



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 34-2019-00731-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **SKANDIA S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 30 de noviembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (32:48 archivo “43Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 64 a 80 archivo “03Demanda”).**

CARMEN PATRICIA CHINCHILLA BOHÓRQUEZ solicitó declarar ineficaz su afiliación y traslado a **COLFONDOS S.A.**, ordenar el traslado de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 23 de enero de 1959, se afilió a pensión el 05 de marzo de 1990 y es beneficiaria del régimen de transición pensional por edad; que el 09 de junio de 1994, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, en septiembre de 2010 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR**

S.A. y posteriormente a la AFP OLD MUTUAL hoy **SKANDIA S.A.**, AFP que no le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 26 de julio de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** la ineficacia de su afiliación y traslado a AFP y su reactivación en el RPM, petición que fue rechazada el 08 de agosto de 2019.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, su vinculación al ISS, fecha de traslado al RAIS y que negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y entre AFP, no obstante, la afiliada no demostró las irregularidades alegadas en la demanda, sin que sea viable su retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y no cumplir lo dicho en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Interpuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, inexistencia del derecho a regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social públicas y la genérica (subcarpeta “*Contestación COLPENSIONES*” carpeta “*07.1CdFolio62Contestaciones*”).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de traslado al RAIS. Indicó que el traslado de AFP fue libre e informado, tiene plenos efectos e implicó la aceptación de las condiciones pensionales del RAIS, de lo cual se dejó constancia escrita, en todo caso, el mismo se realizó cuando la afiliada no podía retornar al RPM por la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de que **SKANDIA S.A.** no participó en la selección de régimen, la **DEMANDANTE** esta inhabilitada para el traslado de

régimen por edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso al momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, supuestos fácticos no son iguales o parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la **DEMANDANTE**, prescripción, imposibilidad de reintegrar los gastos de administración, buena fe y la genérica (subcarpeta “*Contestación SKANDIA*” carpeta “07.1CdFolio62Contestaciones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Señaló que la **DEMANDANTE** no demostró razones para decretar la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS, por cuanto la afiliada recibió asesoría previa a la vinculación a la AFP y ésta tenía las capacidades suficientes para entender las consecuencias del traslado ni solicitó retornar al RPM en el periodo que podía hacerlo, en todo caso, no procede la devolución de gastos de administración. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (archivo “19.2ContestacionDemandaPorvenir”)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada. Manifestó que si bien la afiliación a la AFP fue válida, si se declara que procede el traslado al RPM procederá a trasladar los aportes de la CAIP y rendimientos, siempre y cuando la decisión no implique responsabilidad de la AFP o se absuelva de cualquier pretensión accesorio como las cosas. Interpuso las excepciones de buena fe, compensación y pago y la genérica (archivo “20SubsanacionContestacioncolfondos”)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (32:48 archivo “43Audiencia”).

El 30 de noviembre de 2022, el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por CARMEN PATRICIA CHINCHILLA BOHÓRQUEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la SKANDIA S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP SKANDIA S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la ACTORA. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A, COLPENSIONES, y SKANDIA S.A., y a favor de la DEMANDANTE, en la suma de \$1.000.000. SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS tiene efectos jurídicos y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la H. CSJ, la AFP deben asesorar al potencial afiliado sobre las características de los regímenes pensionales y consecuencias del traslado al RAIS, para que la libertad de selección sea efectiva, siendo carga de la prueba del cumplimiento de tal deber responsabilidad de la AFP, sin que baste el formulario de afiliación, por lo que al no haber prueba del cumplimiento del deber ni confesión de la **DEMANDANTE**, declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó reactivar su vinculación al RPM, trasladar el saldo de la CAIP son descuentos e indexado y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SKANDIA S.A.** solicitó revocar el fallo, en especial la devolución de gastos de administración, porque los efectos

de la ineficacia del traslado deben ser acordes con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 que regula el traslado taxativamente el traslado de recurso del RAIS al RPM, sin incluir dichos gastos, lo cual concuerda con la Ley 100 de 1993, ya que el 3% se usó para la correcta y eficiente administración de la CAIP, más aún cuando la **DEMANDANTE** se afilió en dos ocasiones a la AFP. De forma subsidiaria, de confirmarse el fallo, solicitó declarar la prescripción de los gastos de administración porque son un emolumento económico periódico que no cubre la pensión, también revocar la indexación porque se ordenó devolver rendimientos, los cuales compensan la depreciación de la moneda, por lo cual se imparte doble condena por un mismo hecho de ineficacia, tesis adoptada en el Distrito Judicial de Cali (34:41 archivo “43Audiencia”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, además no se acreditó vicio del consentimiento y hubo actos de relacionamiento en los 03 traslados entre AFP y si bien estas debían informar a la afiliada, esta no se exonera de acudir debidamente informada a escoger su régimen pensional y no se puede sustraer del cumplimiento de la ley como si su capacidad contractual estuviera menguada como una incapaz, además declarar injustificadamente la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en riesgos los derechos de los demás afiliado. De forma subsidiaria solicitó condicionar las condenas de **COLPENSIONES** al traslado del saldo de la CAIP sin descuentos e indexado y actualización de los datos de la afiliada en las bases de datos y no condenar en costas a la entidad pública, ya que se impone un daño por un acto del cual no fue parte (38:44 archivo “43Audiencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Belcy Bautista Fonseca, identificada con CC 1.020.748.898 y TP 205.907 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de

dicha parte, quien solicitó revocar el fallo. De otra parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través de la doctora Paula Huertas Borda, identificada con CC 1.020.833.703 y TP 369.744 del CSJ, solicitó revocar el fallo. Agotado el término de traslado, los apoderados de las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **CARMEN PATRICIA CHINCHILLA BOHÓRQUEZ** nació el 23 de enero de 1959 (Pág. 12 archivo “03Demanda”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 05 de marzo de 1990 al 30 de junio de 1994, cotizando 193,43 semanas (carpeta “Contestación

COLPENSIONES”); **iii)** la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 09 de junio de 1994, efectivo a partir del 1° de julio de 1994 (Pág. 94 a 99 archivo “20SubsanacionContestacioncolfondos”); **iv)** la **DEMANDANTE** se trasladó hacia la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 14 de agosto de 1998, efectivo a partir del 1° de octubre de 1998 (Pág. 27 y 57 archivo “19.2ContestacionDemandaPorvenir”); **v)** la **DEMANDANTE** se trasladó hacia **COLFONDOS S.A.** mediante formulario de afiliación del 06 de agosto de 1999, efectivo a partir del 1° de octubre de 1999 (Pág. 94 a 99 archivo “20SubsanacionContestacioncolfondos”); **vi)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario de afiliación del 28 de abril de 2009, efectivo a partir del 1° de junio de 2009 (Pág. 39 archivo “01.2 2019-731 Juz 34 contestacion Carmen Patricia Chinchilla”, Pág 57 archivo “19.2ContestacionDemandaPorvenir”); **vii)** la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario del 28 de enero de 2010, efectivo a partir del 1° de marzo de 2010 (Pág. 28 y 57 archivo “19.2ContestacionDemandaPorvenir”); **viii)** la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 26 de junio de 2018, AFP donde permanece vinculada (Pág. 40 archivo “01.2 2019-731 Juz 34 contestacion Carmen Patricia Chinchilla”).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación

o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que el asesor de **COLFONDOS S.A.** solo le explicó que sus aportes irían a una cuenta individual, sin recibir asesoría sobre las consecuencias de su decisión, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las

consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral

en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Del mismo modo, se **CONDENA** a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, causados por el tiempo de vinculación de la **DEMANDANTE** en dichas AFP. Al momento de que las **AFP DEMANDADAS** cumplan la orden, los

conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARMEN PATRICIA CHINCHILLA BOHORQUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 034 2019 00731 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.35-2019-00695-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 08 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante y se ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por cotizaciones, junto con sus rendimientos y gastos de administración y condenó en costas a **PORVENIR** (*min. 54:05, archivo “35AudienciaGrabaciónReunión”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

MARLESVY CONSTANZA ROMERO CASTILLO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y se declare válida y vigente la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM y, en consecuencia, se condene a la **AFP PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, y a **COLPENSIONES** a recibir esos aportes y a registrarla como su afiliada, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita* y costas procesales. Como pretensión subsidiaria reclama la nulidad o ineficacia del traslado a la **AFP PROTECCIÓN**.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 08 de febrero de 1961, inició su vida laboral el 14 de enero de 1990 y que el 26 de noviembre de 1994 su empleador Enzipan de Colombia Ltda procedió a hacerle suscribir solicitud de traslado al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR**, pero que ni el empleador ni esa AFP le proporcionaron información, suficiente, completa y clara acerca de las implicaciones y consecuencias futuras que conllevaría dejar el RPM; posteriormente fue afiliada al ISS en abril de 1995 por su nuevo empleador SENA y el 08 de octubre de 2003 se afilió a la AFP SANTANDER.

Manifestó que el 13 de marzo de 2019, **PROTECCIÓN** le informó que no le alcanzaría a reunir el capital suficiente para obtener una pensión, por lo que obtendría un valor de la mesada de \$828.1166 mientras que en el RPM la mesada sería de \$3.021.116; que **PROTECCIÓN** no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen, por lo que el 09 de mayo de 2019 les solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación (*pág. 9 a 39, archivo “01ExpedienteContestaciones”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad de la demandante, la prestación del servicio a diferentes empleadores, su afiliación al ISS y la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones *descapitalización del sistema pensional*, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 223 a 259, archivo “01ExpedienteContestaciones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 320 a 349, archivo “01ExpedienteContestaciones”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a la AFP SANTANDER, la asesoría realizada el 13 de marzo de 2019 y la radicación de la solicitud. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración

cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica (pág. 368 a 386, archivo “01ExpedienteContestaciones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 54:05, archivo “5AudienciaGrabaciónReunión”)

El 08 de septiembre de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: Se declara la ineficacia del traslado efectuado por MARLESVY CONSTANZA ROMERO CASTILLO al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el fondo de pensiones PORVENIR S.A. y, en consecuencia, que PROTECCIÓN fondo de pensiones traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses y sus rendimientos. **SEGUNDO:** Se condena a PROTECCION y PORVENIR a pagar cada una con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión a la demandante por los gastos de administración, de acuerdo al tiempo que estuvo afiliado al fondo privado, como se advirtió en la parte motiva de este proveído. **TERCERO:** Se condena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a MARLESVY CONSTANZA ROMERO CASTILLO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN. **CUARTO:** Se condena en costas a PORVENIR, por lo tanto, señalamos como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para COLPENSIONES y PROTECCIÓN. **QUINTO:** En caso no apelación de la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá para que la estudien en consulta.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen de pensiones realizado por la demandante a la **PORVENIR** y la procedencia de ordenar a **PROTECCIÓN** trasladar todos los aportes de la cuenta individual de la demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos a **COLPENSIONES**.

Para resolver, el Juez indicó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL CSJ,

de obligatorio cumplimiento, la carga de la prueba de demostrar la información que se le dio al afiliado al momento del traslado le correspondía al fondo de pensiones, y que en este caso no quedó demostrado que los fondos de pensiones dieran esa información completa, necesaria y oportuna a la demandante, motivo por el cual declaró la ineficacia de dicho traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación. Señaló que contra la actora recae la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que no se acreditaron los vicios del consentimiento conforme con el artículo 1740 del Código Civil y en el interrogatorio la demandante aceptó que se trasladó a dos fondos de pensiones en el RAIS, ha permanecido en ese régimen por más de 16 años y que se encontraba conforme con la rentabilidad y la posibilidad de pensionarse de manera anticipada; además que a pesar de que la AFP debió informar bien, esto no exoneraba a la afiliada de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional; ruego se tenga en cuenta las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU 130-2003 (sic) proferidas por la Corte Constitucional por la afectación a la estabilidad financiera del sistema pensional; y que en caso de confirmarse la sentencia, solicita el condicionamiento del cumplimiento de la misma a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexadas, sin que se realice descuento alguno (*min. 55:57, archivo “35AudienciaGrabaciónReunión”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma de abogados CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder a la doctora Belcy Bautista Fonseca, identificada con C.C. 1.020.748.898 y titular de la T.P. 205.907 del C.S.J., a quien

se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia, reiterando los planteamientos señalados en el recurso.

La apoderada de la demandante solicitó mantener incólume la sentencia de primer grado.

Y el apoderado principal de **PORVENIR S.A.**, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se estructuraron los presupuestos para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no recae sobre objeto o causa ilícita y tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo. Y que, si se confirma y se ordena en segunda instancia el reintegro de la totalidad de rendimientos, solicita no se disponga su indexación por cuanto los montos obtenidos por la gestión de la AFP superar los rendimientos que hubiera obtenido en el RPM.

PROTECCIÓN no presentó escrito de intervención en esta etapa.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de la totalidad de los gastos de administración indexados, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) MARLESVY CONSTANZA ROMERO CASTILLO** nació el 08 de febrero de 1961 y se afilió al ISS a partir del 14 de enero de 1980 (*archivo “01CertificadoSemanasCotizadas”, carpeta “02ExpedienteAdm...”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 26 de noviembre de 1994, con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año (*pág. 141, 354 y 355, archivo “01ExpedienteContestaciones”*), posteriormente realizó traslado en el RAIS a la AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** el 1° de diciembre de 2003 (*pág. 395, archivo “01ExpedienteContestaciones”*), donde actualmente sigue vinculada; **iii)** y si bien la demandante se afilió al ISS nuevamente a partir del 1° de febrero de 1995, teniendo como empleador al SENA, ese regreso al RPM no se materializó porque el administrador del referido fondo pensional no los sumó como tiempo efectivamente cotizado al incluir la novedad de “No Vinculado Trasladoado RAI”, (*archivo “01CertificadoSemanasCotizadas”, carpeta “02ExpedienteAdm...”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General

de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la DEMANDANTE, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues solo allegó el formulario de afiliación, y la sola firma de este documento por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores le informaron únicamente beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliada al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por sí solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener suma alguna. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia ni la indexación se adicionará la condena.

