

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

PROCESO ORDINARIO No. 28 2017 587 01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: OSCAR CELEDON PORTO

DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

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

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintiocho laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte actora.

ANTECEDENTES

El señor OSCAR CELEDON PORTO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se CONDENE al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y a la NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO, a la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión

de jubilación de Origen Convencional, que le fue otorgada por ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA, calculado sobre el último año de servicios, que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada a la reliquidación de la pensión, incluyendo en ese valor, las primas percibidas en el mismo periodo, es decir, con una base salarial de \$ 276.615,68, que se condene a la demandada al pago de las diferencias, con los reajustes anuales, los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 2)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

Que trabajó en la empresa ALCALIS DE COLOMBIA, entre el 21 de septiembre de 1966 y el 30 de diciembre de 1991, descontando 100 días no laborados, por lo que laboró 25 años.

Que ALCALIS le otorgó una pensión de origen convencional, mediante resolución No. 00073 del 24 de febrero de 1992, a partir del 31 de diciembre de 1991 y el ISS mediante resolución No. 002759 del 25 de septiembre de 2003 y a partir del 26 de abril de 2002, pensión de fue de carácter compartida.

Que para la liquidación de la Pensión, se tomó un valor diferente al que se tomó para la liquidación de prestaciones sociales, por lo que deben agregarse estos valores, esto es, la prima de antigüedad y salario en especie. (fl.- 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda FERROCARRILES NACIONALES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 5 y 12; para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido. (fl.107).

Por su parte el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en relación con os hecho, aceptó los enlistados en los numerales 1 a 5, 11 y 12, en relación con los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, cosa juzgada. (fl.- 26 – 30).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 10 de diciembre de 2019, resolvió:

1. Absolver a las demandadas, el fondo pasivo sociales de los ferrocarriles nacionales y el ministerio de comercio, industria y turismo de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda por parte del señor Oscar Celedón Porto, todo conforme a las consideraciones dadas en antelación.
2. Declarar probado los medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas.
3. Las costas de esta instancia estarán a cargo de la parte demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$300.000.
4. En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior teniendo en cuenta que le resultó totalmente adversa a los intereses del demandante.

Como fundamento de dicha decisión, indicó:

“Lo primero que se debe señalar es que conforme lo establece el artículo 280 del código general del proceso, aplicable por remisión expresa a esta clase de actuaciones, el despacho se encuentra relevado de realizar una síntesis de la demanda y las correspondientes contestaciones, los cuales además son ampliamente conocidos por las partes y sus apoderados. El problema jurídico. El problema jurídico en el presente caso se contrae en determinar si le asiste derecho al demandante en la reliquidación de su primera mesada pensional, como consecuencia de ello le asiste derecho en el pago de la diferencia de las mesadas pensionales junto con los reajustes anuales solicitados en la demanda. Del reajuste pensional, se debe señalar que el señor Óscar Celedón Porto solicita reajuste pensional de su mesada por considerar que para la liquidación de su primera mesada pensional, no se

tuvo en cuenta el salario promedio mensual con el que se liquidó las prestaciones sociales, ni se incluyó la totalidad de los factores salariales, esto es, la prima de antigüedad y el salario en especie. El ministerio de comercio industria y turismo se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la llamada a responder en caso de una eventual condena sería el fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia, tal como lo dispone el decreto 2601 del 2009; propuso como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación. Por su parte, el fondo pasivo social de los ferrocarriles nacionales de Colombia señaló que la pensión se reconoció de forma correcta, teniendo en cuenta la normatividad vigente aplicable para el caso de la pensión convencional del aquí demandante. De las pruebas arrojadas al plenario, se observa en el folio 6 que reposa la copia de la liquidación definitiva de las prestaciones sociales hecha por la entidad empleadora que era álcalis de Colombia limitada, hoy liquidada, en la que se tomó como salario base la suma de \$268.207, para la liquidación de la vinculación que tuvo el actor entre el 21 de septiembre de 1966 al 31 de diciembre de 1991. Alega la parte actora que el empleador debió liquidar el monto de la pensión convencional, teniendo en cuenta el promedio de lo devengado por el trabajador en su último año de servicios, y que corresponde a la suma de \$268.207 mensuales, que se tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales más el salario en especie, así se observa en la resolución 00077 del 26 de febrero de 1992 que milita en los folios del 8 al 11, que fuera emitida por la empresa álcalis de Colombia limitada, que de acuerdo con la convención colectiva de trabajo vigente para aquel momento, se le reconoció la pensión de jubilación al aquí demandante, teniendo en cuenta el artículo 73 del decreto 1848 de 1969 que señala que el valor de la pensión de jubilación sería equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador en su último año de servicios; que revisada la liquidación se evidencia que para el cálculo del salario promedio devengado durante el último año por el actor, la base de la primera mesada pensional se tuvo en cuenta factores como el salario, la prima legal, la prima extralegal, la prima de vacaciones, la prima de antigüedad, el auxilio de escolaridad y vacaciones, lo que arrojó en promedio a un promedio de \$222.185.98, valor al cual se le sumó el salario en especie en la suma de \$3.500, esto arrojando un total de \$225.685.49 como salario promedio para el último año de servicios del aquí demandante. Por lo anterior se encuentra probado que para la liquidación de la primera mesada pensional a favor del actor, ya se tuvo en cuenta factor salarial que se alega en la demanda y que comprende el salario en especie en la suma de \$3.500, por lo que por este pedimento no asiste derecho al demandante en el reajuste pensional solicitado. Ahora, respecto del salario base que se tuvo en cuenta para efectuar la liquidación definitiva de las prestaciones sociales es de advertir que al no contar el despacho con la convención colectiva que se encontraba vigente al momento del reconocimiento pensional, no se puede establecer que conceptos constituirían factor salarial para calcular el ingreso base de liquidación, más allá de lo señalado en el artículo 73 del decreto 1848 de 1969, que establece que la pensión de jubilación se liquidara con el promedio de lo devengado en el último año de servicios por concepto de salarios y primas de toda especie. Por lo anterior, puede concluir este despacho que para la liquidación de prestaciones sociales el empleador tuvo en cuenta los factores adicionales que por otros conceptos pudo devengar el

actor y que no necesariamente constituyen factor salarial para el cálculo del ingreso base de liquidación, pues no se allegó disposición de carácter convencional o legal que establezca que el valor del promedio salarial tenido en cuenta para la liquidación de las cesantías definitivas, sea el valor a tener en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación. Conforme lo manifestado, se tiene entonces que no le asiste razón al aquí demandante al no haberse probado que la liquidación de la pensión de jubilación debía haberse efectuado con base en el salario promedio tenido en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales, pues se reitera, para liquidar la primera mesada pensional, se tuvieron en cuenta todos los factores salariales a que tenía derecho el demandante conforme lo establece el decreto 1848 de 1969, y adicional a ello en el expediente solo obra copia de la resolución del reconocimiento pensional al cual este despacho le otorga total credibilidad respecto de los valores allí plasmados, pues el demandante no logró demostrar lo contrario a lo allí contenido.

Las excepciones. Conforme a los argumentos dados a lo largo de esta sentencia, se deberá entonces declarar probado el medio exceptivo propuesto por la demandada fondo pasivo de los ferrocarriles nacionales que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, así como los propuestos por ministerio demandado denominados inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva. Las costas en atención al contenido del artículo 365 del código general del proceso, se condenará en costas a la parte demandante por resultar vencida en el presente juicio. Se señala como agencias en derecho la suma de \$300.000

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

“Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el honorable tribunal de Bogotá, sala laboral, para que se emita sentencia revocando la del despacho que se ha promulgado en el día de hoy. Las razones de derecho son pues la liquidación definitiva de prestaciones sociales si son factores salariales que se tuvieron en cuenta para liquidar las cesantías y otras prestaciones sociales, por lo tanto en el último año de servicios como lo dice el decreto 1848 de 1969, fueron los valores de su promedio salarial durante el último año, por lo tanto, al liquidar con el 75% no se liquidó sobre la base de las prestaciones sociales, y además de eso se tiene en cuenta que fue la suma de salario promedio mensual de \$268.217 a lo que se debe agregar el salario en especie devengado en promedio y la prima de antigüedad devengada en promedio. Por esa razón, solicito al honorable tribunal de Bogotá revocar la sentencia emitida por el despacho del juzgado 28 laboral del circuito, son elementos integrales del salario, constituye salario, no solo la remuneración ordinaria fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valores del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso, obligatorio porcentaje sobre ventas y comisiones. En el artículo 288 del código sustantivo del trabajo habla de la aplicación de las

disposiciones contenidas en la presente ley y leyes anteriores, todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la ciencia de la presente ley, le sea aplicada cualquier norma en ella contenida, que estime favorable ante el cotejo de lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley. El decreto 1848 de 1969 es muy claro que la pensión vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el estatus jurídico de jubilación por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin. En las pruebas que se presentaron se está establecido muy claramente que el promedio salarial que devengó el señor demandante fue \$268.217 y no como lo emitió la resolución de la empresa álcalis de Colombia, dejo así sentado, señora juez, el sustento del recurso de apelación. Muchas gracias.

CONSIDERACIONES

Indica la demandante que debe reliquidársele la pensión teniendo en cuenta los factores señalados en el decreto 1848 de 1969, ya que considera que esta norma consagra que la pensión vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial, que haya adquirido el estatus jurídico de jubilación por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.

Ahora bien, en relación con la aplicación de dicho Decreto, se encuentra que éste en el Capítulo XIII contempla las normas de origen legal, que rigen la pensión de jubilación de los empleados oficiales.

No obstante lo anterior, tal y como lo señaló la Juez de Primer Grado, la pensión de la cual se solicita la reliquidación, es la reconocida por la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA – ALCO LIMITAD, mediante Resolución No. 00073 del 24 de febrero de 1992, en la cual se dejó expresa constancia, que la prestación reconocida lo era de origen convencional, pensión ésta que sería compartida con la de origen legal que le llegare a reconocer el ISS.

Así las cosas, se encuentra que, en este caso, como lo señaló la Juez *a quo*, era necesario que se allegara el texto convencional, que consagró esta prestación, máxime si se tiene en cuenta que la demandada niega de manera contundente que exista en el texto convencional, alguna norma que consagre

que se debe tener en cuenta el salario promedio que se utiliza para efectos de liquidar las prestaciones sociales, tal y como lo afirma el recurrente.

Finalmente y de la revisión de los hechos de la demanda, se encuentra que puntualmente la parte actora, reclama que se incluyan los conceptos denominados prima de antigüedad y salario en especie, no obstante lo anterior de la revisión de la resolución No. 00073 del 24 de febrero de 1992, visible a folios 8 – 11, mediante la cual la demandada le reconoció la pensión de jubilación al actor, se encuentra que esos valores, contrario a lo señalado por la parte actora, si fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar su mesada pensional, por lo que sin mayores razonamientos por innecesarios se habrá de confirmar la absolución impuesta en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
MAGISTRADO



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-265-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA GRACIELA ACOSTA CACERES

DEMANDADO: SILVIO ROSENDO ROJAS TORRES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. Néstor Eduardo Ávila Robles quien se identifica con C.C 11.036.675 de Bogotá y TP 133.727 del C. S de la J; en calidad de apoderado de la demandante, en los términos y para los efectos del poder.

