cumplió los 62 años de edad el día 26 de noviembre de 2017, esta prestación se reconoció en estos términos dado que el requisito de la edad (60 años) lo cumplió TRIANA TRIANA el 26 de noviembre de 2015, de lo que se infiere que no alcanzó a superar el tope de vigencia del régimen de transición establecido en la ley 100/93, tal como lo dispone el parágrafo transitorio 4² del acto legislativo 01/2005, siendo esta la razón por la cual el juez negó la prestación.

Sin embargo es de aclarar que conforme a la SU antes referida, en el asunto como el actor acreditó todos los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez (año 2017) cuando ya se encontraba derogado el artículo 21 del Acuerdo 049/90 que consagraba los precitados incrementos su aplicación resulta inviable, sin que sea posible dar alcance al principio de la condición más beneficiosa aludido por el recurrente, ya que el actor en vigencia del Acuerdo 049/90 no reunió los requisitos que se exigen para acceder a la prestación.

Bajo estas razones, La Sala confirma la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Doscientos Mil Pesos (\$200.000) como agencias en derecho.

¹ "De acuerdo con la sentencia, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993 entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990 dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994.

En el anterior orden, la Corte encontró que la institución de la prescripción no se podía predicar respecto de derechos que ya habían dejado de existir para quienes no habían cumplido con las condiciones para pensionarse bajo el Régimen de Prima Media antes del 1º de abril de 1994. Por el contrario, para quienes hubieren cumplido con los requisitos necesarios para pensionarse antes del 10 de abril de 1994 y, por ende, llegaron a adquirir derechos que la Constitución protege, lo que es susceptible de prescripción son los referidos incrementos que no se hubieren cobrado dentro de los tres años anteriores a su causación mas no las correspondientes mesadas pensionales.

Sin perjuicio de la anterior fundamentación, la Corte así mismo recordó que cargas como las referidas a los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 resultaban contrarias al Acto Legislativo 01 de 200, que adicionó el artículo 48 de la Constitución"

² "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente entiendo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de agosto de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS, las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Doscientos Mil Pesos (\$200.000) como agencias en derecho.

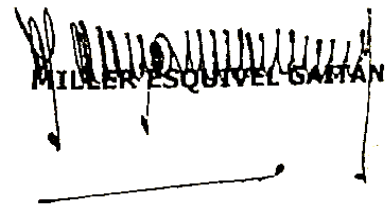
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA ROSA DE FORERO ROA CONTRA COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN. Rad. 2017 00695 01 Juz 09.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ANA ROSA DE FORERO ROA demandó a COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 41 y 42.

- Nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Condena ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 39 a 41. Nació el 9 de julio de 1964, inició sus aportes al ISS el 29 de julio de 1987 donde cotizó 577.14 semanas, se trasladó al RAIS administrado por Protección el 18 de febrero de 1999, el 15 de abril de 2002 se cambió a la AFP Santander, luego retorno a Protección, entidad que no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable para prever las consecuencias futuras del traslado de régimen que le permitiera tomar una decisión informada y consciente. El 27 de abril de 2017 la AFP le informó que la mesada a los 57 años iba ascender a \$1.078.330 con un IBL de \$4.280.832, el 01 de junio de ese año solicitó a las demandadas el traslado de régimen pensional al que no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 71 a 75.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, edad, aportes al ISS, solicitud de retorno al RPM y la negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, prescripción, buena fe y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 96 a 104.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó ser la administradora de los aportes de la actora, la edad, los aportes al ISS, la simulación pensional y la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS administrado por PORTECCIÓN acaecido el 20 de enero de 1999, ordenó a PROTECCIÓN trasladar la totalidad de los aportes junto con los rendimientos y demás sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin descuento alguno por gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivencia, y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlos. Llegó a esa determinación al advertir que la AFP faltó a su deber de acreditar haber informado de forma completa los beneficios, monto, implicaciones, conveniencia y de más aspectos útiles para establecer una libertad informada. No se demostró haber informado sobre la pérdida del régimen de transición, o la realización de una proyección de aportes a realizar en uno y otro régimen para contar con determinada pensión. Dijo que los comunicados de prensa que se pretenden hacer valer en estos procesos no cuentan con información individualizada, el cambio de administradora tampoco ratifica voluntad alguna de permanencia y declaró no probada la excepción de prescripción por ser un asunto de la seguridad social que incide en el derecho pensional.

Recurso de Apelación

La AFP PROTECCION, solo presentó objeción por la condena por devolución de gastos de administración los cuales están autorizados en la ley, con ellos la AFP debe suscribir una póliza que garantice la cobertura de las contingencias a cargo en caso de que los aportes no sean suficientes. Considera que la devolución de estos gastos genera un enriquecimiento sin causa a favor de la actora. Estos gastos se generan en los dos regímenes.

COLPENSIONES Dijo que no se probó la omisión o falta de información que aduce la demandante, el formulario de afiliación está conforme con las circunstancias que allí se establecieron y el traslado de régimen se diligenció conforme a las exigencias legales.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

La parte demandante: peticona se confirme el fallo, por cuanto la parte demandada no probó el cumplimiento del deber de información y en consecuencia la vinculación al RAIS no se hizo de manera libre y voluntaria.

Parte demandada: COLPENSIONES, solicita se revoque la decisión proferida, como quiera que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 100 de 1993, para realizar el traslado de régimen.

AFP PROTECCIÓN, Guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la condena a la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 01 de junio de 2017 (fl 28), en el que solicitó la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PROTECCIÓN al cual se trasladó desde el 20 de enero de 1999 (fl 82), régimen dentro del cual se afilió a la AFP SANTANDER el 18 de marzo de 2002 (fls 81 - reporte ASOFONDOS) y retorno a la AFP inicial el 31 de diciembre de 2012.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 20 de enero de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PROTECCIÓN (fl. 82), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio 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 ella entraña"

³ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

La AFP PROTECCIÓN, se limitó a manifestar que sus asesores están capacitados para brindar la información suficiente a los afiliados, en su oportunidad entregó la información objetiva donde se comparó cada régimen, se informó del monto de la eventual pensión de forma verbal, y se suscribió un formulario con las exigencias que la ley establecía para la época, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada PROTECCIÓN al aseverar que cumplió con tal deber de forma verbal, pues tal actuar debía ser demostrado para concluir que cumplió con la obligación de asesoría e información, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 22 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información que sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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 que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sublite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo 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 esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes decisiones como en la SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a la AFP PROTECCIÓN de devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

DECISIÓN

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:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de junio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de las apelantes.

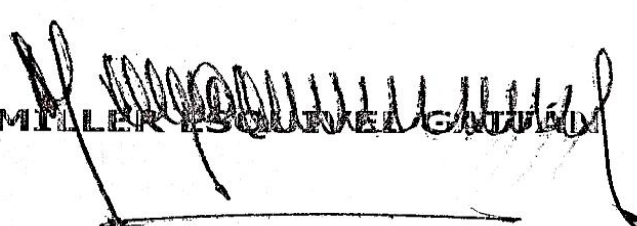
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GONZALEZ