Igualmente, se modificará la orden dada a COLPENSIONES por cuanto se debe es reactivar la afiliación sin solución de continuidad y esta entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021,

y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, durante el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada a dicha Sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por **PORVENIR S.A.** con cargo a sus propios recursos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que las **DEMANDADAS** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y recibir a la demandante, sin solución de continuidad, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** los valores ordenados e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARLESVY CONSTANZA ROMERO CASTILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 0035 2019 00695 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 36-2017-00899-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 16 de enero de 2023, que absolvió a las **DEMANDADAS** de las pretensiones y se abstuvo de condena en costas (18:00 archivo “31ActaAudienciaSentencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 2 a 10, 37 a 38, 197 a 199 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).**

FERNANDO CARDENAS GAITÁN solicitó dejar sin efectos su traslado al RAIS, en consecuencia, ordenar el traslado de su CAIP, reactivar su vinculación al RPM y condenar a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez y en costas a la AFP.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 18 de junio de 1955, cotizó al ISS del 21 de abril de 1982 al 31 de octubre de 1997, que desde noviembre de 1997 se afilió a **PORVENIR S.A.**, siendo obligado por su empleador A.M. PERSONAL Y SERVICIOS S.A., sin contar con su aquiescencia ni recibir asesoría, existiendo vicios en el consentimiento, a la vez que la AFP omitió suministrar información

clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que tiene más de 1.820 semanas cotizadas y que el 27 de septiembre de 2017 solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y su solicitud de 2017. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y el **DEMANDANTE** tiene la carga de la prueba de acreditar los mismos, en todo caso, no es cierto que al 1° de abril de 1994 tuviera régimen de transición porque apenas tenía 39 años y 400 semanas cotizadas, tampoco puede retornar al RPM por la restricción de traslado por edad ni cumplir los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, tampoco existe vicio del consentimiento ni aplica el precedente de la H. CSJ porque el traslado al RAIS no generó perjuicio porque solo hay meras expectativas. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social públicas, saneamiento de nulidad y la genérica (Pág. 54 a 69 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado. Alegó que el **DEMANDANTE** suscribió libre y previa asesoría sobre las condiciones de los regímenes su vinculación a la AFP, ejerciendo su libertad de selección de régimen pensional, vinculación que cumple todos los requisitos legales para ser válida, naciendo el deber de asesoría hasta la Ley 1748 de 2014, en todo caso, se acogió al RAIS sin manifestar inconformidad, ni ejercer el retracto ni retornar al RPM antes de la restricción de traslado por edad, ni tener transición porque

no tenía 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, por el contrario, ratificó su decisión al reclamar la pensión de vejez a la AFP, la cual se reconoció con oficio 0200001147244600 del 23 de octubre de 2017 y es efectiva desde junio de ese año, siendo redimido el bono pensional, sin existir causa alguna de nulidad del traslado, así mismo, la pensión se otorgó como renta vitalicia inmediata y una compañía de seguros asumió su pago a cambio del saldo de la CAIP. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de la AFP, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del SGP, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica (Pág. 93 a 114 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

Mediante auto dictado en oralidad el 20 de enero de 2021, se vincularon como litisconsortes necesarios por pasiva a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES** y a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** (archivo “07Audiencia20210120”).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que no es administradora de pensiones, por ende, no reconoce ni paga derechos pensionales, de otra parte, el **DEMANDANTE** tiene la carga de la prueba de las razones alegadas contra la validez de su traslado al RAIS, en todo caso, ya esta pensionado por la AFP bajo renta vitalicia, reconocimiento irrevocable conforme el artículo 80 de la Ley 100 de 1993, cuya causación implicó la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional a cargo de la Nación conforme los Decreto 4712 de 2008, 192 de 2015 y 848 de 2019, sin que sea posible reversar dicho trámite, en todo caso, de haber condena, el afiliado debe reintegrar los valores reconocidos por bono tipo A modalidad 2, versión inicial y complementaria, debidamente indexados, ya que tendría derecho a un bono tipo B conforme el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997 y 17 del Decreto 3798 de 2003, compilados en el Decreto 1833 de 2016. Interpuso las excepciones de lo accesorio

tiene la suerte de lo principal, buena fe, prescripción y la genérica (archivos “11ContestacionMinisterioHacienda” y “18SubsnacionContestaciónMinHacienda”).

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado. Indicó que el 26 de octubre de 2017 expidió la póliza 94426 reconociendo renta vitalicia de pensión de vejez al **DEMANDANTE** como afiliado de **PORVENIR S.A.**, AFP que le contrató el seguro previsional para sus afiliados del fondo de pensiones obligatorias, pagando desde octubre de 2017 las mesadas. Interpuso las excepciones de inexistencia del perjuicio alegado, falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación demandada, buena fe, prescripción y la genérica (archivos “13ContestaciónSegurosAlfa” y “16SubsanacionContestacionSegurosAlfa”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (18:00 archivo “31ActaAudienciaSentencia”).

El 16 de enero de 2023, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor FERNANDO CÁRDENAS GAITÁN. SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente sentencia deberá CONSULTARSE con el Superior, a favor del extremo DEMANDANTE, según las reglas establecidas en el artículo 69 CPTSS. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS se debe dejar sin valor, ordenar el retorno al RPM, trasladar el saldo de la CAIP y reconocer la pensión de vejez por **COLPENSIONES** y demás pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP es responsable del deber de información suministrando al potencial afiliado los elementos de juicio que le permitan de forma clara y objetiva escoger la mejor opción de

mercado, carga vigente desde la creación de las AFP, que debía explicar las consecuencias del traslado, so pena que sea ineficaz el traslado al RAIS, no obstante, la H. CSJ ha indicado que dicha postura jurisprudencial no aplica al pensionado, conforme la sentencia SL373 de 2021, porque éste causó una situación jurídica consolidada y consumada que no se puede revertir, de otra parte, no se solicitó la indemnización de perjuicios y, en todo caso, estos están prescritos porque desde el reconocimiento pensional y la notificación de los últimos litisconsortes necesarios por pasiva trascurrió más de 3 años.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Afirmó que en la jurisdicción laboral es costumbre cambiar el sistema de justicia continental por la doctrinaria, en el sentido de que la Corte fija los parámetros de la Ley y no la propia Ley como mandan los principios de la democracia y la república. Alegó que no existió pensión anticipada en el RAIS porque se reconoció a los 63 años en 2017, la cual reclamó por ser el único medio para garantizar su mínimo vital y subsistencia, más aún cuando la falta de celeridad de la justicia conllevó a que el proceso se resolviera luego de muchos años, por la vinculación de litisconsortes necesarios que no lo eran porque el traslado solo fue entre el RPM y el RAIS, por tanto, ante la falta de asesoría de la AFP y por no haber prescripción, la Juez debió usar sus facultades y ordenar las indemnizaciones, las cuales son fácilmente calculables en cuanto lo que dejó de percibir el afiliado, quien recibe una pensión de 1 smlmv cuando cotizaba por más de 3 smlmv (21:06 archivo “31ActaAudienciaSentencia”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Por su parte, **COLPENSIONES** otorgó poder a la firma World Legal Corporation

S.A.S., identificada con NIt 900.390.380, quien a través de su representante legal sustituyó poder al doctor Gustavo Borbón Morales, identificado con CC 1.069.727.701 y TP 293.864 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo. A su vez, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar el fallo. El apoderado de **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** solicitó confirmar el fallo. Agotado el término, la apoderada de la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.** y demás pretensiones, o la viabilidad de ordenar la indemnización de perjuicios, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **FERNANDO CARDENAS GAITÁN** nació el 18 de junio de 1955 (Pág. 17 archivo “01ExpedienteDigitalizado”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 21 de abril de 1982 al 31 de octubre de 1997 (carpeta “1.1ExpedienteAdministrativo”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 24 de septiembre de 1997, efectivo a partir del 1º de noviembre de 1997, donde solicitó la emisión de bono pensional el 22 de mayo de 2017 y el 17 de julio de 2017 reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez y presentó autorización de contratación de renta vitalicia, siendo notificado el 23 de octubre de

2017 del reconocimiento de la misma como renta vitalicia a través de la aseguradora **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, prestación cuyo pago disfruta desde octubre de 2017 (Pág. 121 a 123, 155, 162 a 189, 193 a 194 archivo “01ExpedienteDigitalizado”, Pág. 8 a 11 archivo “13ContestaciónSegurosAlfa”).

- Sobre la improcedencia de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de personas ya pensionadas.

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha creado la regla jurisprudencial de que el incumplimiento por parte de la AFP de su deber de información imposibilita el correcto ejercicio de la libertad de selección de régimen pensional, lo cual conlleva a la ineficacia del traslado de régimen pensional conforme el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, conforme lo indicado por el Órgano de Cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en las sentencias SL Rad. 31.989 del 09 de septiembre de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL3464 de 2019, SL4803 de 2021, SL5280 de 2021, SL5292 de 2021, SL5686 de 2021, SL1055 de 2022, SL2929 de 2022, entre otras.

Sin perjuicio de lo anterior, la propia H. CSJ ha desarrollado la subregla jurisprudencial de que es improcedente declarar ineficaz el traslado de régimen pensional de personas ya pensionadas, a través de las sentencias SL373-2021, SL1309-2021, SL3535-2021, SL3707-2021, SL5169-2021, SL5172-2021, SL5174-2021, SL5686-2021, SL5688-2021, SL5704-2021, SL655-2022, SL1108-2022, SL1113-2022, SL1498-2022, SL1577-2022, SL2159-2022, SL2160-2022, SL2176-2022, entre otras.

La sentencia hito de la precitada subregla jurisprudencial, a saber, la sentencia SL373 de 2021, advirtió la imposibilidad de dar alcance a los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales al pensionado, porque ya hay una situación jurídica consolidada cuyas consecuencias no pueden retrotraerse, por tanto, solo procede demandar el resarcimiento de perjuicios conforme el

artículo 10 del Decreto 720 de 1994, para efectos de imponer a la AFP el pago de una renta periódica en los mismos términos que se habría hecho en el régimen de prima media con prestación definida.

Por su parte, en la sentencia SL3707 de 2021, la H. Corte Suprema de Justicia señaló que un pensionado no puede beneficiarse de la ineficacia del traslado de régimen pensional, porque su estatus de pensionado es una situación jurídica ya consolidada que no se puede retrotraer, so pena de causar disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones e intereses de terceros y del Sistema General de Pensiones en su conjunto, por ejemplo, los bonos pensionales ya redimidos deberían ser reversados, lo cual no es factible porque el capital ya perdió su integralidad y se afecta a la Nación y otras entidades contribuyentes que participan en dichos títulos de deuda pública, se generan situaciones problemáticas por el déficit financiero causado por la pensión anticipada, el uso de los excedentes de libre disposición, la anulación de operaciones, actos y contratos entre afiliado, aseguradoras, AFP y entidades oficiales inversionistas, motivo por el cual revertir el estatus de pensionado implicaría necesariamente afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del Sistema y causaría un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, sería del caso considerar que no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, la **AFP DEMANDANTE** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional.

No obstante, no es viable declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, porque se acreditó que el **DEMANDANTE** solicitó y obtuvo el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de **PORVENIR S.A.**, a través de la modalidad de renta vitalicia pagada por **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, siendo cobijado por la subregla jurisprudencial de la H. CSJ sobre la imposibilidad de declarar ineficaz su traslado al RAIS de quien ya el estatus jurídico de pensionado de dicho régimen, tal y como se indicó en las sentencias SL373-2021, SL1309-2021, SL3535-2021, SL3707-2021, SL5169-2021, SL5172-2021, SL5174-2021, SL5686-2021, SL5688-2021, SL5704-2021, SL655-2022, SL1108-2022, SL1113-2022, SL1498-2022, SL1577-2022, SL2159-2022, SL2160-2022, SL2176-2022, entre otras.

Esta Corporación comparte la posición jurisprudencial de la H. CSJ, porque no es posible revertir la calidad de pensionado del RAIS, situación jurídica que ya esta consolidada, so pena de causar graves disfuncionalidades y afectar las obligaciones, derechos y aspectos jurídicos de las diferentes personas y entidades que intervienen en el Sistema General de Pensiones, sin que le asista razón al apoderado del **DEMANDANTE** de considerar que el conflicto se reduce a las administradoras de pensión del RAIS y RPM, porque olvida que para la causación de la pensión de vejez por renta vitalicia intervienen múltiples instituciones, como la Nación a través de la **OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y la compañía de seguros que expide la póliza de renta vitalicia que materializa el reconocimiento de la renta vitalicia, la cual sea dicha, es irrevocable conforme el artículo 80 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, se rechazan las suplicas de acceder a la indemnización de perjuicios, por cuanto ni en la demanda, ni en su reforma, el apoderado del **DEMANDANTE** reclamó su reconocimiento y solo hasta su recurso de apelación contra el fallo de primera instancia solicitó el reconocimiento de aquella, sin que aquel momento fuera el instante procesal para incluir nuevas reclamaciones a la litis.