En Bogotá a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 5 de agosto de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2018-265-01 Dte: ANA GRACIELA ACOSTA CACERES Ddo.: SILVIO ROSENDO ROJAS

La señora ANA GABRIELA ACOSTA CACERES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo dese el 1 de noviembre de 2006 al 31 de marzo de 2012, que la actora no fue afiliada a Pensiones desde el 1 de noviembre de 2006 al mes de abril de 2010 y por tanto debe ser condenado el demandado a su pago. (fl.3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de noviembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012 y el demandado no canceló los aporte al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 1 de noviembre de 2006 a abril de 2010. (fl.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda el demandado **SILVIO ROSENDO ROJAS TORRES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos los negó todos; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, pago, compensación y prescripción. (fl.15)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de noviembre de 2006 al 31 de marzo de 2012 y CONDENO al demandado al pago del cálculo actuarial de aportes pensionales por el periodo del 1 de noviembre de 2006 al 5 de mayo de 2010 teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada. (fl.137)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando en síntesis:

Como fundamento de sus pretensiones de la parte actora Llego una copia de la recomendación del señor Rojas Torres expedida el día 31 de marzo del año 2012 en la que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2018-265-01 Dte: ANA GRACIELA ACOSTA CÁCERES Ddo.: SILVIO ROSENDO ROJAS

indica lo siguiente Ana Graciela Acosta Cáceres identificada con la cédula de ciudadanía 63.301.777 de Bucaramanga laboro con la carpintería en el periodo comprendido entre noviembre de 2006 y marzo 31 de 2012 desempeñando el cargo de asistente de gerencia y ventas en el folio 7 del expediente se arrió la copia de solicitud quisiera el señor Rosendo Rojas al director de planeación actuarial del Instituto de seguros sociales de fecha 31 de marzo de 2012 para que se les pidiera el cálculo de las cotizaciones que por concepto de pensión debía cancelar el favor de la demandante y que corresponde al periodo del primero de 1 de noviembre de 2006 y 5 de mayo del año 2010 de igual manera se llegó copia los formularios de afiliación al instituto de seguros sociales para el pago de cotizaciones a pensión formularios de afiliación a la ARL positiva a la EPS salud total y Colsubsidio todos corresponden a partir del año 2010 así mismo se escuchó en interrogatorio a las partes quienes En resumen manifestaron lo siguiente: señor Silvio Rojas en calidad de demandado a conocer a la actora desde el año 2006 sin embargo para afirmó que fue solo hasta el año 2010 cuando comenzó a trabajar formalmente su negocio denominado la carpintería hasta el año 2012 frente a la recomendación arriada al plenario indicó que fue elaborada por la demandante como encargado de la oficina que en el año 2012 cuando se cerraba la carpintería y lo hizo desde el año 2006 para subsanar el tiempo que no había laborado y le sirviera como referencia para otro trabajo inmediato en cuanto el escrito dirigido al seguro social en el que solicita la liquidación de las cotizaciones a pensión por el período que corresponde al 1 de noviembre 2006 y al 5 de mayo de 2010 acentuado lo solicitado aseguro que lo hizo para aclararle a la demandante si estaba al día o no y por ese concepto y por ese periodo por su parte la señora Ana Graciela a firmo a ver conocido al señor Silvio en el mes de octubre del 2006 cuando comenzó a laborar para él. Negó haber elaborado las cartas de fecha 31 de marzo del año 2012 y el 8 de mayo de la misma anualidad asegurando que inicialmente le presentó una recomendación al señor Silvio y la solicitud de los aportes a pensión sin embargo el las cambio y las mando a elaborar de otra manera que son las que reposan en el expediente en la práctica testimonial se escuchó la señora Aida Rojas Morales hija del demandado quien aseguró conocer a la actora desde el año 2006 y que a partir del año 2010 y ella comenzó a trabajar formalmente en la carpintería porque desde octubre 2006 a la actora comenzó a presentar cuentas de cobro por los días que laboraba y así ocurrió hasta el año 2010 cuando decidieron formalizar la relación laboral por su parte Nicolás Rojas Morales el hijo del demandado indico que conoce a la actora en el año 2010 cuando ingresó a laborar en la empresa que antes de esa fecha del año 2008 la veía en la carpintería una vez al mes aproximadamente Andrés Rojas Morales igualmente hijo del demandado acepto que la actora sí comenzó a prestar los servicios en la carpintería del año 2006 pero que en principio se de forma esporádica deteniendo las necesidades de la misma carpintería y por el tiempo que necesitara su hermana que era encargada de la parte administrativa del negocio se da oportuna advertir que aunque es cierto que los testimonios provienen de familiares del demandado razón por la cual son tachados como sospechosos por la parte actora no por ello a denegarse la fuerza de convicción no sólo porque armonizan entre sí sino además porque si bien se sabe las sospechas no descalifica de antemano al sospechoso sino que simplemente se miran con cierta aprensión a la hora de examinar qué tanto crédito merece o cómo lo ha dicho de manera reiterada la corte suprema de justicia si se da una



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2018-265-01 Dte: ANA GRACIELA ACOSTA CÁCERES Ddo.: SILVIO ROSENDO ROJAS

circunstancia que involucra al testigo con el hecho del cual tiene conocimiento el juez debe sopesar la declaración no desestimarla por esa sola razón pues el declarante estuvo presente cuando sucedieron los hechos y puedan noticia acerca de ellos su versión puede ser fundamental para establecer la verdad real así por ejemplo se manifestó en la sentencia SL 572 del año 2018 así las cosas el despacho procede a evaluar el valor probatorio de las manifestaciones hechas en los testimonios ya referenciados encontrando que si bien los 3 testigos hijos del demandado también es cierto que presenciaron de forma directa la relación de una de las partes esto es dentro del año 2006 y el año 2012 por lo que pueden dar fe de lo que les costa de forma directa y en qué en resumen para este despacho cobra relevancia de todos que todos afirmaron que la actora presto sus servicios de forma esporádica entre año 2006 y entre el año 2010 atendiendo a las necesidades del servicio del establecimiento de Comercio denominado la carpintería. Por otro lado indicó el demandado solicito la liquidación referente al pago de cotizaciones al instituto de seguros sociales para demostrar se encontraba al día por concepto de pensión en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre del año 2006 y el 5 de mayo del año 2010 situación que resulta incoherente para este despacho pues si durante dicho lapso no existió ningún vínculo laboral como lo alega la parte pasiva no existía necesidad de solicitar el cálculo para efectuar el pago de las cotizaciones que además por obvias razones iba a reportar los pagos. Contrario a ello en dicha solicitud claramente se demuestra su intención de poner al día la obligación de efecto a las cotizaciones al sistema de pensiones que había dejado de cumplir como empleador de la señora Ana Graciela Acosta Cáceres aceptando de este modo que actora sí laboró a su servicio desde el 1 de noviembre del año 2006 hasta el 5 de mayo del año 2010 así las cosas es claro para esta juzgadora que si existió un vínculo laboral entre las partes cuyos extremos se limitan se reitera entre el 1 de noviembre 2006 como fecha de inicio tal como lo acepto la parte pasiva con las pruebas obrantes a folio 6 y 7 del plenario y el 31 de marzo del año 2012 fecha final de la misma tal y como se corrobora con la recomendación calendada a 31 de marzo del año 2012 y que milita a Folio 6 y los testimonios practicados en la sesión anterior en ese sentido se habrá de declarar la existencia de una relación laboral entre las partes entre el 1 de noviembre del 2006 hasta el 31 de marzo del año 2012. Ahora bien pretende la actora a través del presente litigio se le reconozca las cotizaciones a pensión dejadas de cancelar por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre 2006 y el 5 de mayo del 2010 pues con posterioridad a tal fecha afirma fue formalizada la relación laboral con el demandado en el establecimiento de Comercio la carpintería y a partir de ese momento se efectuó el pago de las cotizaciones a pensión tal como se evidencia en el reporte de semanas cotizadas ha llegado por col pensiones que militan los folios del 116 al 118 en tal sentido aunque la actora asegura haber laborado para el demandado de forma continua en el periodo anteriormente declarado lo cierto es que el plenario no se arrimó prueba siquiera sumaria de que así lo demostrará y si bien quedó comprobado los extremos laborales lo cierto es que no existe certeza del tiempo que la actora prestaba sus servicios puesto que dicho de la señora Aida lo hacía en promedio 15 días al mes y de lo expuestos por los otros dos testigos iba muy esporádicamente casi una vez por mes Así pues con el documento obrante a Folio 7 del plenario en el que el encartado solicito el cálculo de la cotizaciones de esa pensión entre el 1 de noviembre del año 2006 y el 5 de mayo del año 2010 es prueba suficiente de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2018-265-01 Dte: ANA GRACIELA ACOSTA CACERES Ddo.: SILVIO ROSENDO ROJAS

aceptación del demandando sobre la existencia del vínculo laboral con la demandante y también prueba que este se veía interrumpido en la prestación del servicio pues solicitó la liquidación únicamente por lo correspondiente a 8 meses de trabajo durante cada año que según cuentas del mismo demandado asciende al total de 33 meses laborados para dicho periodo y con un ingreso base de cotización en el salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad de este aspecto no se discutió en el presente asunto y la documental a la que se ha hecho referencia goza de plena validez conforme a las disposiciones del artículo 54 A del código procesal laboral y de la seguridad social luego se tiene como aceptado dicho ingreso y dicho periodo en todo caso los demás casos de convicción practicados un juicio permite llegar a la misma conclusión indicada tiene en ese sentido sabrá de dictar sentencia condenatoria finalmente es de aclarar que col pensiones no tenía la obligación de también de iniciar el proceso de cobro coactivo en contra del empleador como lo manifestó el apoderado o la parte pasiva dentro del proceso por cuanto este fenómeno parte desde el momento de afiliación del trabajador que se da con el inicio del reconocimiento de la relación laboral para lo que para el presente caso ocurrió hasta el día 4 de junio del año 2010 fecha en la que se canceló la cotización correspondiente al mes de mayo de la misma anualidad y así se acredita con lo que limita en el folio 108 al anverso las acepciones con respecto a la prescripción de las cotizaciones a pensiones adeudadas la sala de casación de la corte suprema de justicia ha manifestado que los aportes que además garantizan la viabilidad financiera del sistema general de pensiones que no pueden ser objeto de prescripciones ni mucho menos de suspensión de la acción de cobro pues sería rogatorio el derecho descriptible tal y como lo ha sostenido la sentencia.

APELACION

DEMANDANTE

Me permito interponer recurso apelación en contra del fallo proferido en cuantos y exclusivamente al numeral segundo que resuelve en cuanto que dentro de la documental se tienen en cuenta que el día 31 de marzo de 2012 efectivamente que hay una recomendación laboral en la cual no sé estipulo ni se discrimino ningún tipo de relación esporádica o interrumpida dentro de los extremos temporales de la relación laboral esto es dentro del 1 de noviembre del 2006 al 31 de marzo del 2012 teniendo en cuenta que siendo una manifestación del demandado en cuanto a que durante todo ese tiempo que la señora Acosta laboro en su favor en el establecimiento comercial llamado la carpintería razón por la cual el valor del cálculo actuarial debe corresponder al periodo comprendido entre 1 de noviembre del 2006 al 31 de marzo del 2012 tal y como se señala en el documento expuesto en el expediente muchas gracias.