En cuanto el reclamo de que la *a quo* pudo utilizar sus facultades para declarar la indemnización de perjuicios, basta considerar que las normas que regulan la ineficacia de traslado de régimen pensional por omisión del deber de información son distintas a las normas que regulan la reclamación de perjuicios por incumplimiento del deber de información, tal y como se indicó en la sentencia SL655 de 2022, siendo acciones independientes entre sí que pueden ejercerse de manera simultánea o por separado, sin que la una sea presupuesto o requisito de la otra, motivo por el cual el *a quo* no podía asumir la omisión del apoderado del **DEMANDANTE** de no reclamar la indemnización de perjuicios.

Nótese como el apoderado de la parte actora ni elevó pretensión, hecho, prueba o fundamento de derecho alguno encaminado a señalar que su cliente estaba pensionado con anterioridad a la presentación de la demanda, omitiendo todo esfuerzo para demostrar el perjuicio patrimonial cuyo reconocimiento alegó solo hasta el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

En todo caso, la *a quo* indicó, de forma acertada, que aún en el evento en que se hubiera discutido y probado el perjuicio derivado de la imposibilidad de retornar al RPM por el **DEMANDANTE**, la acción judicial para reclamar la indemnización estaría prescrita.

La H. CSJ ha considerado que el término prescriptivo para solicitar por vía judicial la indemnización de perjuicios por la imposibilidad del pensionado de retornar del RAIS al RPM se cuenta desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, tal y como ha sido señalado en las sentencias SL373 de 2021 y SL1577 de 2022.

Al plenario se aportó la comunicación del 23 de octubre de 2017 informando el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia, mes en el cual inició el pago de la mesada por parte de la compañía de seguros (Pág. 193 a 194 archivo

“01ExpedienteDigitalizado”, Pág. 8 a 11 archivo
“13ContestaciónSegurosAlfa”).

Así las cosas, si bien desde el reconocimiento de la pensión de vejez en octubre de 2017 y la radicación de la demanda el 13 de diciembre de 2017 (Pág. 34 archivo “01ExpedienteDigitalizado”) no había transcurrido el término trienal de prescripción señalado en los artículos 488 CST y 151 CPTSS, también lo es que la demanda se dirigió exclusivamente contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, sin que el apoderado de la parte actora llamara a juicio ni al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** ni a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, desconociendo el evidente intereses que a dichas partes les asistía en la litis y que solo era posible resolver la cuestión con la comparecencia de los mismos, había cuenta que el primero pagó el bono con el cual se financió parte de la pensión y el segundó emitió la póliza de renta vitalicia, por lo cual fue el Juez quien tuvo que corregir dicha omisión vinculándolos como litisconsortes necesarios por pasiva por auto proferido en oralidad en audiencia del 20 de enero de 2021, esto es, luego de 3 años del reconocimiento pensional.

Como quiera que la vinculación de los litisconsorte por pasiva ocurrió luego de 03 años de la demanda, la radicación de la misma no generó la interrupción de la prescripción, por cuanto el artículo 94 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS, indica que la presentación de la demanda interrumpe la misma siempre y cuando el auto admisorio de aquella se notifique al demandado dentro del término de 1 año contado a partir de la notificación de dicha providencia al **DEMANDANTE** y pasado tal término, la interrupción se producirá con la notificación del **DEMANDADO**, configurando la excepción.

Resuelto todos los motivos de inconformidad, no encuentra esta Sala mérito para acceder a las suplicas del recurso de apelación, por lo cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

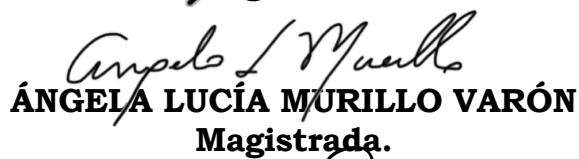
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.37-2017-00538-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 11 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de **TEODOLFO POLO MAHECHA**, a partir el 12 de mayo de 2012, junto con el correspondiente retroactivo pensional, indexación y costas procesales (*Min. 18:56, archivo “11001310503720170053800 L110013105037CSJVirtual_02...”, carpeta “Audios*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

TEODOLFO POLO MAHECHA llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y retroactivo pensional a partir del 11 de octubre de 1999.

Fundamentó sus pretensiones en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santafé de Bogotá, el 11 de octubre de 1999, le calificó una PCL del 75%; que el ISS a través de Resolución No. 002327 de 2006 le reconoció pensión de invalidez a partir del 23 de junio de 2006 y un retroactivo pensional por la suma de \$93.350.000, pero posteriormente COLPENSIONES a través de memorando del 10 de enero de 2013 le informó que no se le había reconocido una pensión de invalidez sino una indemnización sustitutiva por valor de \$680.446; que el 12 de mayo de 2015 le solicitó a dicha entidad el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue resuelta de manera negativa mediante Resolución GNR 356756 del 11 de noviembre de 2015, y que padece de artritis reumatoidea, gonartrosis primaria bilateral y epilepsia desde antes de octubre de 1999 (*pág. 4 a 11, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la reclamación administrativa y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica y (*pág. 71 a 75, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 18:56, archivo “11001310503720170053800
L110013105037CSJVirtual_02...”*).

El 11 de enero de 2022, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de invalidez al señor TEODOLFO POLO

*MAHECHA en los términos expuestos en la parte motiva de esta decisión de conformidad con lo dispuesto a la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por la Ley 860 de 2003, efectiva a partir del 12 de mayo de 2012 teniendo como mesada inicial para el reconocimiento una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. **SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que reconozca y pague a favor del demandante señor TEODOLFO POLO MAHECHA por concepto de las mesadas por la pensión de invalidez la suma equivalente a \$92.618.837 calculada desde el 12 de mayo de 2012 hasta el día 30 de enero de 2022, se autoriza a la entidad demandada para que de dicho valor realice los descuentos que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud y así mismo deberá reconocer dicho retroactivo de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas pensionales hasta que se realice el pago efectivo de la obligación. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la demandada, para tal efecto fijo como agencias en derecho la suma equivalente a 3 SMMLV. **CUARTO: ORDENO** REMITIR el presente proceso ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES”.*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez junto con su correspondiente retroactivo.

Para resolver indicó que conforme con la prueba pericial practicada en el proceso y la fecha de estructuración establecida en la misma, TEODOLFO POLO MAHECHA no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Sin embargo, dijo que le resultaba relevante el estudio de la prestación según la fecha de estructuración aceptada por COLPENSIONES en la contestación de la demanda conforme al dictamen No.201317041BB del 08 de julio de 2013 donde se le determinó una PCL del 67.04% con fecha de estructuración 18 de diciembre de 2011 y que si bien dicho documento no obra en el expediente administrativo, se tiene como prueba de confesión judicial para el estudio de la prestación, por lo cual desde la fecha de estructuración el actor acreditó 154.27 semanas efectivamente cotizadas a COLPENSIONES, acreditando los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Finalmente indicó que igual el reconocimiento pensional sería procedente toda vez que el actor conservó una capacidad laboral residual a pesar de su enfermedad degenerativa, que conforme a ello para determinar la fecha de estructuración esta corresponde a la última cotización realizada o a la fecha del dictamen o la fecha de solicitud pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia solicitando se revoque en su integridad. Adujo que conforme al dictamen elaborado por la EPS CONVIDA, el demandante durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez no ostenta ninguna cotización; además, que el documento que sustenta el fallo, relacionado con una evaluación donde se le determinó al actor una PCL de 64%, no se encuentra en el proceso y que el mismo debería estar acreditado para poder tenerlo en cuenta a la hora de proferir sentencia (*min. 22:08 archivo “11001310503720170053800 L110013105037CSJVirtual_02...”*).

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020 las partes no presentaron alegatos de conclusión.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si a **TEODOLFO POLO MAHECHA** le asiste derecho a la pensión de invalidez junto con su correspondiente retroactivo e indexación.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) TEODOLFO POLO MAHECHA** nació el 23 de enero de 1960 (*pág. 39, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*); **ii)** presentó solicitud de pensión de invalidez ante COLPENSIONES el 12 de mayo de 2015 (*pág. 18, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*), la cual fue resuelta mediante Resolución GNR 356756 del 11 de noviembre de 2015 (*pág. 23 a 25, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*); **iii)** el actor cotizó un total de 729.14 semanas en toda su vida laboral (*pág. 66 a 70 archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*); **iv)** el ISS hoy Colpensiones a través de dictamen del 10 de diciembre de 1998 le determinó al demandante una PCL del 56.1% con fecha de estructuración 27 de febrero de 1996 por el diagnóstico de *Artritis Reumatoidea clase funcional III-IV* (*pág. 85 a 86, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*); **v)** la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santafé de Bogotá a través de dictamen del 15 de abril de 1999 le determinó una PCL del 77.4%, sin fecha de estructuración (*pág. 87 a 88, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*); **vi)** y la EPS CONVIDA en dictamen del 04 de junio de 2021 le determinó al accionante una PCL del 88.53% con fecha de estructuración 14 de septiembre de 2020 por las patologías de artritis reumatoidea y

síndrome convulsivo epilepsia no controlada (*pág. 261 a 271 archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*).

- **Sobre la pensión de invalidez.**

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de forma pacífica y reiterada ha indicado que la norma aplicable a la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez, salvo en los eventos de la condición más beneficiosa, tal y como reafirmó recientemente en las sentencias SL4567 de 2019, SL4020 de 2019, SL1010 de 2020, SL1018 de 2020, entre otras.

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993 establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *ibidem*, fueron modificados por la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar un 50% de pérdida de capacidad laboral y haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

- **Sobre la capacidad laboral residual**

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que en tratándose de enfermedades originadas en contingencias relacionadas con enfermedades catalogadas como crónicas, degenerativas o congénitas resulta válido contabilizar las semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez tales como i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización; lo anterior, por cuanto resulta razonable entender que, dadas las características especiales de estas patologías, y la manera en que cada una de ellas puede exteriorizarse y tener repercusión en la salud de la persona, la misma puede darse o presentarse en las oportunidades antes anotadas y hacerse notoria su

manifestación en la integridad del afiliado (a), impidiéndole o limitándola ser laboralmente productiva, y de contera, generando la condición invalidante (*SL 781 de 2021, SL 1172 de 2021 y SL3480 de 2022*).

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que para que sea procedente el conteo de semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez se requiere que las cotizaciones realizadas con posterioridad sean producto de una verdadera capacidad laboral que le permita al afiliado desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar (*SL 782 de 2021 y SL 2332 de 2021*). Idéntico razonamiento se plasmó en la sentencia SU-588 de 2016 por parte de la Corte Constitucional.

- **Sobre la confesión por apoderado judicial de una entidad publica**

La confesión por apoderado judicial se encuentra regulada en el artículo 193 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso – CGP, aplicable en virtud del artículo 145 del CPTSS, y será válida únicamente cuando el profesional del derecho haya recibido autorización de su poderdante. A su vez, el artículo 195 *ibidem* indica que en tratándose de personas jurídicas de derecho público no valdrá la confesión de sus representantes legales.

Por tanto, la citada normativa le resto eficacia probatoria a la confesión derivada de los representantes de cualquier entidad pública, luego de lo cual cualquier manifestación realizada en la contestación de demanda por parte del apoderado judicial de las referidas entidades, no puede ser válida y tampoco constituir la razón de la decisión (CSJ SCC STC14200 de 2019).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio resulta claro para la Sala que la presunta confesión judicial plasmada en la contestación de la

demanda presentada por COLPENSIONES, en la cual se hace alusión al dictamen No.201317041BB del 08 de julio de 2013 donde se supone que se le determinó a TEODOLFO POLO MAHECHA una PCL del 67.04% con fecha de estructuración 18 de diciembre de 2011 (*pág. 71 a 75 archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*), no puede ser tenida en cuenta como una confesión judicial, por estar expresamente prohibida en el artículo 195 del CGP; en consecuencia, si los representantes legales de las entidades públicas no están facultados para confesar, mucho menos sus apoderados judiciales.

Lo anterior cobra mayor relevancia en la medida en que al revisar el proceso, así como el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES (*carpeta “cd 62 Expediente Administrativo”*), no obra prueba de la existencia de dicho dictamen y mucho menos se hace alusión en los actos administrativos que expidió el referido fondo de pensiones. Con ese fin, esta Sala en providencia del 10 de noviembre de 2022 requirió a la demandada para que allegara copia del citado dictamen de pérdida de capacidad laboral, que se dice fue practicado al demandante y que se mencionó en la contestación de la demanda.

En cumplimiento de esa orden, el Director de Procesos Judiciales de COLPENSIONES, en comunicación del 7 de febrero de 2023, remitió copia del expediente administrativo con la aclaración de que son los únicos documentos que reposan en la entidad (*pág. 1 y 2, archivo “05RespuestaColpensiones”, cuaderno de segunda instancia*). Al revisar los documentos que se adjuntaron (*carpeta “5.1Anexos”*), que consta de 78 elementos, no aparece la calificación que se menciona en la contestación de la demanda.

Por lo tanto, al no haberse adosado al presente expediente y al no existir certeza sobre la expedición de este dictamen, el mismo no puede ser tenido en cuenta para otorgar el derecho a la pensión de invalidez, por lo que estuvo desacertada la decisión del *a quo* al impartir condena con base en un documento inexistente.

Ahora bien, atendiendo a que el derecho pensional no puede otorgarse bajo una presunta confesión judicial, procede la Sala a estudiar si a **TEODOLFO POLO MAHECHA** le asiste derecho a la pensión de invalidez.

Conforme con el haz probatorio, a **TEODOLFO POLO MAHECHA** se le practicaron los siguientes dictámenes de pérdida de capacidad laboral:

- a. Dictamen del 10 de diciembre de 1998 expedido por el ISS hoy COLPENSIONES, en el cual se le determinó al demandante una PCL del 56.1% con fecha de estructuración 27 de febrero de 1996 por la patología *Artritis Reumatoidea clase funcional III-IV* (pág. 85 a 86, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”),
- b. Dictamen del 15 de abril de 1999 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santafé de Bogotá, donde se le determinó al demandante una PCL del 77.4%, sin establecer una fecha de estructuración (pág. 87 a 88, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”) y
- c. Dictamen del 04 de junio de 2021 expedido por la EPS CONVIDA que le estableció al demandante una PCL del 88.53% con fecha de estructuración 14 de septiembre de 2020 por las patologías *artritis reumatoidea y síndrome convulsivo epilepsia no controlada* (pág. 261 a 271, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”).

Frente al dictamen expedido por el ISS hoy COLPENSIONES el 10 de diciembre de 1998, donde se estableció que el demandante tiene una PCL del 56.1% con fecha de estructuración 27 de febrero de 1996 por la patología *artritis Reumatoidea clase funcional III-IV* (pág. 85 a 86 archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”), para la época, además del estado invalidante, el artículo 39 primigenio de la Ley 100 de 1993 requería acreditar 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca dicho estado. En este caso, desde el 28 de febrero de 1995 hasta el 27 de febrero de 1996, fecha de su

estructuración, TEODOLFO POLO MAHECHA, no efectuó aportes al sistema pensional, administrado en ese tiempo por el Instituto de Seguros Sociales, pues antes de ese periodo su última cotización fue para el mes de octubre de 1989, por lo que bajo esta premisa normativa no causó derecho pensional alguno.

En aplicación del principio de la condición más beneficiosa, esto es, reviviendo las exigencias previstas en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, TEODOLFO POLO MAHECHA no acredita el mínimo de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración (27 de febrero de 1996), esto es, 150 semanas en los 6 años anteriores a dicha fecha o 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo antes del estado invalidante, pues tal solo acredita 192.86 semanas entre el 9 de octubre de 1984 y el 17 de octubre de 1989.

Respecto del segundo dictamen practicado el 15 de abril de 1999 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santafé de Bogotá, donde se determinó una PCL del 77.4% por el diagnostico de *afección reumática articular inflamatoria*, pero no se estableció una fecha de estructuración (*pág. 87 a 88, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*), si se toma la fecha de expedición para el estudio del derecho pensional, no se encuentran los presupuestos exigidos por la normatividad para aquella calenda (*artículo 39 primigenio de la Ley 100 de 1993*), puesto que desde el 18 de octubre de 1989 hasta el 30 de abril de 2001, no efectuó ninguna cotización al sistema pensional.

Ahora, para que se tengan en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez, se requiere que la patología sea calificada como crónica, degenerativa o congénita y que los aportes sufragados sean producto de su capacidad laboral residual. Para el caso del demandante, y de acuerdo con ese primer dictamen, la enfermedad que limita su capacidad laboral es *artritis reumatoidea clase funcional III-IV*, dolencia que conforme la Guía de Práctica Clínica para la Detección Temprana, Diagnóstico y Tratamiento de la Artritis Reumatoidea, expedida por el Ministerio de la Salud y la Protección

Social en el 2014¹, es de carácter crónico, por lo que las semanas cotizadas con posterioridad al 27 de febrero de 1996 podrían, en principio, ser consideradas para la causación del derecho pensional.

Conforme con la historia laboral, el actor cotizó un total de 729.14 semanas en toda su vida laboral (*pág. 66 a 70 archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*) y con posterioridad al 27 de febrero de 1996 cotizó un total de 536.3 semanas entre el 01 de mayo de 2001 al 31 de enero de 2013, a través del régimen subsidiado. Si bien el demandante presenta cotizaciones con posterioridad a la estructuración de la invalidez, las mismas no fueron cotizadas producto de una capacidad laboral residual que le permitiera laborar y cotizar a pesar de su condición de salud, sino que fueron realizadas en virtud del régimen subsidiado en pensiones, lo que descarta su sumatoria para la consolidación de la prestación que se reclama.

Y si se estudia la prestación pensional con la fecha de estructuración determinada por la EPS CONVIDA, 14 de septiembre 2020, donde le calificó a TEODOLFO POLO MAHECHA una discapacidad del 88.53%, (*pág. 261 a 271 archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*), tampoco se cumplen los presupuestos normativos previstos en los artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, por cuanto en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, esto es, entre el 14 de septiembre de 2017 al 14 de septiembre de 2020 no presenta cotizaciones al sistema pensional.

Es importante resaltar que en numerosas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la existencia de una experticia emitida por alguna de las entidades competentes en el procedimiento de determinación de invalidez en el sistema de seguridad social no es vinculante ni ata al juez al momento de resolver en sede jurisdiccional las controversias que se susciten respecto al mismo (SL4571-2019, SL1958-2021 y SL3008-2022).

¹ <https://bit.ly/2Wbkf0b>.

Por eso, y en virtud de que no se desconoce el estado de salud del demandante, que lo hace un sujeto de especial protección constitucional, la Sala revisó cada uno de los medios de prueba aportados por las partes, sin que los mismos sean suficientes para modificar o establecer una fecha de estructuración diferente a las fijadas por las entidades que lo calificaron.

En efecto, en principio la fecha de estructuración por la enfermedad de artritis reumatoidea, podría retrotraerse a la fecha en que aparecieron los síntomas, según lo consignado en los mismos dictámenes y en la propia historia clínica. En la calificación realizada por el ISS el 10 de diciembre de 1998, se consignó que *“PACIENTE CON CUADRO CLÍNICO DE ARTRITIS REUMATOIDEA DE MÁS DE 10 AÑOS DE EVOLUCIÓN CON COMPROMISO MULTIARTICULAR, DEFORMIDAD Y DOLOR CON MANEJO FARMACOLÓGICO, ANALGÉSICOS, CORTICOIDES Y OTRAS...”*, aspecto que se corrobora con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santafé de Bogotá el 15 de abril de 1999, donde se indicó como antecedente frente a esta enfermedad *“Según copia de Historia Clínica, el proceso clínico se inicia en Diciembre de 1988”*. Y en el estudio realizado por EPS CONVIDA se indicó que la artritis reumatoidea fue diagnosticada en el año 1987.

Lo anterior por cuanto, precisamente, al ser la *artritis reumatoidea* una enfermedad de carácter crónica y degenerativa, según lo consignado en los citados dictámenes, pudo desencadenar en la pérdida paulatina de la capacidad laboral de TEODOLFO POLO MAHECHA y su estado de salud, lo que conllevó posiblemente a la pérdida de oportunidades para la consecución de empleo y el enganche al mercado laboral, pues dejó de prestar servicios subordinados con derecho a cotización al sistema pensional a partir de octubre de 1989, es decir, meses después del inicio de los síntomas. Sin embargo, tales supuestos no se encuentran plenamente demostrados en el juicio, aspecto que debió acreditarse, por cuanto según el concepto emitido por el ISS, tan solo a partir del 27 de febrero de 1996 se estructuró la

invalidez del demandante, aspecto que se corrobora con la valoración por interconsulta realizada por la Dra. Leonor Chapal, el 2 de febrero de 2021, donde se indicó que esa enfermedad le produjo al actor dependencia funcional en el año 1996 (*pág. 265, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*).

Y respecto del *síndrome convulsivo epilepsia no controlada*, calificada por EPS CONVIDA, según valoración neurológica realizada el 14 de octubre de 2020, los primeros antecedentes de epilepsia sufridos por TEODOLFO POLO MAHECHA aparecieron a los 37 años edad (*pág. 267, archivo “Proceso Ordinario.2017-00538”*), es decir, en el año 1997, análisis que descarta el establecimiento de una fecha de estructuración diferente a las mencionadas en la presente providencia, para el estudio de la causación de la pensión de invalidez.

Finalmente, no aparece en el expediente administrativo la Resolución 002327 de 7 de marzo de 2006 suscrita y debidamente notificada a la parte interesada, que demostrara que el reconocimiento pensional efectuado en el citado administrativo nació a la vida jurídica y surtió sus plenos efectos, aspecto que fue negado durante todo el proceso por COLPENSIONES, lo que descarta el razonamiento efectuado en la demanda.

Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y absolverá a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones.

Sin costas en ambas instancias.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39-2021-00249-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 28 de noviembre de 2022 que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** (35:10 archivo “15VideoAudienciaSentencia20221128”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 17 archivo “01DemandaAnexos”).**

NANCY ARTUNDIAGA BERRIO solicitó declarar nulo, ineficaz o inexistente el traslado al RAIS y ordenar el traslado de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultras y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 26 de marzo de 1963, se afilió al ISS desde el 10 de octubre de 1984 y cotizó 652 semanas, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** AFP que no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría

sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 04 de marzo de 2021 solicitó a la AFP proyección de su mesada y la nulidad de su traslado, lo cual rechazó, por su parte, **COLPENSIONES** negó su retorno al RPM desde el 10 de diciembre de 2020.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que negó la nulidad del traslado. Indicó que brindó asesoría integral y completa al afiliado, quien de manera libre y espontánea se vinculó a la AFP tras conocer las características de ambos regímenes, en todo caso, no hay lugar al traslado de los gastos de administración. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a la AFP, prescripción, compensación, pago y la genérica (Pág. 4 a 22 archivo “06ContestacionColfondos20220204”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su vinculación al ISS y que negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, no obstante, el afiliado incumplió la carga de probar las irregularidades alegadas en la demanda y no puede retornar por la restricción de traslado por edad y no cumplir lo dicho en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, indemnización ni intereses moratorios por administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 3 a 46 archivo “07ContestacionColpensiones20220602”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (35:10 archivo “15VideoAudienciaSentencia20221128”).

El 28 de noviembre de 2022, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante, la señora NANCY ARTUNDUAGA BERRÍO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual fue ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, de haberse redimidos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos emolumentos debidamente indexados. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que se habla en el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas. QUINTO: INFORMARLE a COLPENSIONES que pueden acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que puede causar y esto en contra de COLFONDOS. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a COLFONDOS, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000). SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por cuanto esta sentencia tiene órdenes a cargo de COLPENSIONES. OCTAVO: como medida de saneamiento se reconoce personería jurídica al abogado JUAN PABLO MELO ZAPATA. (...)”.

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS tiene efectos jurídicos y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que conforme la H. CSJ, la AFP tiene el deber de informar al potencial afiliado las características, condiciones de acceso, riesgos y efectos de cada régimen y la eventual pérdida de beneficios, lo cual garantiza el consentimiento informado necesario para ejercer la libertad de selección de régimen, carga que no se acredita con la sola firma del formulario de afiliación y como la AFP no acreditó que cumplió diligentemente dicho deber, declaró la ineficacia.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que la **DEMANDANTE** no cumple los requisitos para el traslado de

régimen conforme los preceptos legales y jurisprudenciales aplicable al caso (37:14 archivo “15VideoAudienciaSentencia20221128”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Paola Alejandra Moreno Vásquez, identificada con CC 1.030.536.323 y TP 217.803 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha, quien solicitó revocar el fallo alegando que no es posible el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, ni se acreditó causal de nulidad y la condena afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los

gastos de administración, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **NANCY ARTUNDIAGA BERRIO** nació el 26 de marzo de 1963 (Pág. 19 archivo “01DemandaAnexos”); **ii)** la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 10 de octubre de 1984 al 29 de febrero de 2000, cotizando 652,43 semanas (Pág. 69 a 73 archivo “07ContestacionColpensiones20220602”); **iii)** la **DEMANDANTE** se traslado del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 25 de mayo de 2000, AFP donde permanece vinculada (Pág. 67 archivo “07ContestacionColpensiones20220602”).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia,

mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica,

ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados

desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que los asesores de la **AFP DEMANDADA** indicaron que el ISS iba a liquidarse y debía trasladarse al RAIS, sin conocer ni recibir asesoría sobre las consecuencias de tal decisión, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP**

DEMANDADA deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

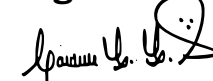
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NANCY ARTUNDIAGA BERRIO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

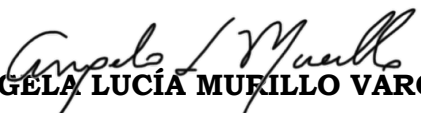
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2021 00249 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.01-2020-00161-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **AFP PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 24 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante, ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor, sin descuesto alguno, debidamente indexados, autorizó a COLPENSIONES a obtener por las vías legales los perjuicios que pudiera sufrir y no impuso costas a ninguna de las partes (*min. 01:40:05, archivo “09AudienciaArt77-80”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