DEMANDADO

Señoría interpongo recurso de apelación el cual dejo sustentado de la siguiente manera: manifiesta el despacho que existió una única relación laboral que comenzó el 1 de noviembre del 2006 y termino el día 31 de marzo del año 2012 no le asiste razón al despacho en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2018-265-01 Dte: ANA GRACIELA ACOSTA CACERES Ddo.: SILVIO ROSENDO ROJAS

establecer dicho hecho puesto que con ocasión en lo que resultó probado en el proceso si bien es cierto podemos hablar de 2 relaciones distintas una del 2006 al 2010 que fue de manera interrumpida donde no se lograron establecer los elementos del contrato de trabajo razón por la cual no puede declarar el despacho la existencia de un único contrato de trabajo desde el 2006 al 2012 lo que ha debido el despacho es señalar que existió una relación interrumpida del 2006 al 2010 donde no existe prueba alguna de la prestación personal del servicio así como no existe prueba alguna del salario devengado y no existe prueba alguna la subordinación presentada por tal razón debe el honorable Tribunal revocar íntegramente el numeral primero de esta sentencia respecto a la existencia de una única relación laboral entre noviembre del 2006 y marzo del año 2012 resolviendo y señalando que la verdadera y única relación laboral que existió con cumplimiento de los elementos esenciales del contrato de trabajo fue con ocasión al año 2010 y 2012 donde el demandado cumplió con sus obligaciones manifiesta el despacho y en contrario a lo señalado en la sentencia donde dice que no existe certeza del tiempo que prestaba servicios a de darse valor probatorio a dicho hecho y no ser condenado por el mismo es cierto que la señora demandante prestó unos servicios pero dichos servicios fueron prestados de manera interrumpida reiteró sin el lleno de los requisitos del contrato de trabajo tal y como se logró probar a lo largo de este proceso con los testimonios y el mismo interrogatorio de parte de la demandante donde se logró establecer que ella para el periodo comprendido entre 2006 y 2010 no cumplía un horario de trabajo 2 no recibía un salario ella presentaba cuentas de cobro no se valoró por el despacho dicho hecho por lo tanto tiene que darse el verdadero valor probatorio que tienen esos testimonios tal y como en la parte considerativa de esta decisión lo señalo el despachos manifiesta el despacho que se tiene por probado el salario mínimo no es cierto no existe certeza de la supuesta remuneración que recibía la demandante existe certeza de que trabajo de manera interrumpida para el periodo comprendido del 2006 2010 existe certeza de que no cumplía un horario de trabajo para el periodo del año 2006 y 2010 pero lo que no existe certeza es salario alguno por tal razón debe revocarse el numeral segundo de esta providencia condena al demandado al cálculo vectorial debe revocarse dicho numeral además porque reitero para dicho período no existía una relación laboral y si bien es cierto el despacho va a imponer sanción alguna no puede condenar calculo actuarial debe remitirse a condenar al pago de aportes con mora razón por las cual le solicito al honorable Tribunal revocar íntegramente dicha decisión y de igual forma se sirva revocar el numeral tercero y cuarto que señala las condenas en costas en contra del demandado puesto que logró establecerse dentro de esa primera instancia con el verdadero valor probatorio que tuvieron los testimonios y la forma en la cual fueron desvirtuadas aquí las documentales que allego aquí la demanda a este proceso donde señaló que ella misma era quien las elaboraba donde señaló que ella era quien estaba encargado de dicho hecho tampoco tuvo el despacho en cuenta las documentales allegadas en la contestación de la demanda donde se señala que para el periodo comprendido entre el año 2006 el año 2010 la demandante fungía como beneficiaria y nunca inicio reclamación alguna frente a un ente por esto sorprende el día de hoy esta condena al sustituto apoderado puesto que no se reúnen los elementos esenciales de la relación laboral para condenar cómo se hizo en esta primera instancia de esta forma dejo sustentado el recurso de apelación mil gracias



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, puntos de inconformidad a saber: **i)** si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1 de noviembre de 2006 al 31 de marzo de 2012 y en caso afirmativo **ii)** si hay lugar al pago del cálculo actuarial por ese u otro periodo o el pago de aportes con los respectivos intereses de mora.

Para resolver lo anterior se tiene que en tratándose de la existencia de un contrato de trabajo la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: **i)** la actividad personal del trabajador; **ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamento, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y **iii)** el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- **se entenderá que existe contrato de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.**

Teniendo en cuenta lo anterior y demostrado el primer elemento esencial del contrato, esto es la prestación personal del servicio, el legislador expresamente señaló en el artículo 24 del CST, **la presunción de que toda relación de trabajo estaba regida por un contrato de trabajo, presunción que por ser una presunción legal, es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.**

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la**



prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

En virtud de ello, no se debe creer que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata la norma en comento. Esta presunción, como las de su estirpe, **parten de la base de un hecho cierto o indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado; este hecho es la relación de trabajo personal, traducida en el servicio personal**, dependiente y remunerado, siendo en principio, carga probatoria del demandante acreditar el primer requisito para que opere en su favor la presunción del contrato de trabajo, y traslade la intención probatoria al empleador con el fin de acreditar que el vínculo fue de otra naturaleza menos laboral, sin olvidar, precisamente, que en virtud de tal presunción el litigio no se encuentra resuelto a favor del trabajador, pues es el material de prueba que obre en el juicio el que tendrá la capacidad para demostrar una y otra tesis encontrada.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que con las pruebas documentales y con los testimonios, se logra acreditar que entre las partes existió un contrato de trabajo por lo siguiente:

A folio 6 reposa documento de fecha 31 de marzo de 2012 elaborada por el demandado en donde consta “Por medio de la presente me permito recomendar ampliamente a la señora Ana Graciela Acosta Cáceres...; quien laboró con la Carpintería en el periodo comprendido entre noviembre de 2006 y marzo 31 de 2012 desempeñando el cargo de asistente de gerencia y ventas...”

Aunado a ello, a folio 7 milita solicitud del demandado dirigida al Director de Planeación Actuarial del ISS el 8 de mayo de 2012, en donde solicita la liquidación referente al pago de pensiones de la demandante del periodo



comprendido entre el 1 de noviembre de 2006 al 5 de mayo de 2010 con base en el salario mínimo.

A folio 8 se encuentra afiliaciones de la demandante al Sistema General de Seguridad Social y como empleador figura el señor Silvio Rosendo Rojas.

A folios 35 a 89 obran comprobantes de nómina de la demandante allegados por la parte demandada, desde septiembre de 2010 a febrero de 2012.

Además rindió **interrogatorio el demandado**, quien señaló conocer a la demandante pues trabajaba en la empresa familiar de él desde el año 2010 y hasta el año 2012 y declararon los hijos del accionado, **Aida, Nicolás y Andrés Rojas**, quienes coincidieron en indicar que conocieron a la señora Ana Graciela Acosta desde el año 2006 pues reemplazaba a la hermana de ellos (Aida Rojas) cuando tenía que irse para la Universidad o hacer otras cosas. Fueron contestes en indicar que el trabajo desde el año 2006 por parte de la demandante había sido esporádico, que nadie le daba órdenes porque ella ya sabía lo que tenía que hacer, pagar facturas, hacer cuentas de cobro, entre otras funciones.

Pues bien, del anterior material probatorio como se dijo, sí se encuentra acreditada la prestación personal de la demandante al demandado desde el 1 de noviembre de 2006 hasta el 31 de marzo de 2012, tal y como lo declaró la juez de primera instancia.

Nótese como aparte de que el demandado expidió un documento certificando que la actora laboraba para él en las fechas ya indicadas, también solicitó al Director de Planeación Actuarial del ISS la liquidación del pago de pensiones que podía corresponderle a la demandante en el periodo reclamado en esta demanda, 2006 a 2010, y no es lógico que solicite tal información si la demandante no laboró con él, entonces para qué o con qué fin pagar aportes pensionales si no se tuvo ningún vínculo laboral contractual?



Esa prueba de folio 7 resulta ser un indicio de la relación laboral entre las partes, aunado al documento en donde se certifica que la demandante sí trabajó para el demandado y los testimonios rendidos en primera instancia de donde se puede concluir que la prestación personal del servicio de la señora Ana Graciela si se dio.

Y como quiera que el demandado era quien tenía la carga probatoria de desvirtuar la presunción contenida en el art. 24 del C.S.T. y acreditar además, como lo dijo en la contestación que el trabajo había sido esporádico y como quiera que no lo hizo, se confirmará la decisión de primera instancia de declarar la existencia de una única relación laboral entre el 1 de noviembre de 2006 al 31 de marzo de 2012.

Ahora bien, en relación con el **cálculo actuarial**, señala la apoderada de la parte demandante que debió haberse condenado a dicho cálculo por toda la relación laboral debido a que no hubo interrupciones laborales, sin embargo debe recordarse, que tal y como se solicitó en las pretensiones de la demanda (fl.3) y como bien lo resolvió la juez a quo, se solicitó el pago del cálculo actuarial únicamente por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2006 y abril de 2010 y fue por ese motivo que así se condenó en primera instancia; de manera tal que no puede la apelante cambiar las peticiones del libelo demandatorio en el recurso de apelación pues esa etapa procesal tuvo su oportunidad correspondiente la cual ya pasó.

Aunado a ello, no sería posible condenar al cálculo por toda la relación laboral pues como la misma demandante lo manifiesta en los hechos de la demanda, el señor Silvio Rosendo Rojas ya pagó los aportes a pensión desde mayo de 2010 a marzo de 2012, como además se acredita con la documental de folio 121 y 122 del plenario.

Ahora bien, señala el apoderado de la demanda que lo que procede es el pago de aportes con intereses de mora y no el pago del cálculo actuarial, y al respecto pertinente resultar recordar las diferencias entre una y otra figura tal y como lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en sentencia SL14388 de 2015, en donde señaló que **no era lo mismo o no podía equipararse la obligación**



que tenía el empleador cuando no afiliaba a pensiones a su trabajador, a cuando lo afiliaba pero no efectuaba las cotizaciones correspondientes:

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

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

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

Así las cosas y como en este asunto lo que ocurrió fue que el señor Silvio Rosendo Rojas no afilió a la demandante en pensiones, como era su obligación, deberá asumir la consecuencias de dicha conducta y que como la misma Corporación lo señaló en la sentencia ya citada, corresponde al pago del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre noviembre de 2006 a mayo de 2010; la Corte indicó en esa oportunidad lo siguiente: *“Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.”*

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada por lo expuesto.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2018-265-01 Dte: ANA GRACIELA ACOSTA CACERES Ddo.: SILVIO ROSENDO ROJAS

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

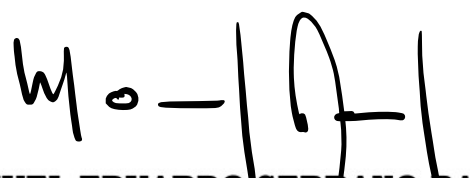
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada por lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-534-01
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por los apoderados de las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de febrero de 2020.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE nula y/o ineficaz la afiliación efectuada por él al RAIS y promovida por Protección S.A. por el incumplimiento de esta al deber de información; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se realice el traslado de sus aportes a Colpensiones y costas del proceso. (fl.5)



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de agosto de 1960, se afilió al ISS el 27 de diciembre de 1977 hasta el 1 de abril de 1999 cuando se afilió a Protección. Indica que dicho traslado estuvo viciado en el consentimiento pues la AFP omitió su deber de información veraz y suficiente y como consecuencia de ello, el demandante fue inducido en error al no habersele indicado las verdaderas consecuencias que acarrearía el cambio de régimen y aunque ha solicitado el retorno a Colpensiones, esta entidad ha resuelto desfavorablemente su solicitud. (fl.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3 14 y 15 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho, caducidad, prescripción y la innominada o genérica. (fl.78)