NYDIA ALICIA NIÑO MORENO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación y el traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS y, en consecuencia, solicita se ordene su regreso automático a **COLPENSIONES**, sin solución de continuidad, y se condene

a la AFP **PORVENIR** a devolver la totalidad de las sumas que recibió con ocasión del traslado, incluidos el capital, aportes, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros que se hubieren causado, frutos e intereses y el porcentaje de los gastos de administración. Adicionalmente, que se condene a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita* y costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 23 de mayo de 1958 y estando afiliada al ISS, se trasladó al RAIS a través de PORVENIR el 1° de diciembre de 2000, donde se encuentra actualmente; indica que la AFP no cumplió en su momento con el deber de información y la debida diligencia, pues no le explicaron las condiciones del traslado, sus ventajas, desventajas y las consecuencias negativas que le podría traer, por lo que considera que la indujeron en error; que en el año 2019 solicitó una asesoría y simulación pensional a las demandadas, la respuesta de PORVENIR fue que tendría derecho a una mesada de \$828.116 y si bien COLPENSIONES no atendió su solicitud, una proyección aproximada de su pensión en el RPM ascendería a \$2.760.000; que por tal razón, presentó las correspondientes reclamaciones administrativas pidiendo la nulidad e ineficacia del traslado, las cuales fueron respondidas de forma desfavorable (*pág. 94 a 109 y 116 a 123, archivo “01CuadernoPrincipal”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante en el ISS, la proyección de mesada pensional realizada por PORVENIR y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento*, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (*pág. 190 a 205, archivo “01CuadernoPrincipal”*).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 214 a 243, archivo “01CuadernoPrincipal” y pág. 1 a 30, archivo “03ContestacionPorvenir”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:40:05, archivo “09AudienciaArt77-80”)

El 24 de noviembre de 2022, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora NIDYA ALICIA NIÑO MORENO, identificada con la C.C. No.51.560.138, a través del fondo administrado por PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora NIDYA ALICIA NIÑO MORENO, identificada con la C.C. No.51.560.138 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora NIDYA ALICIA NIÑO MORENO, identificada con la C.C. No 51.560.138 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a la administradora de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. **CUARTO: DECLARAR** que la demandada COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **QUINTO: Respecto** a la pensión de vejez de la demandante, deberá acreditar su desafiliación del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional, conforme a lo indicado en la parte motiva de la presente decisión. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme a lo indicado en la parte motiva de la presente decisión. **SÉPTIMO: Sin costas** para ninguna de las partes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si había lugar a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del RPM al RAIS y si, consecuencia de ello, se debía ordenar el retorno al RPM, junto con la devolución del capital, aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros que se hubieren causado, junto con los intereses y el porcentaje de los gastos de administración, y si procedía el reconocimiento de la pensión de vejez.

Para resolver, el Juez indicó que, al revisar las pruebas aportadas y recaudadas, si bien la demandante no fue constreñida para realizar el traslado del RPM al RAIS, si se adoleció de la información suficiente en tanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con libertad su traslado de régimen, carga que le correspondía a **PORVENIR**, aspecto que era de vital importancia para la correcta elección del afiliado, por lo que en virtud de las sentencias de la SL de la CSJ y ante al incumplimiento del fondo de pensiones, situación que permaneció durante todo el tiempo de su afiliación, procedía la declaratoria de ineficacia que implica privar de todo efecto el traslado. Frente a la pensión de vejez señaló que le corresponde a **COLPENSIONES** su reconocimiento una vez el afiliado acredite los requisitos y la desafiliación del sistema pensional.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial frente al ordinal tercero por la orden de devolver las sumas debidamente indexadas. Adujo que a través de la sentencia SL9316 de 2006 la Corte Suprema de Justicia precisó el alcance de la indexación, por lo que si se tiene en cuenta la responsabilidad del fondo de pensiones de generar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro de los afiliados, resulta incongruente esta orden porque los ahorros de la demandante no se vieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y contrario a ello **PORVENIR**, por su administración, le garantizó rendimientos mínimos establecidos en la Ley, que son muy superiores a los que se le hubiesen generado en el RPM, lo que descarta la indexación, como lo ha entendido el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia del 21 de junio de 2022, radicado 2021-111 y el Tribunal Superior de Cali, radicado

2022-234 del 25 de julio de 2022, entre otros, siendo ello así considera que la condena implica una doble sanción (*min. 01:43:10, archivo “09AudienciaArt77-80”*).

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Señaló que **NYDIA ALICIA NIÑO MORENO** se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR, presentó la solicitud de traslado del RAIS al RPM solo hasta el año 2019, cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por lo que no puede utilizar su propia culpa para beneficiarse; que el Decreto 692 de 1994, artículo 11, establece que la selección del régimen pensional implica las aceptaciones de las condiciones de éste e incluye los datos que debe contener el formulario, de modo que le correspondía a la parte actora desvirtuar la buena fe del fondo privado, que se presume en virtud del artículo 83 Constitucional; que la demandante no formuló dudas o inquietudes al momento del traslado y solo las adujo cuando realizó la solicitud de regresarse al RPM; que el traslado también genera obligaciones recíprocas, teniendo el afiliado obligaciones frente a la AFP, conforme con el Decreto 2241 de 2010; además, la permanencia de la accionante en el RAIS evidencia que aceptó y acogió las reglas y procedimientos de dicho régimen establece.

Manifestó que no se puede desconocer la afectación que causa la ineficacia y los traslados masivos de los afiliados al RPM, cuando no se ha generado una debida fidelidad al sistema, por ese motivo considera que se debe tener en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-242 de 2009, más aún cuando han pasado más de 23 años sin que la demandante haya contribuido al fondo común, lo que conlleva a un detrimento patrimonial del RPM, por la variación porcentual de la destinación del aporte, por la falta de contribución y la carga que le generaría a los demás afiliados para soportar un reconocimiento pensional (*min. 01:45:30, archivo “09AudienciaArt77-80”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.**, solicitó la

revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos elevados en el recurso respecto de la no procedencia de la indexación y adicionando otros puntos que no fueron mencionados en la alzada.

La firma de abogados MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., actuando como apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder a la doctora María Alejandra Barragán Coava, identificada con C.C. 1.063.300.940 y titular de la T.P. 305.329 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia, reiterando los planteamientos señalados en el recurso.

Y el apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a

PORVENIR S.A., así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) NYDIA ALICIA NIÑO MORENO** nació el 23 de mayo de 1958 (*pág. 21, archivo “o1CuadernoPrincipal”*) y se afilió al ISS a partir del 1° de mayo de 1979 (*pág. 390, archivo “05SubsanacionContestacionColpensiones”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 18 de octubre de 2000, con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año (*pág. 72 y 119 archivo “03ContestacionPorvenir”*); **iii)** y posteriormente realizó traslado en el RAIS a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 24 de junio de 2005, donde actualmente sigue vinculada (*pág. 119, archivo “03ContestacionPorvenir”*).

- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los

usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la DEMANDANTE, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues solo allegó el formulario de afiliación, y la sola firma de este documento por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que el asesor le informó únicamente beneficios, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso por parte de COLPENSIONES, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y

como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo que descarta los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener suma alguna o exonerarse del pago de la indexación, pues ésta lo que pretende es devolver el aporte actualizado a valor presente, sin que en ningún caso el rendimiento pueda compensar este concepto. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará la condena.

Se adicionará la orden dada a COLPENSIONES por cuanto la declaratoria de ineficacia conlleva la reactivación de la afiliación sin solución de continuidad y esta entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas válidamente cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019,

SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De otra parte, la orden dada en la sentencia de primera instancia para que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, es una medida que permitirá reducir el detrimento patrimonial que pueda afectar en determinado caso al RPM, razón suficiente para confirmar esta decisión.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente al reconocimiento pensional, al no presentarse inconformidad alguna por la parte demandante y no afectarse los intereses de COLPENSIONES con la decisión adoptada por el *a quo*, la Sala se releva de su estudio. No obstante, se advierte que una vez se materializa el traslado, es el propio ente administrador del fondo de pensiones quien debe resolver la solicitud, en los términos establecidos por el legislador, previa acreditación de todos los requisitos por parte del afiliado.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y recibir a la demandante, sin solución de continuidad, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y a recibir de **PORVENIR S.A.** los valores ordenados e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

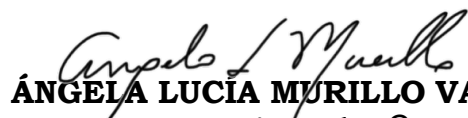
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NYDIA ALICIA NIÑO MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

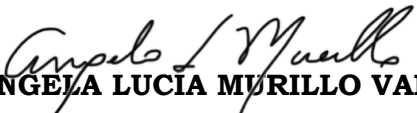
RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2020 00161 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.03-2019-00649-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la **UGPP**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 1° de junio de 2022 proferida por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a dicha entidad a reconocer y pagar la mesada adicional de junio, con efectos fiscales a partir del 05 de abril de 2016, junto con su correspondiente retroactivo indexado, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 05 de abril de 2016 y condenó en costas a la demandada en cuantía de \$1.500.000 (*min. 54:42, archivo "010VideoSentenciaPrimeraInstancia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

JOSÉ RODRIGO LONDOÑO RESTREPO llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme

con la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, a partir del °1 de mayo de 2010 en 14 mesadas anuales, retroactivo indexado, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1° de mayo de 1955, laboró para la Caja Agraria por más de 20 años hasta su retiro el 27 de junio de 1999, el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció pensión jubilación a través de la Resolución No. 2255 del 02 de noviembre de 2010, mesada pensional reajustada a través de la Resolución No. 5467 del 06 de diciembre de 2012, en cuantía de \$1'886.725.20 a partir del 1° de mayo de 2010; que le solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la mesada 14 el 05 de abril de 2019, petición que le fue negada en oficio 1420 del 12 de abril siguiente (*pág. 5 a 15, archivo "001Demanda"*).

• CONTESTACIÓN DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, la relación laboral con la Caja Agraria y el reconocimiento pensional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de causa e inexistencia de la obligación*, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, compatibilidad de la pensión y la innominada o genérica (*pág. 3 a 9, archivo "007ContestacionDeDemanda"*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 54:42, archivo "010VideoSentenciaPrimeraInstancia"*).

El 1° de junio de 2022, el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago a cargo de la UGPP de la mesada de junio o mesada catorce a partir de la fecha en que le fue reconocida la pensión, pero con efectos fiscales a partir del 5 de abril de 2016, valores que

*deberán cancelarse debidamente indexados de conformidad con el certificado del IPC que expida el DANE a partir del día siguiente a esta fecha y hasta la fecha en que se haga efectivo ese pago, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada frente a las mesadas adicionales causadas y no canceladas con antelación al 5 de abril de 2016, todo conforme a lo expuesto en la parte considerativa. **TERCERO:** AUTORIZAR a la demandada que del retroactivo obtenido debidamente efectúe el descuento para los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud con destino a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante, todo conforme lo previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y 42, inciso 3°, del Decreto 692 de 1994. **CUARTO:** CONDENAR en costas junto con las agencias en derecho a la parte demandada las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma \$1.500.000. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada UGPP, consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS (...)*

El Juzgado fijó el problema jurídico en determinar si el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 por haberse causado la pensión antes del Acto Legislativo 01 de 2005.

Para resolver indicó que conforme al artículo 41 de la Convención Colectiva vigente para los años 1998-1999 entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el sindicato de trabajadores SINTRACREDITARIO y el precedente vertical de la Corte Suprema de Justicia, la edad es un requisito de exigibilidad de la pensión de jubilación y no de causación. Que conforme con la Resolución No. 2255 del 02 de noviembre de 2010, proferida por el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, el actor ingresó a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 21 de agosto de 1975 y se retiró el 27 de junio de 1999, laborando durante 23 años y 307 días, por lo que a la fecha de desvinculación de la empresa el accionante ya contaba con más de 20 años de servicio, cumpliendo así el requisito previsto en la norma convencional, concluyendo que al causarse el derecho pensional con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, a partir del 1° de mayo de 2010.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada UGPP presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando su revocatoria.

Afirmó que el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-199 establece que la pensión de jubilación tiene unos requisitos, estos son, que a partir del 16 de enero de 1992 los trabajadores de la Caja Agraria continuos o discontinuos y que lleguen a la edad de 50 años las mujeres o 55 años los hombres tendrán derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios durante el último año de servicio, que el demandante nació el 1° de mayo de 1955, por lo que cumplió la edad de 55 años en la misma fecha del año 2010, es decir, que adquirió el derecho cuando estaba vigente el Acto legislativo 01 de 2005; además, que la pensión del demandante equivale a la suma de \$1.886.725,20 para el 2010 y para el 2012 en cuantía de \$2.019.140,12, superando el límite de los 3 SMLMV, por lo que considera que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14. Y finalmente, de forma subsidiaria, manifestó que la pensión al ser de carácter compartida solo le correspondería el pago del mayor valor si los hubiere (*min. 57:23, archivo "010VideoSentenciaPrimeraInstancia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de la **UGPP** solicitó la revocatoria de la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado actor solicitó se condene a la UGPP al reconocimiento de la pensión de jubilación en 14 mesadas.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, su calidad de administradora de derecho público administradora de recursos para el pago de pensiones permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si conforme con el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO, la edad es un requisito de causación o de exigibilidad para acceder a la pensión de jubilación convencional y si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14. Por último, se establecerá lo relacionado con la compartibilidad pensional.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JOSÉ RODRIGO LONDOÑO RESTREPO** nació el 1º de mayo de 1955 (*pág. 25, archivo “001Demanda”*); **ii)** el Fondo Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia a través de la Resolución No. 2555 del 02 de noviembre de 2010, le reconoció al demandante pensión de jubilación convencional, por haber laborado para la Caja Agraria

desde el 21 de agosto de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, en cuantía de \$1.004.813,69 a partir del 1° de mayo de 2010 (*pág. 140 a 141, 158, 159 archivo “007ContestacionDeDemanda”*), mesada pensional reajustada por la misma entidad según Resolución No. 5467 del 06 de diciembre de 2012, en cuantía de \$1.886.725,20 (*pág. 26 a 29, archivo “001Demanda”*); **mi**) la UGPP a través de la Resolución RPD040251 del 05 de octubre de 2018, compartió la pensión convencional del accionante con la pensión legal que percibe a cargo de COLPENSIONES y continuó pagando el mayor valor (*pág. 30 a 32, archivo “001Demanda”*); **iv**) y **JOSÉ RODRIGO LONDOÑO RESTREPO** solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la mesada 14, el 05 de abril de 2019 (*pág. 16 a 24, archivo “001Demanda”*), petición que fue negada (*pág. 33 a 35, archivo “001Demanda”*).

- **La edad como requisito de disfrute de la pensión de jubilación convencional.**

La extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO – CAJA AGRARIA suscribió con el SINDICATO DE TRABAJADORES SINTRACREDITARIO, la Convención Colectiva de Trabajo de 1998-1999, la cual consagró en su artículo 41 que a partir del 16 de enero de 1992 los trabajadores cuando cumplan 20 años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados el último año de servicios.

Sobre la interpretación y alcance del artículo convencional antes citado, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la pensión convencional de jubilación allí consagrada tiene como requisitos de causación haber prestado 20 años de servicios a la empresa y la desvinculación del trabajador, siendo la edad tan solo una condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, por cuanto, en criterio de la Corte, la edad pensional no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la

empresa, tal y como ha sido reiterado en las sentencias SL526 de 2018, SL880 de 2020, SL3587 de 2020, SL2507 de 2022, SL3236 de 2022, SL3504 de 2022, entre otras.

- **Sobre el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14).**

El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 reconoció el pago de una mesada adicional en junio a favor de todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes del sector público, oficial y semioficial en todos sus órdenes, en el sector privado, por el ISS, retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y Policía Nacional. Beneficio que se extendió a todos los pensionados sin excepción, conforme lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia C-409 de 1994.

La precitada mesada adicional de junio, coloquialmente llamada mesada 14, fue eliminada por el Acto Legislativo 1° de 2005, por cuanto las pensiones causadas a partir de la vigencia del mismo (29 de julio de 2005) no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas causadas antes del 31 de julio de 2011 por un valor igual o inferior a 3 SMLMV, caso en el cual se conservaría el derecho a la mesada adicional.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que la demandada UGPP, en virtud del Decreto 2842 de 2013, recibió desde diciembre de 2013 la función de reconocer y administrar la nómina de pensionados de la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, a cargo hasta entonces del FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Al revisar las pruebas aportadas al expediente, se acredita que **JOSÉ RODRIGO LONDOÑO RESTREPO** nació el 1° de mayo de 1955 (pág. 25 archivo “001Demanda”), por lo que cumplió la edad de 55 años

el mismo día y mes del año 2010 y laboró en la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO desde el 21 de agosto de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, conforme lo señalado en la Resolución No.2555 del 02 de noviembre de 2010 (*pág. 140, 141, 158 y 159, archivo “007ContestacionDeDemanda”*).

Bajo esos presupuestos, para la Sala el demandante al momento de su desvinculación - 27 de junio de 1999 - causó el derecho a la pensión convencional de jubilación consagrada en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita entre la CAJA AGRARIA y SINTRACREDITARIO, conforme al entendimiento y alcance que sobre dicha norma ha efectuado la H. CSJ en las sentencias SL526 de 2018, SL880 de 2020, SL3587 de 2020, SL2507 de 2022, SL3236 de 2022, SL3504 de 2022, entre otras.

Conforme la regla jurisprudencial adoptada en las precitadas providencias, la pensión convencional de jubilación bajo estudio tiene como requisitos de causación haber prestado 20 años de servicios a la Caja y la desvinculación del trabajador, siendo la edad tan solo una condición de exigibilidad para el goce o disfrute de la prestación, por cuanto, en criterio de la Corte, la edad pensional no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa.

Esta Corporación comparte dicho criterio, por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos en la alzada por la UGPP, puesto que la pensión no se causó el 1° de mayo de 2010 cuando el demandante cumplió 55 años, sino que desde esa fecha se hizo exigible el derecho que se originó por el tiempo de servicio y la desvinculación del trabajador de la extinta CAJA AGRARIA.

Siendo ello así, al haberse causado la prestación pensional de carácter colectivo el 27 de junio de 1999, ésta se configuró antes de la expedición del Acto Legislativo 1° de 2005, por lo que el beneficio de recibir la mesada 14 prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993

no se vio afectado, pues se trata de un derecho adquirido que la misma reforma constitucional lo ampara, razón suficiente para confirmar el fallo de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, propuesta por la UGPP, se tiene que el accionante presentó reclamación administrativa el 05 de abril de 2019 (*pág. 16 a 24, archivo “001Demanda”*) y la demanda fue radicada el 24 de septiembre de 2019 (*pág. 2, archivo “001Demanda”*) por lo que en virtud de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, se encuentran prescritas las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 05 de abril de 2016, teniendo la UGPP la obligación de pagar la mesada 14 a partir de junio de 2016.

Y finalmente, respecto de la compartibilidad pensional entre la pensión convencional y la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, que no fue objeto de controversia en la medida en que así lo dispuso la UGPP mediante Resolución RDP040251 del 05 de octubre de 2018 (*pág. 30 a 32, archivo “001Demanda”*), debe señalarse que este fenómeno jurídico no opera respecto del pago de la mesada 14, por cuanto la pensión de vejez otorgada por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en Resolución SUB221522 de 22 de agosto de 2018 se concedió sobre 13 mesadas anuales, por causarse la misma el 1° de mayo de 2017, cuando el demandante cumplió 62 años de edad (*pág. 108 a 105, archivo 007ContestacionDemanda”*). Por tal razón, la mesada adicional reconocida en el presente proceso se encuentra a cargo de la UGPP en un 100%, previo descuento de la suma que corresponda por aportes en salud.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 06-2019-00180-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDADO** contra la sentencia del 21 de enero de 2022 del Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó al pago del cálculo actuarial sobre el último salario por el periodo del 06 de octubre de 1983 al 31 de julio de 1991 e impuso costas a la **DEMANDADA** (27:38 archivo “*AUDIENCIA 180-2019 08-02-2022*”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 5 a 17 archivo “ORDINARIO-180-2019”).**

CECILIA ARENAS VARGAS solicitó declarar un contrato de trabajo con el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** y condenar al pago del cálculo actuarial del 06 de octubre de 1983 al 31 de julio de 1991, intereses moratorios o indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó con el **BANCO DE BOGOTÁ** del 06 de octubre de 1983 al 27 de noviembre de 1991, pero fue afiliada al régimen de pensiones hasta el 1° de agosto de 1991, por tanto, el 27 de abril de 2018 radicó reclamó el pago de los aportes

de octubre de 1983 a julio de 1991, sin recibir respuesta, por lo cual interpuso acción de tutela y el respectivo fallo ordenó al **DEMANDADO** contestar, lo cual hizo indicando que debe pagar los aportes porque no hubo cobertura del ISS en el municipio donde se prestó el servicio. Aseguró que la falta de pago le resta 402 semanas aproximadamente a su historia laboral, lo cual afecta sus derechos.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 172 a 192 archivo “ORDINARIO-180-2019”).**

El **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó los hechos relativos a la vinculación laboral de la **DEMANDANTE** del 06 de octubre de 1983 al 27 de noviembre de 1991. Indicó que la **DEMANDANTE** trabajó en el municipio de San Vicente de Chucurí – Santander entre el 06 de octubre de 1983 al 12 de julio de 1991, municipio que no fue objeto de cobertura por el extinto ISS, la cual solo se dio hasta el 1° de abril de 1994, motivo por el cual conforme el artículo 3° del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por Decreto 1824 de 1965, la cobertura del ISS solo aplicó en las regiones cubiertas por el seguro social, por lo cual no hubo ninguna omisión porque los artículos 20 y 21 del Decreto 2665 de 1988 prohibió al empleador afiliar a trabajadores al ISS en zonas no llamadas a inscripción, norma que impuso la de cancelación de la afiliación e imposición de multas por afiliación indebida, por tanto, solo después del traslado de la **DEMANDANTE** a Tunja el 12 de julio de 1991 fue posible su afiliación al ISS, al tratarse de un municipio donde la cobertura del seguro social estaba presente desde septiembre de 1985. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, falta de causa para pedir, pago, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de título y causa y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (27:38 archivo “AUDIENCIA 180-2019 08-02-2022”).

El 21 de enero de 2022 el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(...) **CONDENAR** al BANCO DE BOGOTÁ a transferir a COLPENSIONES el valor actualizado cálculo actuarial de los aportes a pensión que liquide la entidad de seguridad social antes citada correspondiente al periodo que laboró la DEMANDANTE comprendido entre el día 06 de octubre de 1983 y el día 31 de julio de 1991, con sujeción al salario último que percibió la DEMANDANTE con sujeción al decreto 1887 de 1994. La excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente decisión. Costas a cargo de la parte DEMANDADA vencida en el proceso, se fija la suma de \$3.500.000 por concepto de agencias en derecho. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede condenar al pago del cálculo actuarial por el periodo alegado y demás pretensiones reclamadas.

Como fundamento de su decisión, indicó que no hay discusión sobre el vínculo laboral y sus extremos temporales, así como de la falta de pago de aportes, frente lo cual señaló que la providencia A-068 de 2014 de la H. Corte Constitucional indicó que la falta de cobertura no exime el deber de pago de aportes porque la Ley 90 de 1946 creó tal obligación y lo único que se pospuso fue la fecha de traslado de los recursos, posición que adoptó la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL41745 de 2014, ratificada en las providencias SL59027 de 2015, SL3190 de 2021 y SL2680 de 2021, por lo cual condenó al pago del cálculo actuarial conforme el Decreto 1887 de 1994, negó la excepción de prescripción y condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDADO** solicitó revocar el fallo. Alegó que en la época en que la **DEMANDANTE** prestó su servicio en San Vicente de Chucurí no había cobertura del ISS ni obligación del Banco de pagar aportes, quien se limitó a cumplir la norma vigente y amparó por si mismo los riesgos de sus trabajadores, tan así que los propios acuerdos del ISS sancionaban la afiliación en sitio sin cobertura al considerarla una afiliación indebida y solo hasta el cambio de municipio fue posible la afiliación de la **DEMANDANTE** al ISS, por tanto, el Banco tiene la confianza legítima de haber actuado conforme derecho y si bien en 2014 se modificó la jurisprudencia adversa a este tipo de procesos, se debe considerar que no hubo ningún incumplimiento ni cobro coactivo

por el ISS, ni traslado del riesgo de vejez a dicho Instituto, por lo cual se debe revocar la condena a pagar un cálculo con las altas tasas de interés actuales, así mismo, las costas son muy altas ya que no consideran que no hubo incumplimiento del Banco, el cual siempre actuó de buena fe (28:37 archivo “AUDIENCIA 180-2019 08-02-2022”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, al apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la apoderada del **DEMANDADO** reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación y solicitó revocar el fallo de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si debe confirmar la condena al pago del cálculo actuarial por el periodo en que la **DEMANDANTE** prestó sus servicios al **DEMANDADO** en un municipio sin cobertura del extinto ISS, así como la procedencia a la condena a costas de primera instancia, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **CECILIA ARENAS VARGAS** fue trabajadora del demandado **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** del 06 de octubre de 1983 al 27 de noviembre de 1991, siendo su último salario de \$51.716 (Pág. 44 archivo “ORDINARIO-180-2019”); **ii)** el **DEMANDADO**, a través de oficio del 25 de julio de 2018, indicó a la **DEMANDANTE** que según su hoja

de vida prestó servicios en San Vicente de Chucuri del 06 de octubre de 1983 al 31 de julio de 1991, posteriormente fue trasladada a Tunja donde laboró del 1° de agosto de 1991 al 27 de noviembre de 1991 (Pág. 41 a 43 archivo “*ORDINARIO-180-2019*”); **iii)** la historia laboral de la **DEMANDANTE** del 28 de marzo de 2018 indica que el **DEMANDADO** solo efectuó aportes desde el 1° de agosto de 1991 al 27 de noviembre de 1991 (Pág. 18 a 25 archivo “*ORDINARIO-180-2019*”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó al pago del cálculo actuarial sobre el último salario por el periodo del 06 de octubre de 1983 al 31 de julio de 1991 e impuso costas a la **DEMANDADA**. Contra la anterior decisión, el **BANCO DE BOGOTÁ S.A.** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- **Sobre la falta de afiliación al ISS por falta de cobertura y la obligación del empleador de pagar el cálculo actuarial derivada de su deber de aprovisionamiento.**

La Ley 90 de 1946 procuró la mejora integral de los trabajadores a través de la creación del seguro social obligatorio para cubrir diversos riesgos, entre ellos, los de invalidez, vejez y muerte, siendo asegurados por tal régimen todos los individuos, nacionales y extranjeros, que presten sus servicios través de un contrato de trabajo. Por su parte, el artículo 72 *ibídem* dispuso que las prestaciones reguladas por dicha Ley seguirían rigiéndose por las disposiciones anteriores a cargo de los empleadores, hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo, lo cual concuerda con el artículo 76 de dicha norma, que indicó que la pensión de vejez consagrada en dicha norma reemplaza la pensión de jubilación, pero que para que el Instituto pueda asumir el riesgo de vejez el patrono deberá aportar las cuotas proporcionales correspondientes.