Por su parte, **PROTECCION S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el relacionado en los numerales 1 y 4 y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito propuso las de buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica (fl.102)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la nulidad del traslado del Régimen Pensional efectuado por el demandante el 19 de marzo de 1999 por intermedio de Colmena hoy Protección y en consecuencia, declaró válida la afiliación del actor a Colpensiones. CONDENO a Protección a trasladar los aportes pensionales del actor, con todos los bonos pensionales, frutos e intereses sin descontar suma alguna por gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas. (fl.136)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, señalando en síntesis:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Primero que se debe señalar es que conforme establece el artículo 280 código general del proceso aplicable por remisión expresa esta clase de actuación el despacho se encuentra relevado de realizar una síntesis de la demanda y las correspondientes contestaciones los cuales además son ampliamente conocidos por las partes y sus apoderados del problema jurídico a resolver dentro del presente trámite se centra en determinar si resultada nulo el traslado del señor Carlos Orlando Roa Espitia del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad ante la supuesta omisión de la AFP PROTECCION en su deber de información al momento de efectuarse el traslado del régimen y será acogido el señor Roa como su afiliado, las consideraciones lo que se encuentra aprobado, lo primero que debe indicarse y que se encuentra acreditado en el proceso es que el sr Roa Espitia estuvo vinculado al instituto de seguros sociales desde 27-12-1977 hecho que fue aceptado por la demandada colpensiones, además se verifica con historia laboral obrante a folio 123 del expediente igual se tiene que en el mes de abril de 1979 el actor suscribió el formulario denominado solicitud de vinculación al fondo de pensiones y cesantías COLMENA, hoy PROTECCION S.A según se desprende del referido formato que obra a folio 109 del expediente; de la nulidad del traslado precisado lo anterior debe señalarse que le corresponde a la AFP PROTECCION S.A la carga de probar en qué circunstancias se hizo el ofrecimiento al demandante, las condiciones en el que se le otorgo el traslado del régimen, si se le brindo la información veraz y oportuna de las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera, en efecto la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia sobre el tema ha sido pacífica y reiterada ya que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual le haya suministrado una información completa sobre condiciones específicas de su situación pensional además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable sino lo que se deriva con la aceptación del traslado e incluso si fuera el caso en desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la nulidad del traslado tal como se ha señalado entre otras en la sentencia SL-12136 del 3-09-2014 radicado 46.292 más recientemente la sentencia CSL 1421, 1452, 1688 y 1689 todas del año 2019 teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio debe indicar esta juzgadora que en el plenario no se logró acreditar que el demandante hubiese recibido una información clara por parte de la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A sobre las ventajas y desventajas que conllevaba su cambio de régimen pensional así los medios de convicción aportados al proceso analizados en conjunto permiten colegir que la AFP PROTECCION S.A no demostró haber suministrado una información clara, precisa y detallada al accionante sobre la consecuencia de su traslado a un fondo privado situación que constituye a omisión de su deber de información, en efecto dicha entidad no allego prueba alguna con la que se acredite que al momento de acoger como afiliado al sr Roa, el asesor de la época hubiese efectuado una simulación, una proyección a futuro, un cuadro comparativo de la pensión de vejez que podría recibir éste recibir en un régimen pensional o en otras situaciones que puedan llevar a concluir que cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS suministrada a fin de realizar un traslado de régimen pensional, si bien dentro del interrogatorio de parte absuelto por el sr Roa Espitia el actor indico que el asesor al momento de la afiliación a COLMENA le informo que recibiría un bono pensional por el valor aproximado de \$600.000.000 pero que en realidad corresponde a \$90.000.000 no obstante se tiene que las demás preguntas que le fueron realizadas por la apoderada de la demanda protección resalta el juzgado que no se le explico al actor las consecuencias que conllevaría su traslado de régimen pues no supo diferenciar ni identificar siquiera los dos regímenes pensionales existentes en nuestro país; de igual manera deben señalarse que si bien a folio 109 milita el formulario de afiliación a la AFP colmena ING en cuya parte inferior se consignó la voluntad del afiliado de dónde lee los siguientes de acuerdo con el decreto 692 de 1994 artículo 11 hago constante la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad ha efectuado de forma libre espontánea y sin presiones manifiesto que he elegido a cesantías y pensiones colmena AYG para que administre mis aportes pensionales lo cierto es que éste no resulta ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se haya proporcionado toda la información del traslado al aquí demandante que sintieras son las ventajas y desventajas del mismo conforme indicó la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1452 del año 2019 dicha circunstancia que acredita un consentimiento pero no informado en este punto cabe recordar que cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones independientemente sea beneficiario debe demostrarse que se le suministro la información clara precisa y detallada o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro pues lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional en aras de construir su derecho, así las cosas se concluyó que si bien en el formulario de vinculación se plasmó la firma como aceptación de su contenido es menos cierto que la AFP encargada no cumplió con su deber de proporcionarse al afiliado una suficiente completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría a dejar el régimen anterior y sus posibles consecuencias futuras por todo lo anterior no queda más sino declarar la nulidad de la filiación del aquí demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada el día 19 de marzo de 1999 por intermedio de la AFP colmena de manera que se dispondrá el regreso automático del señor Carlos Fernando Roa Espitia al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por colpensiones, en consecuencia la AFP PROTECCION deberá trasladar los aportes pensionales cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Roa Espitia que se identifica con la cédula de ciudadanía 79117300 esto a la administradora colombiana de pensiones colpensiones última entidad que deberá activar la afiliación del demandante y proceder a actualizar su historial labora las excepciones teniendo en cuenta las consideraciones dadas a lo largo de esta sentencia se declarará no probados los medios exceptivos propuestos por las administradoras demandadas dónde se incluye la de prescripción puesto que la nulidad del traslado del mencionado no se encuentra sometida al término trienal que rige en materia laboral por guardar Estas últimas una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible así que de este modo resulta entonces



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS
aceptado aplicar la prescripción de la acción rescisoria contenida en la legislación civil tal como lo planteó el extremo pasivo.

APELACION

PROTECCION

De manera respetuosa presento recurso de apelación de manera parcial frente a los gastos de administración la Comisión de Administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados de cada aporte del 16% del IBC que han realizado el demandante sistema general de pensiones la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 del 93 modificado por la ley 797 del 2003 y que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media Ahora bien el hipotético momento que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al raíz y se condene a mí representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante a col pensiones únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual mas los rendimientos financieros generados con la buena gestión de protección pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera lo anterior se concluye en lo establecido en artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada dadas las partes De hecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita en las instituciones mutuos que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento será cada cual responsable de la perdida de la especie y de su deterioro de los intereses y frutos y el abono de las mejoras necesarias útiles o voluntarias tomando en consideración las cosas fortuitas y la posesión de buena fe o mala fe de las partes todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo en este orden de ideas si las consecuencias de la ineficacia y una unidad de la afiliación que las cosas vuelvan al estado anterior es en estricto sentido se debe entender que en el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca protección debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una Comisión de Administración sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas intereses frutos y abono de mejoras con base en esto debe entenderse que aunque se declaren una ineficacia y nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras por este fruto o mejora que obtuvo el afiliado, son los rendimientos de la cuenta del producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS
la AFP es la Comisión de Administración la cual debe conservar sí efectivamente hizo renta al patrimonio del afiliado, así las cosas se puede hablar de unas pretensiones prestaciones acaecidas que no puede desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral de la Seguridad Social toda vez que sí que sí se aplicarán en estricto sentido la teoría de nulidad de derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta de a la AFP y esta última a la Comisión de Administración al afiliado toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco nunca debieron haber existido rendimientos, finalmente es menester poner en presente que en caso de que se ordene a PROTECCION devolver a colpensiones los aportes del demandante los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del demandante recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada.

COLPENSIONES

Me permito interponer recurso de alzada solicitándole al Tribunal revocar la sentencia igualmente les solicito a los magistrados la protección del principio de sostenibilidad que trata el artículo 48 de nuestra constitución.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección y Colpensiones, encuentra la Sala que lo pretendido por el señor CARLOS ORLANDO ROA se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con **Colmena el 19 de marzo de 1999**, como se verifica de la documental visible a folio 109 del plenario.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

De las pruebas aportadas al expediente, como en efecto lo señala la Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Roa Espitia se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media **al momento de su traslado, por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A. faltó**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS
que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es decir, desde el mismo inicio de la Ley 100 de 1993, los Fondos Administradores de Pensiones, tenían el deber de brindar la información debida al demandante.

No es posible atender el argumento de los apelantes, de Colpensiones según el cual el traslado de régimen que será objeto de confirmación, perjudica **la sostenibilidad del Sistema**, pues suficiente resulta indicar que se ordenó igualmente trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del accionante a órdenes de Colpensiones.

Y en relación con Protección respecto de los **gastos de administración**, los mismos al haber sido descontados de la cuenta individual del demandante, deben ser objeto de traslado hacia Colpensiones como consecuencia de la ineficacia del traslado que se repite, será objeto de confirmación en esta oportunidad; así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento antes citado, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señalando:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS
estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación
definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ
SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).
(negrilla fuera del texto original)**

Es así como la administradora del RAIS demandada, debe efectuar el traslado de lo descontado por gastos de administración a órdenes de Colpensiones como se determinara en primera instancia y por lo mismo, no es posible descontarle al actor ninguna suma por concepto de rendimientos.

Por todo lo anterior, encuentra la Sala ajustada la decisión apelada, pues Protección S.A. no demostró, como le correspondía, que indicó al accionante las desventajas como consecuencias de su traslado al Régimen de Ahorro Individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada al actor de manera completa toda la información al respecto.

Sin embargo, se dispone **modificar el numeral PRIMERO** de sentencia recurrida, para en su lugar **declarar la ineficacia** del traslado pensional efectuado por el actor **y no la nulidad**, pues la ineficacia es la figura aplicable al caso bajo estudio como lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Ahora bien, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Finalmente, en este asunto no operó el fenómeno de la **prescripción** pues tal aspecto ya ha sido definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien señaló que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

Así las cosas, se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de sentencia recurrida, para en su lugar declarar la **ineficacia y no nulidad** del traslado pensional



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28-2019-534-01 Dte: CARLOS ORLANDO ROA ESPITIA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS efectuado por el demandante, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

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

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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


HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-029-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de noviembre de 2019.