Respecto el alcance y contenido de las precitadas normas, en la sentencia SL4321 de 2022 la H. CSJ fue enfática en señalar que hay una decantada línea jurisprudencial sobre las consecuencias de la no afiliación de trabajadores al ISS por falta de cobertura e inexistencia del deber de inscripción en el municipio o sector industrial donde se prestó el servicio.

En la precitada providencia, la H. CSJ reiteró que a partir de la sentencia SL9856 de 2014 el criterio que impera es que el empleador debe responder por el cálculo actuarial por el periodo en que la prestación del servicio estuvo a su cargo, ante la imposibilidad logística y financiera de la implementación del sistema de pensiones que conllevó a su implementación gradual, por lo que el empleador mantuvo a su cargo las pensiones hasta tanto no subrogara tal riesgo en el Instituto, tal y como lo consagró el artículo 76 de la Ley 90 de 1946, por tanto, si bien el empleador pudo no tener la obligación de pagar cotizaciones, no por ello puede frustrar el derecho del trabajador de que el periodo en que prestó su servicio sea considerado para efectos pensionales, razón por la cual debe pagar esos periodos a su cargo para trasladar tal carga económica de aquellos trabajadores que no lograron consolidar la pensión directamente con su empleador y no fueron subrogados por los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, a fin de que tales tiempos efectivamente laborados sean tenidos en cuenta para efectos pensionales.

A su vez, la sentencia SL17300 de 2014, advierte que el carácter transitorio del régimen de prestaciones patronales no implica la total ausencia de responsabilidad del empleador por los periodos efectivamente laborados por el trabajador, todo lo contrario, si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de la contingencia, la misma cesó cuando se subrogó en la entidad de la seguridad social, por lo que aquel periodo en que aquel tuvo tal responsabilidad no puede ser desconocido sino debe el empleador responder al Instituto por el pago de los tiempos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues solo en ese evento puede considerarse liberado.

Así las cosas, conforme el literal c) del párrafo 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y lo señalado en la sentencia C-506 de 2001, la H. CSJ señaló en las sentencias SL1579 de 2022 y SL4292 de 2022 que la jurisprudencia de la Sala establece que la posibilidad de habilitar tiempos de servicios prestados a empleadores que tenía a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones se extiende a los trabajadores con o sin vínculo laboral vigente al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993, razón por la cual en la sentencia SL3892 de 2016 indicó que el empleador no obligado a la afiliación del trabajador ante el ISS en todo caso debe reconocer esos tiempos al sistema, por cuanto el artículo 260 CST implicaba el deber del empleador de sumar los tiempos de trabajo subordinado para efectos de la pensión reconocida en dicho artículo, carga que solo se subroga en el ISS con el aporte previo conforme el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, lo que conlleva que el empleador deba reconocer tales tiempos de servicios mediante el cálculo actuarial, sin que pueda alegar que fue responsabilidad del Estado la imposibilidad de afiliar al trabajador por falta de cobertura del riesgo de vejez, por cuanto en todo caso tenía el deber de responder directamente por el tiempo en que el trabajador le prestó sus servicios cuando no hubo cobertura y solo podrá trasladar tal carga con el pago del cálculo actuarial correspondiente.

CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que la **DEMANDADA** alegó en su recurso de apelación que no le asiste responsabilidad alguna al pago del cálculo actuarial por los tiempos laborados por la **DEMANDANTE** en San Vicente de Chucurí, por tratarse de un municipio sin cobertura del ISS en el periodo por el cual se ordenó el pago del cálculo, esto es, del 06 de octubre de 1993 al 31 de julio de 1991.

De entrada, anuncia la Sala que no hay mérito para acceder a las suplicas de la parte apelante, por cuanto el precedente normativo

y jurisprudencial expuesto permite concluir, sin lugar a duda alguna, que en aquellos casos en donde no hubo pago de aportes al ISS por periodos efectivamente laborados por el trabajador, ante la falta de cobertura e inexistencia del deber de inscripción en el municipio o sector industrial donde se laboró, deben en todo caso ser considerados para efectos pensionales a través del pago del cálculo actuarial a cargo del empleador.

Tal y como ha sido indicado de forma extensa a lo largo de esta providencia, la Ley 90 de 1946 dispuso la creación del seguro social obligatorio para cubrir el riesgo de invalidez, vejez y muerte, norma que señaló en su artículo 76 que la pensión de vejez reemplazaría la pensión de jubilación, no obstante, el patrono debería aportar las cuotas proporcionales correspondientes para que el ISS asumiera el riesgo de vejez.

Así las cosas, desde la sentencia SL9856 de 2014 ha sido postura sostenida de la H. CSJ que la implementación gradual del sistema de pensiones del seguro social obligatorio, hoy en día Sistema General de Pensiones, no implica la ausencia de responsabilidad del empleador en el reconocimiento de los tiempos efectivamente laborados por aquellos trabajadores que no lograron consolidar directamente la pensión de jubilación con su empleador ni fueron subrogados por el ISS conforme los artículo 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966.

En efecto, a través de las sentencias SL9856 de 2014, SL17300 de 2014, SL4292 de 2022, SL4321 de 2022, SL1579 de 2022, por solo citar algunas, han sido enfáticas en señalar que el empleador asumió transitoriamente a su cargo el riesgo de vejez mientras se implementó el seguro social obligatorio en pensiones y no puede desconocer el periodo en que aquel tuvo tal responsabilidad y debe responder por el pago de los tiempos laborados en los que la prestación estuvo a su cargo, pues solo en ese evento puede considerarse liberado.

Así las cosas, la falta de cobertura del ISS no impide responder al empleador por los periodos laborador por un trabajador no afiliado al sistema de seguridad social, por cuanto es responsable por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de periodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, debe asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1140-2020).

Por todo lo expuesto, se confirmará el fallo de primera instancia en cuanto la condena al pago del cálculo actuarial por el periodo del 03 de octubre de 1983 al 31 de julio de 1991.

En cuanto la controversia frente el monto de las costas de primera instancia, la Sala advierte a la apoderada del **DEMANDANDO** que no es el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia el momento procesal oportuno para cuestionar el monto de las costas en derecho, por cuanto el numeral 5° del artículo 366 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS, señala que tal monto solo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, por tanto, esta Corporación se abstendrá de efectuar pronunciamiento alguno.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2019-00766-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 26 de septiembre de 2022 que declaró ineficaz la afiliación y traslado al RAIS y de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, activar la afiliación en el RPM, compulsó copias a las **AFP DEMANDADAS** y las condenó en costas (36:39 archivo “48AudioAudienciaFallo”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (Pág. 2 a 24 archivo “01CuadernoPrincipal”).

JOSÉ ELISBRAN MORALES CANO solicitó declarar nulo ineficaz su traslado al RAIS, ordenar el traslado de su CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió a pensiones en junio de 1979, en febrero de 2008 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** y en mayo de 2008 por iniciativa de su empleador y sin firma del afiliado fue trasladado a **PROTECCIÓN S.A.**,

AFP que no le suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el 07 de octubre de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM, sin recibir respuesta, así mismo, alegó que el monto de su mesada en el RAIS sería inferior.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación al sistema general de pensiones y la petición de 2019. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, no obstante, el afiliado incumplió la carga de probar las irregularidades alegadas en la demanda, de otra parte, afirmó que comunicó al **DEMANDANTE** que no puede retornar al RPM por la restricción de traslado por edad y no cumplir lo dicho en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Interpuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 171 a 206 archivo “01CuadernoPrincipal”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado al RAIS, la responsabilidad profesional de la AFP y que el afiliado actualmente sigue en **PROTECCIÓN S.A.** Indicó que no participó en el traslado al RAIS y no le constan las circunstancias del mismo, en todo caso, previo al traslado de AFP sus asesores dieron asesoría objetiva y completa sobre las características de los regímenes pensionales, brindado los elementos de juicios necesarios para una decisión libre e informada que adoptó el **DEMANDANTE**, sin que proceda la devolución de gastos de administración, siendo irretroactivas las normas que consagraron el deber de asesoría y el afiliado nunca solicitó el retorno al RPM antes

de la restricción de traslado por edad. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, eficacia del traslado entre AFP y la genérica (Pág. 1 a 26 archivo “19ContestacionProteccion”).

Por auto del 06 de abril de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por **COLFONDOS S.A.** (archivo “21AutoFijaFecha”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (36:39 archivo “48AudioAudienciaFallo”).

El 26 de septiembre de 2022, el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y del traslado realizado por el señor demandante JOSÉ ELISBRAN MORALES CANO con la AFP COLFONDOS de fecha 1º de febrero del 2008 según formulario SIAP expedido por Asofondos, y con la AFP PROTECCIÓN de fecha 31 de mayo del 2008, conforme al mismo documento. SEGUNDO: SE ORDENA a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del señor demandante JOSÉ ELISBRAN MORALES CANO, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima media con Prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN y a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales del señor DEMANDANTE mientras ha estado vinculado a esos fondos desde febrero del 2008, tales como; porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, en caso de la ejecutoria de esta sentencia, para lo cual se le concede a los fondos privados demandados el termino de treinta (30) días contados a partir de la notificación del auto de conocimiento al superior, deberán presentar al despacho un informe debidamente pormenorizado discriminando todos los valores objeto de devolución a COLPENSIONES junto con los detalles de los ciclos; ingreso base de cotización, aportes, el valor de los descuentos objeto de devolución y el valor de su indexación y toda la información relevante que lo justifique a fin de prevenir controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir al DEMANDANTE sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial a la extinta Caja Nacional de Previsión Social EIC. QUINTO: Dadas las resultados del proceso se declara no probadas las excepciones propuestas por

*COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS. **SEXTO:** las costas procesales serán a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS, las agencias del derecho se tasan a favor del DEMANDANTE en 2 SMMLV, a la fecha del pago y a cargo de cada fondo demandado. **SÉPTIMO:** por secretaria deberán compulsarse copias a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA para que adelanten las investigaciones administrativas correspondientes contra los fondos privados PROTECCIÓN y COLFONDOS, por las circunstancias que se anotaron en las consideraciones toda vez que recaudaron aportes pensionales del trabajador desde el año 2008 sin contar con el soporte documental exigido por la ley como son los formularios de afiliación o vinculación a esos fondos privados. **OCTAVO: ORDÉNESE** la consulta de esta sentencia ante el superior a favor de COLPENSIONES para que revise la legalidad de lo decidido. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS fue nulo y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que las AFP, desde su creación, deben brindar información clara y objetiva, para que el afiliado de forma transparente e informada elija la mejor opción pensional, por lo cual deben explicar las características de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, deber cuya prueba está a cargo de la AFP sin que baste la firma del formulario de afiliación, obligación cuyo cumplimiento no se demostró ya que ni siquiera aportaron dicho formulario. Declaró ineficaz el traslado, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, indicó que **COLPENSIONES** está legitimado para recibir en el RPM a un afiliado de la extinta CAJANAL y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que el **DEMANDANTE** fue afiliado de CAJANAL y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no estaba vinculado al ISS, por eso la ineficacia le es inoponible a **COLPENSIONES** al ser un tercero de buena fe donde nunca se vinculó el afiliado. Alegó que no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad, que no hay prueba de vicios del consentimiento y el deber de información se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual la AFP solo tiene el formulario de afiliación como prueba y el **DEMANDANTE** también era responsable de consultar los efectos de la

selección de régimen porque no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, era profesional y no tenía menguada su capacidad contractual, ni se puede subsidiar irregularmente con los fondos del RPM y su retorno afecta la sostenibilidad financiera del Sistema. De confirmarse el fallo solicitó que las condenas de **COLPENSIONES** se condicionen a que la AFP devuelva las sumas y actualice la información pensional del afiliado y reclamó no condenar en costas porque la administradora pública no participó en el acto declarado ineficaz (39:43 archivo “48AudioAudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Belcy Bautista Fonseca, identificada con la CC 1.020.748.898 y TP 205.907 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien reclamó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. Agotado el término de traslado, los apoderados de las **AFP DEMANDADAS** no presentaron alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados

en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **JOSÉ ELISBRAN MORALES CANO** nació el 08 de marzo de 1956 (Pág. 25 archivo “01CuadernoPrincipal”); *ii)* el **DEMANDANTE** laboró del 1° de junio de 1979 al 30 de diciembre de 1991 en el extinto INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR INCOMEX (archivo “40RequerimientoDemandante”); *iii)* conforme consulta SIAFP, el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante vinculación a **COLFONDOS S.A.** del 1° de febrero de 2008, efectiva desde el 02 de febrero de 2008 por “*vinculación por responsabilidad del empleador*” (archivo “28MemorialColfondos”); *iv)* conforme consulta SIAFP, el **DEMANDANTE** se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** mediante vinculación del 31 de julio de 2008, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2008 (Pág. 56 archivo “32RespuestaRequerimiento”), AFP donde permanece vinculado y acumula 1159,15 semanas a abril de 2021 (Pág. 38 archivo “19ContestacionProteccion”).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección

de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el

deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional,

conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad, omisión probatoria en la cual también incurrió **PROTECCIÓN S.A.**