ALEGACIONES

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

ANTECEDENTES

La señora MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE nula y/o ineficaz la afiliación efectuada por ella al RAIS y promovida por Protección S.A. por el incumplimiento de esta al deber de información; como consecuencia de tales declaraciones, solicita se realice el traslado de sus aportes a Colpensiones y costas del proceso. (fl.8)



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de noviembre de 1959, se afilió al ISS el 14 de agosto de 1996, se trasladó a Santander hoy Protección el 1 de noviembre de 1999 y a Porvenir el 1 de agosto de 2009. Indica que en dicho traslado la AFP omitió su deber de información veraz y suficiente y como consecuencia de ello, la demandante se trasladó y luego de ello, el Fondo durante todos los años de afiliación, nunca contactó a la accionante y no le dijo el asesor las verdaderas consecuencias que acarrearía el cambio de régimen y aunque ha solicitado el retorno a Colpensiones, esta entidad ha resuelto desfavorablemente su solicitud. (fl.3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1 a 6, 41, 42, 44 y 45 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, validez del traslado de Régimen de Ahorro Individual compensación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl.142)

Por su parte, **PROTECCION S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 5, 30, 34 a 36, 40 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl.222)

Finalmente, **PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 6, 44 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fl.294)



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Dña COLPENSIONES Y OTROS

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR PROBADAS las excepciones de validez del Régimen de Ahorro Individual formulado por Colpensiones, inexistencia de la obligación y causa del derecho para pedir formulado por Protección y falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones formulada por Porvenir. ABSOLVIO a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, señalando en síntesis:

Para resolver el presente caso debe señalarse inicialmente que el artículo 12 de la ley 100 de 1993 señala que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber el régimen solidario de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad, de igual manera la ley 100 de 1993 en su artículo 13 señala las características del sistema general de pensiones siendo pertinente para este caso señalar que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos en el artículo previamente citado es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. Así mismo, que los afiliados podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran y que una vez efectuada la selección inicial, podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años conforme la redacción original de la ley 100 de 1993 o cada 5 años, conforme la modificación introducida por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, contados a partir del momento de la selección inicial; de igual manera, conforme la ley 797 de 2003 la posibilidad de trasladarse entre regímenes se encuentra vedada para quienes les falten 10 años o menos para llegar a la edad de pensión establecida en la ley. Es pertinente conforme esta norma al igual que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 en lo que respecta al derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral, las consecuencias que trae el impedir o atentar en cualquier forma contra el derecho del trabajador, además de lo dispuesto en el estatuto financiero que obliga a las administradoras del régimen de ahorro individual al estar sometidas a la vigilancia de la superintendencia financiera, y como lo ha señalado la corte suprema de justicia, sala de casación laboral, entre otras en la sentencia sl1452 de 2019, en la que la corte hizo un estudio de la evolución normativa del deber de información que le corresponde a las administradoras del sistema general de pensiones y que para el efecto teniendo en cuenta que el traslado de la demandante se aduce acaecido en el año 1999, se debe entonces señalar que para entonces existía un deber de información en cabeza de las administradoras, conforme los artículos 13 literal b, 271, 272 de la ley 100 de 1993, así como el artículo 97 numeral 1 del decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la ley 797 de 2003, además de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Dña COLPENSIONES Y OTROS

derechos laborales y autonomía personal, deber que conllevaba a la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Obran como prueba en el presente proceso a folio 71 del expediente registro civil de nacimiento de la demandante, a folio 72 copia de su cédula de ciudadanía que da cuenta que nació el 20 de noviembre de 1959, de lo cual desde ya se advierte que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994 contaba con 34 años de edad cumplidos y esto conforme al artículo 36 de la ley 100 de 1993, y que para entonces tampoco contaba con 15 o más años de servicios, conforme a la historia laboral emitida por Colpensiones. A folio 73 del expediente obra una certificación emitida por Colpensiones en la que se señala que la demandante se encuentra trasladada a protección desde el 1 de noviembre de 1999. A folio 74 a 77 del expediente, historia laboral emitida por Colpensiones que da cuenta que la demandante cotizó un total de 550.14 semanas, entre el 8 de julio de 1985 y el 31 de octubre de 1999. A folio 78 del expediente obra la solicitud de vinculación o traslado suscrita por la demandante el 1 de junio de 2009, mediante el cual se trasladó de *afp*, de protección a *porvenir*. A folio 79 a 80 del expediente certificaciones emitidas por *porvenir* que dan cuenta que se encuentra afiliada en la actualidad a dicha administradora. A folios 81 a 86 del expediente historia laboral consolidada de la demandante al 9 de noviembre de 2018, momento para el cual contaba con 1239 semanas cotizadas, sumando las cotizadas en su momento al régimen de prima media, más las cotizadas al régimen de ahorro individual con solidaridad. A folios 87 a 97 del expediente resumen de las cotizaciones efectuadas por la demandante en protección s.a. A folio 98 a 100 del expediente una simulación pensional efectuada a la demandante por *porvenir* s.a. de fecha 9 de noviembre de 2018, en el cual se señala el monto del capital ahorrado por la demandante, el capital del bono negociado y el monto de su pensión en el régimen de ahorro individual si continuara cotizando a los 61 años de edad o tendría una mesada pensional en cuantía de \$1.902.200 y en el régimen de prima media al completar el número de semanas requeridas 1300 semanas, obtendría una pensión en cuantía de \$3.389.700. Si dejaba de cotizar obtendría una pensión a los 61 años de edad en el régimen de ahorro individual de \$1.853.800 y en el régimen de prima media no acreditaría el derecho a la pensión de vejez al no contar con el número mínimo de semanas cotizadas. A folio 101 a 105 del expediente, la demandante allega una proyección de mesada pensional la cual estima en cuantía de \$3.325.770. De igual manera obran las solicitudes o derechos de petición radicados por la demandante ante las demandadas y las respuestas emitidas por estas, a folios 106 a 126 del expediente. A folio 163 del expediente obra expediente administrativo emitido por Colpensiones en *cd* medio magnético. A folio 243 del expediente obra el formulario suscrito por la demandante de fecha o solicitud de vinculación 1 de septiembre de 1999, con fecha de efectividad 1 de noviembre de 1999, que conllevó el traslado de régimen de la demandante. A folios 245 a 247 del expediente obra documento denominado *reasesoría* pensional, fondos de pensiones obligatorias, en el cual se señala que se trató de una *reasesoría* por invitación del ejecutivo, que la decisión del afiliado es quedarse en protección, y donde se le señalaba que obtendría



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Dña COLPENSIONES Y OTROS

una pensión a la edad de redención del bono pensional, 60 años de edad en cuantía de \$2.143.540, si se pensionaba a los 57 años de edad, obtendría una pensión en cuantía de \$1.559.456 y si se trasladaba al régimen de prima media obtendría una pensión en cuantía de \$2.444.990 a la edad de 57 años, documento elaborado con fecha 2 de diciembre de 2005. Así mismo, a folio 262 y 263 del expediente obran las publicaciones o los comunicados de prensa publicados por las administradoras de fondos de pensiones con ocasión de la expedición de la ley 797 de 2003 y el decreto 3800 del mismo año. Así como también a folio 264 el concepto 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 expedido por la superintendencia financiera. A folios 265 a 267 las políticas asesorar para vincular personas naturales de la referida administradora protección s.a. Finalmente, a folios 310 obra la relación de aportes al 17 de mayo de 2019, emitida por porvenir s.a., del cual es pertinente señalar que la demandante efectuó cotizaciones hasta el mes de mayo de 2013 y de ahí se vieron interrumpidas para retomarlas en el mes de noviembre de 2018, según este reporte por lo menos hasta marzo de 2019. Finalmente debe señalarse que en la audiencia del día de hoy se escuchó en interrogatorio de parte a la demandante, quien refirió haberse trasladado a protección con ocasión de una invitación efectuada por el área de talento humano de la empresa en la cual laboraba y donde se llevó a cabo una reunión grupal en la que se explicaron, se hizo una explicación acerca de los fondos de pensiones, reunión que refirió haber durado alrededor de una hora, inicialmente era grupal y posteriormente ya se reunía de manera individual con el asesor para efectos de diligenciar el formulario; aceptó haber suscrito los formularios de afiliación tanto a porvenir como a protección s.a. de manera libre y voluntaria, haber recibido una reasesoría en el año 2005, reconociendo el documento que obra a folios 245 a 247 del expediente, no recordar las razones de su traslado a porvenir, señalando que debieron haberle ofrecido algo mejor, algún servicio mejor, que en la fecha tiene 1250 semanas cotizadas, que obtendría una pensión en Colpensiones de aproximadamente \$3.900.000 a \$4.000.000, que jamás le hicieron un comparativo entre las pensiones que podía recibir, y que no le dijeron que le convenía trasladarse, que se confió en lo que le ofrecieron, que siempre que le ofrecieron que obtendría una pensión mejor o igual, que obtendría un mejor servicio, que adicionalmente en caso de fallecer, el dinero que hubiera en la cuenta de ahorro individual sería para sus beneficiarios y que en el instituto de seguros sociales este dinero se perdería, que se quedó en protección porque no hubo un comparativo que le permitiera establecer que era más benéfico el otro régimen, y que su inconformidad actual es con el monto de la pensión y con la calidad de vida que espera tener y las cosas que espera hacer más adelante. De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, el despacho debe señalar que en el presente caso habrá de absolverse a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, pues debe partirse en primer lugar de la manifestación efectuada por la demandante en la que señaló la forma en que se dio su traslado de régimen, que se llevó a cabo una reunión en la que se le dio una información, y si bien refiere que la información que se le dio era referida a obtener una pensión mejor o igual a la que podría obtener en el régimen de prima media y la posibilidad de heredar los dineros que hubieren en su cuenta de ahorro individual, así como obtener un mejor servicio, haciendo énfasis en que no se le hizo una proyección pensional en su momento, lo cierto es que en el presente proceso del mismo dicho de la demandante se determina que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Dña COLPENSIONES Y OTROS

el motivo de su inconformidad es el monto de la mesada pensional y frente a dicho particular en el caso específico que estamos tratando obra una reasesoría pensional en la que de manera clara se le está señalando a la demandante que obtendría una pensión en un monto superior en el régimen de prima media versus el régimen de ahorro individual y aun así la demandante optó por permanecer en el régimen de ahorro individual a reasesoría pensional que se le hizo de manera oportuna por parte del fondo de pensiones en un momento en que la demandante podía optar por trasladarse de régimen si así lo hubiera dispuesto. Aunado a lo anterior, debe señalarse que si bien no obran documentos que den cuenta de ese momento inicial y de esa asesoría inicial en el año 1999, lo cierto es que del dicho de la demandante si se infiere que recibió una asesoría sobre los sistemas pensionales y que si bien no se le hizo una proyección en el año 1999 también debe advertirse que esta obligación legal solo vino a surgir a partir del año 2017 y en adelante por lo cual en ese momento no existía una obligación de hacer una proyección pensional, por lo cual ese no sería un fundamento para declarar una ineficacia o una nulidad de un traslado de régimen. Lo cierto es que en el caso, la demandante en el interrogatorio de parte dio cuenta de que se le informó acerca de algunas de las características del sistema pensional al cual se estaba afiliando y posteriormente se le dio una reasesoría con lo cual el despacho considera que efectivamente y en gracia de discusión de que esa asesoría inicial en el año 1999 no hubiese sido dada en debida forma, lo cierto es que la demandante con posterioridad si ratifica su decisión de permanecer en protección y no solo eso, sino que posteriormente decide trasladarse entre administradoras del régimen de ahorro individual de protección a porvenir s.a., es decir hay una ratificación de la voluntad de la demandante a pesar de tener un conocimiento de que su mesada pensional iba a ser inferior en el régimen de ahorro individual, ratifica su voluntad de permanecer en este régimen, por las condiciones o características que el régimen ofrece, de allí que mal pueda, cuando han pasado más de 10 años desde el momento de esa ratificación, venir a discutirse sobre los efectos jurídicos de una afiliación y más aun cuando el único motivo de inconformidad, como lo refiere en su interrogatorio de parte es el monto de la pensión, monto de la pensión que desde hace más de 10 años conocía que iba a ser inferior. Así las cosas, y como ya se anticipó habrá de absolverse a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra declarando probadas las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual formulada por Colpensiones, al igual que la denominada inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, formulada por protección s.a.

APELACION

DEMANDANTE

Su señoría, muchas gracias, en atención a la oportunidad que me otorga, me permito presentar el recurso de apelación en los siguientes términos: teniendo en cuenta las consideraciones y la parte resolutive de su despacho y los argumentos que utilizó para fundamentar la absolución de los fondos de pensiones aquí demandados, me permito hacer las siguientes apreciaciones. Si bien es cierto que el despacho fundamento o se baso para tomar su decisión en la reasesoría que tuvo mi poderdante en el año 2005, respecto de la proyección pensional que le hizo en su momento la administradora de fondos de pensiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Dña COLPENSIONES Y OTROS

protección, es pertinente traer a colación lo siguiente, es importante tener en cuenta que como bien lo adujo el despacho, desde el año 1993 con el estatuto financiero, existe la obligación de los fondos de pensiones de suministrar la asesoría pertinente para los potenciales afiliados, y si bien en su momento no estaba detallado que debía hacerse una proyección o un cálculo pensional, si los fondos de pensiones debían optar por suministrar la información mas clara y precisa en su momento. Respecto a la reasesoría que recibió mi poderdante, conviene subrayar que en dicha reasesoría solo se indicó respecto a la proyección de su pensión, sobre su calculo actuarial por decirlo de algún modo, mas no se hizo referencia ni al capital que la potencial afiliada tenia para adquirir su pensión de vejez, ni los requisitos que debía cumplir para tener su pensión de vejez, ni los requisitos tampoco que debía cumplir en caso de que no alcanzara su pensión de vejez para la garantía de pensión mínima. Recordemos que la corte suprema de justicia y como bien lo dije desde el estatuto financiero debe suministrarse información clara, precisa, veraz y completa, en este caso la información si bien estuvo dada por una parte, estuvo limitada y no se puede deducir que con solo el hecho de la proyección pensional o de un calculo que hizo el fondo de pensiones se pueda entender el suministro de la información veraz y completa, pues como aduje, la exigencia o el reproche que hace la corte suprema de justicia en este tipo de casos es que a los demandantes o los afiliados no se les habla o no se les informa con suficiencia sobre las características que posee el régimen y pues por lo tanto, conlleva a que no se tenga la claridad respecto de beneficios o desventajas que representa el uno y el otro régimen, para que ellos puedan optar por tomar la mejor decisión. También es importante hacer énfasis que en lo que manifestó el despacho, el hecho de que mi poderdante haya elegido o se haya trasladado a otra de las administradoras del régimen de prima media que se consideraba o se infería que ella había aceptado las condiciones o las características para seguir en el régimen de ahorro individual, conviene subrayar que eso tampoco es un argumento de validez, toda vez que la misma jurisprudencia de la corte suprema de justicia ha manifestado que por mas que el afiliado haya estado en una o en varias administradoras de fondos de pensiones del régimen privado, ello no da lugar a que se entienda de las características o los beneficios que representa la afiliación a tal régimen, razón por la cual, se reprocha y se está en desacuerdo con el despacho respecto a esa apreciación, pues reitero como lo ha manifestado el hecho que un afiliado se traslade entre una administradora del mismo régimen, no significa o no representa que tenga la suficiente asesoría o suficiente información para tomar la decisión respecto de su afiliación. De igual forma, el despacho hace injerencias respecto de las manifestaciones de la demandante desconociendo el precedente jurisprudencial que en este caso opera, que es la carga de la prueba para los fondos de pensiones privados, es de recordar que la carga de la prueba en este caso está invertida y son los fondos de pensiones que deben demostrar que suministraron toda la información y la información no es solo con reasesorías y reasesorías limitadas sino que como lo aduje anteriormente, la asesoría debía estar desde el momento en que mi poderdante decidió efectuar el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y que pues en este caso es palmaria la evidencia sobre el respecto, toda vez que los documentales o las demás pruebas con las que se pudiera aportar el fondo de pensiones o los fondos de pensiones, brillan por su ausencia.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, encuentra la Sala que lo pretendido por la señora MARTHA ROCIO AVELLA se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con **Protección el 1 de noviembre de 1999**, como se verifica de la documental visible a folio 78 del plenario.

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

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

Es así que en casos como en el presente, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado** por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, respecto de quienes simplemente buscan es la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Ddo COLPENSIONES Y OTROS

protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante, pues aunque hubiere indicado que tenía un conocimiento en matemáticas y una maestría en estadística, no contaba con los conocimiento respecto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo señalado por el Juez de instancia, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Avella se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media **al momento de su traslado, por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PortecciónS.A. faltó al deber de información**, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable

Si bien reposa a folio 245 una reasesoría pensional hecha por Protección a al demandante el 2 de diciembre de 2005 en donde se marca con una x en el espacio de decisión del afiliado “SE QUEDA EN PROTECCION” y a folio 246 y 247 obran los cálculos matemáticos efectuados en la reasesoría en donde se le indica a la actora el monto de la pensión en el RAIS y en el RPMPD, en el primero de ellos se le indica que será de \$1.559.458 y en el segundo ascenderá a \$2.444.990, **no menos cierto es que la misma no fue oportuna**, tal documental no suple el deber de información que se debió haber otorgado en la demandante en los términos tantas veces citados por la Corte Suprema de Justicia, pues la re asesoría alegada por Protección comporta una proyección pensional, sin que se reitera, se logre determinar de la misma que se le indicaron a la demandante las ventajas como desventajas de su traslado de régimen, el que ya se había efectuado cinco



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Dño COLPENSIONES Y OTROS

años atrás, siendo además inoportuno, pues dicha proyección se debió haber puesto de presente a la actora en el momento de su traslado en el año 1999, en este sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia radicada bajo el número 68838 del 8 de mayo de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, señaló:

*“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., **la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:***

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

***En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.” (Negrilla fuera del texto original).*

De tal manera, en el presente, no se puede tener como saneada la omisión en el deber de información en que incurrió la demandada Protección con la **reasesoría** brindada por Protección, la que ya resultaba ser inoportuna y además, tampoco se puede predicar que brindó esta de manera completa y veraz, pues como se señaló, **sólo fue una proyección pensional.**

Nótese como tanto de las documentales como del interrogatorio rendido por la accionante se observa que el asesor del Fondo Privado le indicó circunstancias muy superficiales, pero ninguna consecuencia, ventajas o desventajas de lo que conllevaba el traslado de régimen pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Ddo COLPENSIONES Y OTROS

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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



Es por ello que le asiste razón a la recurrente, tanto en sus alegatos como en su recurso, pues la Administradora de Pensiones demandada Protección S.A., a la que se trasladó la actora, no demostró cómo le correspondía, que manifestó a esta las desventajas como consecuencias de su traslado al régimen de ahorro individual, lo que lleva a concluir que no le fue brindada a la actora de manera completa toda la información al respecto.

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara el demandante a través de formulario de afiliación suscrito con PROTECCION S.A. el 1 de noviembre de 1999 y se ordena a PORVENIR, Fondo al que se trasladó la actora el 1 de junio de 2009 (fl.78) y en el que se encuentra en la actualidad, a trasaldar a COLPENSIONES todas las cotizaciones con sus rendimientos financieros, sin poder efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Y en este asunto no operó el fenómeno de la **prescripción**, pues ya la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-1689 de 08 de mayo de 2019, Radicado N° 65791, precisó que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo; en ese sentido, enfatizó que **la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible**, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

Ahora bien, al igual que los restantes Magistrados, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Ddo COLPENSIONES Y OTROS

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación que la demandante, señora MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO efectuó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 1 de noviembre de 1999 con Protección S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración correspondientes.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 32-2019-029-01 Dte: MARTHA ROCIO AVELLA CAMARGO Ddo COLPENSIONES Y OTROS

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

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

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

PROCESO ORDINARIO No. 33 2018 100 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS ARMANDO ROCHA CALDERON
DEMANDADO: COLPENSIONES

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

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los once (11) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

De conformidad con lo previsto en el art. 140 del CGP, el suscrito Magistrado admite el impedimento manifestado por el Dr. Manuel Eduardo Serrano Baquero, con fundamento en la causal 2ª del artículo 141 del CGP.


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Treinta y Tres laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por el apoderado de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ARMANDO ROCHA CALDERON por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es apto para tomar decisiones por sí solo, por cuanto no tiene ninguna limitación mental para ello. Que como consecuencia de lo anterior, se determine inexistente la falta de capacidad para tomar determinaciones por sí solo y no es sujeto de declaración de interdicción. Que como consecuencia de lo anterior, se debe cancelar al pensionado directamente las mesadas de la prestación económica reconocida y el retroactivo causado en favor de su invalidez y al pago de las costas del proceso. (fl.- 4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

Que con fecha 1 de julio de 2016, mediante la resolución No. GNR 194638, la demandada le reconoció una pensión de invalidez, a partir del 1 de agosto de 2015, en cuantía de \$1.626.320, como mesada para el año 2016.

Que en dicha resolución se dejó en suspenso, la prestación junto con el retroactivo, en cuanto a su ingreso a nómina, argumentando para ello que del dictamen se puede establecer que no es apto para tomar decisiones por sí solo y por ello le solicito inicie un proceso de interdicción judicial.

Que el 7 de septiembre de 2016, solicitó se le cancelaran de manera directa la pensión y para ello allegó certificado del médico tratante de la EPS, pero dicha solicitud fue negada, por lo que interpuso una acción de tutela, en donde se ampararon sus derechos fundamentales y ordenaron el pago de la prestación solicitada. (f.- 2-4)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 1 a 3, 6 a 10 12 y 15, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia del cobro de los intereses moratorios, buena fe y prescripción. (fl.- 90 - 94).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 9 de diciembre de 2019, resolvió:

1. *Declarar que el señor Luis Armando Rocha Calderón identificado con cedula de ciudadanía 79.512.809 es jurídicamente capaz de actuar con la presunción señalada por la corte constitucional entre otras en las sentencias T 655 de 2016, T 268 de 2018, T 495 de 2018 y T 471 de 2014*
2. *Declarar no probada las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, inexistencia de intereses moratorios y buena fe incoadas por Colpensiones por las razones puesta en parte motiva de esta providencia.*
3. *Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago en favor del demandante del retroactivo pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2015 y el 28 de febrero de 2017, equivalente a \$33.995.217.*
4. *Condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios por todas y cada una de las mesadas de cancelar por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2015 al 28 de febrero de 2017, los cuales se liquidarán a partir del 31 de julio de 2016 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago del retroactivo pensional.*
5. *Costas de esta instancia quedan a cargo de la demandada Colpensiones, como agencias en derecho se señalan 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
6. *Concédase el grado jurisdiccional de consulta ante el inmediato superior en caso tal de no ser apelada la sentencia por Colpensiones.”*

Fincó su decisión la Juez de Primer Grado señalando:

“Procede el despacho a dictar sentencia dentro del presente asunto, en el que actúa como demandante el señor Luis Armando Rocha en contra de Colpensiones, la sentencia se emite conforme a la siguiente sinopsis procesal. Acude a la jurisdicción Luis Armando Rocha solicitando se declare que es apto para la toma de decisiones por sí solo, por cuanto no tiene limitación mental alguna; solicita se declare la inexistencia de falta de capacidad y que no requiere sentencia de interdicción y que por tanto se le cancele el retroactivo pensional y sus intereses moratorios que se reclaman por la ausencia de pago de mesadas pensionales. Una vez se notificó la demanda, la entidad presentó las excepciones de inexistencia de del derecho y la obligación, inexistencia de interés moratorio sin indexación, buena fe y prescripción. La parte demandada señala que actúa frente a la normatividad en la medida en que se le procura el cuidado de su patrimonio y frente a la toma de decisión en torno al manejo de los mismos dado que en dictamen se determinó que este requiere de terceras personas para la toma de decisiones, que por tal razón, no se ha actuado por fuera de la ley en torno al reconocimiento del disfrute de la pensión que en todo caso con el reconocimiento de la pensión, se cesó cualquier situación derivada de la ausencia de reconocimiento de la pensión. Cual es el material probatorio que se recaudo dentro del presente asunto. Figura primero que todo dictamen de

pérdida de capacidad laboral o formulario de calificación que realizara la propia accionada, Colpensiones. Dicho dictamen se refiere que además de otro tipo de síntomas de diagnóstico, refiere igualmente un cuadro asociado con alteración cognitiva multidominio, donde se indica que requiere de terceras personas para la toma de decisión. Igualmente se allegó resolución 194638 del 1 de julio de 2016, donde a pesar de haberse reconocido la pensión, se dejó en suspenso el pago de la misma, ello con fundamento en que no puede tomarse decisiones por sí solo y que para ello es necesario sentencia donde se decreta la interdicción judicial y acta de nombramiento y aceptación del curador, para tal efecto invoca el artículo 52 de la ley 1306 de 2009. Igualmente se allegó resolución 308903 del 18 de octubre de 2016 donde nuevamente se niega el ingreso a nómina de pensionados. Se allegó sentencia de primera y segunda instancia, la primera emitida por el juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá en la cual se ordenó incluir en nómina de pensionados al demandante y dejar en suspenso retroactivo pensional e intereses moratorios. Igualmente resolución del año 2017 la 33335 del 8 de febrero de 2017 en la cual se da cumplimiento a orden judicial en virtud de la sentencias emitidas en primera y segunda instancia y se reconoce como valor de mesada pensional a 1 de marzo de 2017 la suma de \$1.719.833. Igualmente se allegó historia clínica del demandante donde se indica que y se certifica que el paciente no tiene alteración mental para la toma de decisiones y que no hay ninguna limitación de carácter mental, en este mismo sentido, se allegó documento en el que se realiza evolución diagnóstica con la misma observación.

Como fundamento normativo para la toma de esta decisión, el despacho invoca el artículo 13 de la constitución política, como tal plantea el derecho a la igualdad en torno a que las personas nacen libres e iguales ante la ley y reciben la misma protección y trato ante las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin lugar a discriminación por las razones que refiere dicha norma constitucional. Igualmente refiere que esta promueve las condiciones para que esta igualdad sea real y efectiva, y adopte las medidas para grupos discriminados o marginados. Igualmente el artículo 47 de la misma constitución en torno a adelantar políticas de previsión, realización e integración social a quienes se prestara la atención especializada que se requiera. Frente al punto objeto de debate, es decir, si la entidad accionada podía o no reclamar al demandante sentencia con declaración de interdicción, este despacho también invoca para el día de hoy sentencia o ley 1996 del 26 de agosto de 2019, que según su artículo 53 plantea la provisión de interdicción para señalar que queda prohibido, según la norma, iniciar procesos de interdicción o inhabilitación o solicitar sentencia de interdicción o inhabilitación para inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley. El despacho según el alegato de conclusión de la parte demandante debe entrar a analizar cuál es la incidencia de esta normativa que como tal elimina el requisito que ha solicitado para el año 2016, la parte demandada. El despacho igualmente accedió a el referente jurisprudencial en torno al cual es posible entrar a determinar cual ha sido el trato que ha dado la corte constitucional a situaciones como las aquí planteadas. En sentencia, y esto para identificar la relevancia de este tipo de prestación, sentencia T-23 del año 2018 se hace alusión a la importancia de la pensión de invalidez, y esta surge, según dicha sentencia, como un componente esencial del derecho fundamental a la seguridad social, este tipo de prestación es relevante en cuanto no solo goza de una garantía constitucional, el disfrute de esta

pensión de invalidez, sino que de igual manera protegía en forma contundente por el ámbito internacional; surge así como una idea de progreso universal de las sociedades en donde se da un desarrollo de orden supranacional de valores jurídicos de gran trascendencia tales como la igualdad en virtud al artículo 13 previamente referido, la dignidad humana y la solidaridad presentes igualmente en nuestra constitución. Son referencias entonces de corte constitucional. Frente a la situación de las personas o frente a quienes ostentan una situación de discapacidad, el despacho toma como referente la sentencia número T 525 de 2019, esta sentencia resulta de gran importancia para el presente asunto, en la medida en que allí se tomaron determinaciones en torno a si era viable o no exigir este tipo de documentos para el disfrute de un derecho pensional como lo es la pensión de invalidez. El despacho hará alusión a algunos de los argumentos que allí se plantean para determinar cuales son las reglas que surgen a partir de la misma. Se menciona entonces en dicha sentencia que las personas con discapacidad son sujetos especiales de protección constitucional y que el estado y la sociedad en general tienen la obligación de materializar efectivamente sus derechos y garantizar el derecho a la igualdad de los mismos. Allí se ha indicado entonces que este derecho a la igualdad que plantea el artículo 13 de la constitución, nos plantea dos elementos, una igualdad de carácter formal y una igualdad de carácter material, frente a la primera se menciona que se debe tratar a todos los individuos con la misma consideración y reconocimiento, de tal manera que el estado debe abstenerse de concebir normatividades, políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar y perpetrar la situación de exclusión, marginación o discriminación del grupo tradicionalmente desventajados en la sociedad. Igualmente hace referencia a una igualdad en sentido material, y esto apunta justamente a superar las desigualdades, sobre esto ha indicado la corte en esta sentencia que el estado tiene el deber de desarrollar acciones afirmativas en relación con las personas en situación de discapacidad, con el fin de eliminar esas barreras sociales para lograr su integración y hacer posible su participación en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad. Otro de los fundamentos que plantea la corte constitucional es el convenio sobre derechos de personas con discapacidad, se cita aquí el artículo 12 de dicho convenio en el cual los estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. La personalidad jurídica entonces hace parte de esos derechos fundamentales que cuenta todo ciudadano. Indica la sentencia entonces que la capacidad jurídica se da ejercida por estas personas en igualdad de condiciones. También ha referido en virtud a dicha convención y a partir también del comité sobre derechos de las personas con discapacidad, que la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y de actuar en derecho, la capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico; implica actuar en derecho reconocer a esta persona como un actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin, es igualmente cita de la corte constitucional a partir del comité de los derechos de personas con discapacidad. Esta misma sentencia de este año 2019 a la cual hago referencia es la 525 del año 2019, hace alusión a la nueva ley 1996 del 26 de agosto de este año 2019, para expresar que dicha normatividad estableció la protección al sujeto en situación de discapacidad a partir del artículo 53 con la prohibición de interdicción, allí entonces menciona la corte

constitucional que la legislación quiso adoptar un estándar en la capacidad jurídica establecida en el artículo 12 de la convención para que todas las personas puedan expresar su voluntad y preferencias de manera autónoma, por lo que menciona la corte constitucional, que ningún ente público o privado puede utilizar la discapacidad de una persona con motivo para suspender el goce de una prerrogativa. Refiere entonces la sentencia cual es la importancia de esta ley 1996 de 2019 y su importancia es en al menos cuatro aspectos. El primero, que las personas mayores de edad en condición de discapacidad gozan de la misma capacidad jurídica que las demás, la segunda que un sistema de ajuste razonable, apoyos y directivas anticipadas que deben cumplir con los criterios de necesidad, correspondencia, duración e imparcialidad, conforme al régimen de salvaguardias, eliminó el ordenamiento jurídico, como siguiente aspecto, eliminó del ordenamiento jurídico colombiano la interdicción y demás normas o formas de suplantación de la voluntad de las personas con discapacidad y además creo un régimen de transición para las personas que actualmente adelantan un proceso de interdicción y las personas declaradas interdictas o inhabilitadas. Así las cosas, la corte constitucional refiere que, al igual que lo recordó la apoderada de la parte demandante en su alegato de conclusión, la normatividad eliminó como deber del estado aquel obstáculo tendiente a exigir en para el disfrute de un derecho, la declaratoria por parte de la jurisdicción de una sentencia que declare inhábil o interdicto a una persona. En esta misma sentencia también se hace otro estudio y este es el referente a cual ha sido el trato jurisprudencial que se ha dado no solo a partir de ley 1996 de 2019, sino cuales eran las consideraciones que se tenían con anterioridad a dicha normatividad, para lo cual la sentencia de la corte hace referencia a distintas sentencias que han tocado estos puntos, sentencia T 471 del 2014, se le indicó que podía adelantar un proceso de interdicción judicial, sin embargo que este no podía ser un motivo para interrumpir el pago de las mesadas pensionales a las cuales tenía legítimo derecho. Recuérdese el año T 471 de 2014. Sentencia T 655 de 2016, se mencionó que Colpensiones no era competente para determinar si una persona padecía una discapacidad mental absoluta, sobre este punto es necesario referir que una es la situación que surge a partir de la calificación de una persona en su pérdida de capacidad laboral y otra muy distinta las consecuencias que deban surgir a partir de la declaratoria de inhabilidad o de interdicción, son dos instituciones jurídicas que conllevan consecuencias totalmente diferentes. Igualmente, se invocó en esta sentencia la numero T 185 del 2018 donde se refirió que solo en aquellos casos en los cuales se acredite claramente que el afectado padece una discapacidad mental absoluta y no pueda administrar sus propios recursos, resulta excepcionalmente posible condicionar la inclusión en nómina de pensionados hasta que se inicie el proceso de interdicción correspondiente, ya es una modulación de la sentencia o de la regla que ha surgido en este caso. La sentencia igualmente, T 268 de 2018, se consideró que era discriminatorio que las personas con discapacidad tuvieran que verse sometidas a ser declaradas interdictas y a la curaduría de un tercero, y como condición necesaria para hacer efectivo el pago de una prestación social pensional, que no esté en discusión pues ello constituye una diferencia de trato irrazonable. Igualmente, sentencia T 495 de 2018, donde se establecieron para el pago de mesadas pensionales unos ajustes relativos a los parámetros para que proceda ese pago. En síntesis, la corte constitucional refiere en sentencia de agosto de este mismo año, una clara línea

jurisprudencial frente a las cuales se han tomado determinaciones en las que no se puede exigir declaración de interdicción como documento obstáculo para el disfrute de un derecho pensional. Por último, sobre la obligatoriedad que surge a partir de la interpretación de la normatividad a la luz de la constitución, la sentencia T 109 de 2019 también nos hace referencia a que en caso tal de incompatibilidad con disposiciones inferiores se preferirá la aplicación de las normas de orden constitucional que igualmente en virtud al principio de la supremacía de la constitucionalidad los jueces y autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico, deben dar prevalencia a los postulados de orden constitucional, por tal razón, aquí en esta sentencia la corte constitucional ha indicado que el precedente de la jurisdicción especializada y el constitucional sobre una misma materia, tienen posturas diferentes, la sala debe recordar que el precedente constitucional debe irradiar a las demás jurisdicciones por ser dictado por quienes tienen a su cargo una interpretación autorizada de la constitución y al ser norma de normas. Y para esto cita la sentencia SU298 de 2015, téngase presente entonces que esta irradiación de la constitución o de la interpretación de la constitución a partir de las sentencias de la corte constitucional, comprende no solo a las demás autoridades judiciales si no a las autoridades de orden administrativo, como otros de los argumentos que se ha dado por parte de la corte constitucional. Como se confronta entonces los elementos de prueba que se han recaudado con este material que jurisprudencialmente se ha desarrollado. Conforme a estas normas, considera el despacho que se encuentra debidamente establecido que el señor Luis Armando Rocha Calderón es un sujeto de capacidad jurídica inherente a su condición de ser humano y por tanto tiene derecho a ejercer la misma, sin soportar actos discriminatorios por parte de la demandada Colpensiones en el sentido de presumir que por su condición de discapacidad debe ser sometido a un proceso de interdicción. Claramente lo expresó la corte en la sentencia previamente referida, Colpensiones no es competente para determinar si una persona padece de una discapacidad mental absoluta y concluir que debe ser declarado interdicto de conformidad con lo establecido en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, por cuanto con tal comportamiento se vulnera el derecho a la capacidad jurídica del discapacitado. En consecuencia considera este despacho que si los pronunciamientos de la corte constitucional al respecto han tenido tal sentido, desde el año 2014 la administradora de pensiones Colpensiones está imponiendo sobre el demandante una carga que no tiene que soportar al exigirle sentencia de interdicción y poner tal requisito como superior a la condición de sujeto especial de protección constitucional con ocasión a su discapacidad, de la cual no existe discusión alguna en torno justamente a la valoración de pérdida de capacidad laboral que se realizó. Por consiguiente se han vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad social y seguramente el mínimo vital hasta el momento en el cual por vía de tutela se ordenó el reconocimiento de una mesada pensional, dejando supeditado el retroactivo pensional a la decisión que hoy se encuentra tomando el despacho o se encuentra en estudio por parte del despacho. Así las cosas, era deber legal y constitucional de Colpensiones respetar la autonomía, el derecho fundamental a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el cual debe presumirse y debía presumirse por Colpensiones en el caso del señor Luis Armando. Un segundo aspecto es que no era posible desvirtuar la capacidad de una persona mediante el dictamen de pérdida de capacidad laboral; y un tercer aspecto es que las autoridades

y en este caso Colpensiones debe llevar a cabo el pago de la prestación reconocida, tiene el deber de ejecutar los ajustes razonables requeridos para que las personas con diversas funcionalidades puedan acceder efectivamente a las prestaciones. Sobre estos puntos debe mencionarse entonces que no haber acudido la parte demandante a la acción de tutela incluso actualmente se estaría vulnerando el disfrute de el derecho a la seguridad social y con ello tener cubiertas los relativo a su mínimo vital y el disfrute de la prestación que cura las contingencias que efectivamente surgen a partir de la declaratoria de discapacidad. En consecuencia, para este despacho se encuentra plenamente acreditado y establecido que el demandante Luis Armando Rocha Calderón está en capacidad jurídica de percibir y disponer de la pensión de invalidez que le fue reconocida por Colpensiones en la resolución 19468 del 1 de julio de 2016, y que a partir de la fecha en que le fue concedida, esto es, del 1 de agosto de 2015 y hasta que subsistan las causas que le dieron origen o se desvirtúe de su capacidad jurídica conforme a lo expuesto en la jurisprudencia previamente referida.

Así las cosas, encontrando que, y llegando a la conclusión previamente referida, deberá establecerse el retroactivo pensional en virtud a la fecha del disfrute, esto es la estructuración y la fecha en la cual fue incluido en nómina de pensionados por razón de la acción de tutela. Se ordenará entonces a Colpensiones pagar al demandante el retroactivo pensional comprendido entre el 1 de agosto de 2015, fue esta la fecha en que se reconoció la pensión de invalidez, hasta el 28 de febrero de 2017, fecha en la que mediante tutela adelantando ante el juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá, se ordenó la inclusión en nomina de pensionados, lo cual se hizo a partir de marzo de 2017, cancelando entonces la primera mesada en abril del mismo año. Dicho retroactivo pensional asciende a la cifra de \$33.995.217 que serán objeto de condena en la parte resolutive de esta providencia. La parte demandante igualmente ha solicitado el pago de los intereses moratorios, dichos intereses se encuentran contemplados en (acá se hace una pausa y el juez continua así) intereses moratorios que hacía alusión el despacho y que si bien es cierto no se encuentran en el libelo de demanda, fueron solicitados por la parte demandante en el escrito de reforma de la demanda que figura a folio 79 del expediente. Frente a dichos intereses moratorios ha de tener presente el despacho los siguientes aspectos contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, surgen según sentencia C 660 del año 2001 en torno a el impago de las mesadas pensionales, ha de entenderse entonces conforme a dicha normatividad que surge y existe mora en el momento en el cual se ha dejado de cancelar una mesada pensional estando la entidad obligada a realizarlo, la mora surgiría según sentencias de la corte suprema de justicia, a partir del momento en el cual, primero se reclama la prestación y transcurre el tiempo que tiene la entidad para el reconocimiento de la misma considerado para las pensiones de invalidez en 4 meses. Teniendo en cuenta entonces que el demandante presentó su solicitud de pensión el 31 de marzo de 2016, estando dentro del término legal, resolvió la petición, esto fue en julio del año 2016, no obstante no realizó el ingreso en nómina de pensionados si no hasta el 1 de abril de 2017 y por tal razón para el despacho al ser absolutamente claro que la jurisprudencia plantea la solución que reclama la parte demandante desde sentencia del año 2014 ratificado para el año 2016 con las sentencias que previamente se hizo alusión, pues correspondía a la parte demandada proceder a incluir en nómina de pensionados, dando prioridad al criterio de

carácter constitucional, mas no a la norma que se había dado alusión o aplicación por parte de la accionada. Así las cosas, al haberse hecho efectivo el ingreso en nomina de pensionados desde marzo de 2017 y cancelarse la primera mesada pensional en el mismo año, corresponderían entonces los intereses moratorios a partir del momento en el cual se dejó de recibir la mesada pensional que fue el 1 de agosto de 2015 hasta el 28 de febrero de 2017, hasta cuando se verifique el pago del retroactivo pensional. Respecto de la excepción de prescripción, téngase en cuenta que la resolución 194638 del 1 de julio de 2016 aunque reconoció el derecho pensional, lo suspendió. Se acudió a la jurisdicción el 22 de febrero de 2018 con lo cual no se configura el fenómeno prescriptivo que es correspondiente al de 3 años que establece el artículo 151 del código procesal laboral y 488 del código sustantivo del trabajo. Por consiguiente, no se encuentra configurado el fenómeno de prescriptivo.

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

“Siendo esta la oportunidad pertinente le solicito al señor juez me conceda recurso de apelación para que sea resuelto por los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá en su sala laboral, con la finalidad de que se revoque de manera parcial el fallo proferido en esta instancia y en la cual se condenó a mi representada al pago de unos intereses de mora y de costas procesales, dado a que siento inconformidad con la tesis del despacho únicamente en estas dos situaciones. En cuanto a los intereses de mora, estos proceden cuando existe una mora, un retardo en el pago de las mesadas ya reconocidas, en el caso que nos ocupa, estas mesadas fueron suspendidas hasta que no se resolviera por parte de la jurisdicción ordinaria a que tipo de persona o quien era el titular que se debía efectuar estos pagos, garantizando que dichos dineros no fueran mal administrados y más cuando se refería a una persona que según dictamen pericial, no era capaz para la toma de decisiones. Presuntamente teniendo que actuar mediante un curador. Razones extra por la que no existe ninguna mora ni ningún retardo, sino que era una suspensión en favor justamente del demandante quien era la persona que se tenía que proteger en este caso y así lo hizo mi administrada. Y esta misma es la razón por la que se solicita que no se condene en costas dado que mi representada siempre actuó apegada al principio de buena fe y actuó apegada a la normatividad legal vigente, así como tampoco ejerció una defensa directa en cuanto a lo que son reconocimiento pensional ni retroactivo pensional. De esta forma, señor juez, dejo sustentado mi recurso de apelación de forma parcial, en lo que tiene que ver con los intereses de mora y las costas procesales a cargo.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo señalado por el apelante y dando aplicación al Grado Jurisdiccional de consulta, procede la Sala a establecer si en el presente caso procede ordenar el pago de la pensión de invalidez al actor.

Revisado el expediente se encuentra la resolución No. GNR 194638 del 1 de julio de 2016, visible a folios 16 – 19, en la que la demandada, reconoció la pensión de invalidez del actor, a partir del 1 de agosto de 2015 y dejó su ingreso en nómina suspendido, argumentando para ello que de conformidad con el dictamen No. 2016137879 del 27 de enero de 2016, se evidencia que el actor no es apto para tomar decisiones por sí solo. Igualmente se encuentra que mediante resolución No. GNR 308903 del 18 de octubre de 2016, se rechazó la solicitud del ingreso a nómina de pensionados del actor.

Mediante resolución No. GNR 43335 del 8 de febrero de 2017, la demandada dando cumplimiento a un fallo de tutela, ordenó la inclusión en nómina, a partir del 1 de marzo de 2017 y en cuantía de \$1.719.833 (fl.- 27 – 30)

De la revisión del expediente administrativo se encuentra el Dictamen pericial No. 2016137879DE, proferido por COLPENSIONES, en este dictamen, en la casilla *“REQUIERE DE TERCERAS PERSONAS PARA LA TOMA DE DECISIONES”*, se indicó: *“SI”*, sin que se evidencie explicación alguna.

Ahora bien, como ya se evidenció del resumen que antecede, y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, esta Colegiatura encuentra que el Juez de primer grado, realizó declaraciones que se escapan de la órbita de un Juez Laboral, no obstante lo anterior, lo cierto es, que en el expediente no se encuentra documento alguno que indique que el actor fue declarado interdicto, ya que en el dictamen realizado, lo fue para establecer la invalidez del actor, y estos son dos conceptos diferentes, el de invalido e interdicto y cada uno de ellos requiere de una declaratoria diferente.

Aunado a lo anterior, la ley 1996 del 26 de agosto de 2019, en su artículo 53, señala la provisión de interdicción, indicando que queda prohibido, según la norma, iniciar procesos de interdicción o inhabilitación o solicitar sentencia de interdicción o inhabilitación para inicio a cualquier trámite público o privado, por lo que no existe fundamento legal alguno para negar el pago de la pensión reconocida directamente al actor.

Ahora bien, en cuanto a los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1.993, es necesario señalar, que pese a la condena impuesta, se tiene que COLPENSIONES, suspendió el ingreso a nómina de pensionados del actor, a raíz del dictamen en el que se indicó, que éste requería de terceras personas para la toma de sus decisiones, por lo anterior, se encuentra que el actuar de la demandada no fue caprichoso. Así las cosas, se habrá de revocar la condena impuesta por este concepto y en su lugar se ordenará la indexación de las condenas.

En conclusión, se habrá de revocar el numeral primero de la sentencia objeto de estudio. Así mismo, el numeral cuarto y en su lugar de ordena la indexación de las condenas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral Primero de la parte resolutive de la providencia apelada, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral Cuarto de la parte resolutive de la providencia objeto de estudio y en su lugar, se condena a la demandada a indexar las sumas de dinero a las que fue condenada.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

CON IMPEDIMENTO
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
MAGISTRADO