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que nunca recibió asesoría por las **AFP DEMANDADAS**, ya que ni siquiera firmó formulario de afiliación a estas y desconoce las razones por las cuales resultó vinculado a las mismas, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en

el marco de una libertad informada, siendo obligación de las **AFP DEMANDADAS** acreditar el cumplimiento de esa carga procesal, más aún en el caso bajo estudio donde ni siquiera aportan los formularios de afiliación, en abierta contradicción de lo dispuesto en los artículos 114 y 128 de la Ley 100 de 1993.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró *la ineficacia de la afiliación* sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de

cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

En cuanto la inconformidad de **COLPENSIONES** respecto la condena de recibir al afiliado y reactivar su vinculación al RPM, es relevante considerar que los afiliado a la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, en virtud del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 de 2016, siguieron automáticamente vinculado a dicha Caja tras la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto, atendiendo que el traslado al RAIS de 2008 no generó efectos jurídicos, al 1° de julio de 2009 el **DEMANDANTE** contaba solo con 53 años y no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que en virtud del Decreto 2196 de 2009 se ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL y el traslado masivo de sus afiliados al ISS que no cumplieran al 1° de julio de 2009 los requisitos para causar la precitada pensión, por lo que el **DEMANDANTE** habría terminado en **COLPENSIONES** y, en consecuencia, se mantiene la orden de que sea esa Entidad quien reciba y reactive la vinculación al RPM del afiliado.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022,

entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el

proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **JOSÉ ELISBRAN MORALES CANO** a la AFP COLFONDOS de fecha 1º de febrero del 2008 según formulario SIAP expedido por Asofondos y el subsecuente traslado de AFP hacia la AFP PROTECCIÓN de fecha 31 de mayo del 2008, conforme al mismo documento.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral noveno a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

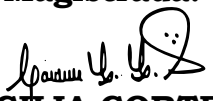
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE ELISBRAN MORALES CANO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

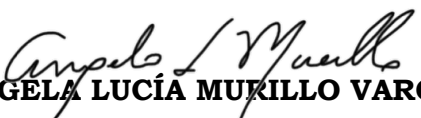
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00766 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 07-2021-00439-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 05 de diciembre de 2022, que declaró ineficaz la afiliación y traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivar la afiliación en el RPM y condenó en costas a los **DEMANDADOS** (archivo “28AudienciaFallo”)

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 3 a 8 archivo “01EscritoDemanda”).**

CAMILO ALBERTO LIBOS ACHKAR solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, ordenar el traslado de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 13 de junio de 1958, afiliado al ISS desde el 26 de diciembre de 1984, trasladándose al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y

contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que el monto de su pensión de vejez en el RPM es superior que en el RAIS.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de traslado al RAIS y edad del afiliado. Indicó que brindó asesoría suficiente sobre las características de los regímenes pensionales, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomó la decisión libre y espontánea de vincularse a la AFP mediante formulario donde dio fe por escrito de su consentimiento informado, siendo válido el traslado. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y la genérica (Pág. 3 a 25 archivo “16ContestacionDemandaProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y su vinculación al ISS. Afirmó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, sin embargo, el afiliado no acreditó las irregularidades alegadas en la demanda, en todo caso, no procede su retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y no cumplir lo señalado en las sentencias SU-062 de 2020 y SU-130 de 2013. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costa en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 3 a 41 archivo “17ContestacionDemandaColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (**XXX** archivo “28AudienciaFallo”).

El 05 de diciembre de 2022, el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante CAMILO ALBERTO LIBOS ACHKAR con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 1º de noviembre de 1995 contenida en el formulario No. 1010171712. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar o devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor CAMILO ALBERTO LIBOS ACHKAR, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del DEMANDANTE desde noviembre de 1995, fecha del traslado ineficaz, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PROTECCIÓN el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente pormenorizado discriminando todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución y el valor de su correspondiente indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de la sentencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir al DEMANDANTE sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, desde su afiliación inicial al ISS en 1984. QUINTO: dadas las resultas del proceso, SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN. SEXTO: Las costas son a cargo de los fondos demandados, las agencias en derecho se tasan a favor del DEMANDANTE y a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN en 2 smlmv a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos. SÉPTIMO: Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la NACIÓN, a fin de que el Superior revise la legalidad de lo decidido. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ sostiene que las AFP, desde su creación, deben dar información clara y objetiva para que el afiliado, de forma transparente, elija de manera informada la mejor opción pensional, debiendo la AFP explicar las características de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, siendo carga

de la AFP acreditar el cumplimiento de tal deber sin que baste la firma del formulario de afiliación, cumplimiento que no demostró, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, indexados y condenó en costas a las **DEMANDADAS**.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no hay pruebas de vicios en el consentimiento y el error de derecho no afecta la validez de la vinculación, se malinterpretó el artículo 1604 CC creando un régimen de responsabilidad objetiva en cabeza de la AFP relevando al afiliado de cualquier carga, los consumidores tienen obligaciones conforme el Decreto 2241 de 2010 de informarse sobre las condiciones del sistema pensional y aprovechar los mecanismos de divulgación e información para conocer su funcionamiento, deber que no acató el **DEMANDANTE** y con su silencio evidencia su voluntad de permanecer en el RAIS, de otra parte, conforme el Tribunal Superior de Bogotá D.C. la mera inconformidad económica frente la mesada no genera nulidad del traslado y permitir el retorno al RPM descapitaliza dicho régimen y afecta su sostenibilidad financiera al permitir que a última hora personas que nunca aportaron se beneficien del RPM a último momento, tampoco procede la condena en costas al ser contraria al artículo 48 constitucional, porque implica usar los recursos en fines diferentes a la seguridad social (33:31 archivo “28AudienciaFallo”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Diana María Vargas Jerez, identificada con CC 1.090.449.043 y TP 289.559 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó acceder a su recurso

de apelación. Agotado el término de traslado, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **CAMILO ALBERTO LIBOS ACHKAR** nació el 13 de junio de 1958 (Pág. 9 archivo “*01EscritoDemanda*”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 26 de diciembre de 1984 al 30 de noviembre de 1995, cotizando 416,29 semanas (archivo “*18HistoriaLaboralDemandante*”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 1° de noviembre de 1995, efectivo a partir del

1º de diciembre de 1995, AFP donde permanece vinculado y acumula 1.736,86 semanas a noviembre de 2021 (Pág. 33 a 35, 69 archivo “16ContestacionDemandaProteccion”).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1º del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el

afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado,

obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que el asesor de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicar que podría pensionar con un monto igual o mejor que en el ISS y a una edad más temprana, sin aceptar haber sido asesorado de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró *la ineficacia de la afiliación* sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros

términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación

sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media, realizado por el señor demandante **CAMILO ALBERTO LIBOS ACHKAR**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de noviembre de 1995 contenida en el formulario No. 1010171712.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

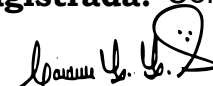
QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme

el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CAMILO ALBERTO LIBOS ACHKAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2021 00439 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.10-2019-00741-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **AFP PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional del demandante y se ordenó a las AFP PORVENIR y COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor, sin descuesto alguno, debidamente indexados, y condenó en costas a las demandadas (*min. 51:30, archivo “23AudioAudiencia”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con el fin de que se declare la

nulidad y/o ineficacia de la afiliación y el traslado realizado al RAIS por la inobservancia del deber de información y, en consecuencia, se condene a las AFP demandadas a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes y rendimientos, sin descuento alguno por gastos de administración, y a **COLPENSIONES** a recibir los valores y a actualizar la historia laboral, junto con la condena por costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que a la presentación de la demanda contaba con 53 años, cotizó al ISS, posteriormente se trasladó de PORVENIR y COLFONDOS, sin que recibiera información clara y concisa sobre las condiciones positivas y negativas de uno y otro régimen pensional; que el 09 de agosto de 2019, le solicitó a COLPENSIONES y COLFONDOS la anulación del formulario de traslado, petición que fue respondida de manera negativa; que posteriormente el 12 de agosto de 2019 elevó reclamación ante PORVENIR, sin que haya recibido respuesta (*pág. 28 a 41, archivo “01ExpedienteDigital”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante y la respuesta brindada a la solicitud presentada por éste. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica (*pág. 5 a 19, archivo “06ContestacionDemandaColfondos”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del

demandante, su afiliación al ISS y la reclamación presentada. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, inexistencia del derecho, buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 13, archivo “07ContestacionColpensiones”).

Mediante providencia del 27 de septiembre de 2022, el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (archivo “14AutoTieneContestadaFijaFecha”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 51:30, archivo “23AudioAudiencia”)

El 30 de noviembre de 2022, el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación del demandante señor EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el demandante 10/09/1996 y, en consecuencia, la subsecuente afiliación realizada con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS cuya novedad se realizó el 17/06/2003 y se procesó el 06/08/2003, y en consecuencia de la ineficacia de la afiliación a la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, realizado por el demandante EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ el 10 de septiembre de 1996, en consecuencia, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad a su afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** Se condena a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante señor EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **TERCERO:** Se condena a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las sumas o valores que hubiere recibido en la cuenta individual del señor EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ, con motivo de su afiliación, como corresponde a conceptos de cotizaciones, frutos e intereses, bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados y debe hacer la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades y también debe hacer la devolución debidamente indexada de estas sumas, y hacer la devolución de los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que se le

hubiesen realizado los descuentos al demandante durante su vinculación a COLFONDOS S.A., deberá hacer esta devolución allegando también a COLPENSIONES los documentos correspondientes al pago efectivo de estas sumas de dinero por EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ con destino a COLPENSIONES y con las documentales que permitan establecer cuáles fueron las sumas recibidas por COLFONDOS por concepto de cotizaciones, rendimientos, intereses, bonos si los hubiere y cuáles fueron las sumas que se le descontaron por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, para que COLPENSIONES pueda realizar la revisión de que se hace la devolución en los términos de esta sentencia, se le otorga a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de presente providencia para que haga la devolución ordenada, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO:** Se condena a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a realizar la devolución a COLPENSIONES, administradora del régimen de prima media, de las sumas descontadas durante su vinculación al señor EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ durante la vinculación a esta administradora por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexadas y así mismo realizar la devolución de los porcentajes descontados por concepto de garantía de pensión mínima, devolución para la cual se le otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, deberá acompañar la devolución de los documentos necesarios para que establezca COLPENSIONES que se hace la devolución de las sumas en los términos indicados en esta sentencia, por ende, debe allegar la documental que permita establecer cuáles fueron las sumas descontadas por estos conceptos al señor demandante y de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. **QUINTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia proceda a imputar en la historia laboral del demandante las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS en la historia laboral del señor EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ para efectos pensionales en COLPENSIONES y también se le condena a que debe una vez ingresen las sumas provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A. a hacer la revisión que se hace en los términos indicados en esta sentencia, todo de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. **SEXTO:** Se declaran no probadas las excepciones planteadas por las aquí demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **SÉPTIMO:** Se condena en costas de esta instancia a las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES a favor de la parte demandante. Deben ser tasadas por secretaría e incluir como agencias en derecho a cargo de AFP PORVENIR S.A. la suma de \$1.000.000 y como agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS la suma de \$ 250.000 para cada una. **OCTAVO:** De no ser apelada la presente providencia, debe darse trámite al grado jurisdiccional de consulta, de conformidad al artículo 69 del CPT y de la SS., por las condenas impuestas a COLPENSIONES.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar la validez o ineficacia de la afiliación y traslado que realizó el demandante a **PORVENIR**, por haberse incumplido el deber de información.

Para resolver, la Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL de la CSJ, constató con las documentales aportadas y las recaudadas en el juicio que el demandante se trasladó del RPM al RAIS e igualmente hizo traslado horizontal en este último régimen, sin embargo, expresó que no había ninguna prueba que demostrara que la AFP en el año 1996 le dio al demandante información cierta, veraz, oportuna sobre las consecuencias del traslado del régimen pensional, para que tomara una decisión debidamente informada, por lo que consideró que estaban las condiciones para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y afiliación realizada por el actor a **PORVENIR**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación. Adujo que en el proceso no se alegó ni probó los elementos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, pues el demandante era una persona capaz y tenía suficiente conocimiento para tomar una decisión libre y voluntaria, como lo indicó en su interrogatorio, de trasladarse a PORVENIR; que en el año 2004 se hizo una publicación en el Diario El Tiempo donde se le informaba a los afiliados la posibilidad de trasladarse de régimen pensional en virtud del periodo de vigencia de la Ley 797 de 2003; además, que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que al actor le asistía la obligación de cerciorarse de los servicios que quería contratar, por lo que debía indagar por las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse con PORVENIR S.A.; que el artículo 113 de la Ley de 1993 indica cuáles son los dineros que deben trasladarse cuando existe cambio de régimen pensional, lo que impide trasladar sumas diferentes

a las referidas en esta norma, por lo que de condenar a la restitución de todos los dineros se constituiría en un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y de COLPENSIONES, dado que durante la permanencia en la AFP se generaron rendimientos financieros que superan con creces los valores que se descuentan por concepto de administración; y respecto de la indexación dijo que resulta incompatible esta condena por sumas de dinero que no se encuentran en PORVENIR (*min. 58:28, archivo “23AudioAudiencia”*).

Igualmente, la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Señaló que el traslado de régimen pensional tiene plena validez ya que, conforme el interrogatorio, el demandante tuvo pleno conocimiento del traslado, el cual se llevó a cabo de forma libre y voluntaria y el asesor de la AFP suministró toda la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conduciría trasladarse del RPM al RAIS; que no se observó ningún vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo, conforme al artículo 1508 del Código Civil, por lo que en este caso no se configuran los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado pues el actor siempre estuvo consciente de la afiliación, sabía que se trataba del traslado de sus aportes, no fue obligado ni se ejerció fuerza o presión para que se trasladara y no hay prueba de que el asesor de manera dolosa lo indujera al traslado; dijo que a la parte actora se le respetó su derecho a la afiliación en el RAIS; que a dicha parte le correspondía desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones, quien, además, se encuentra en la prohibición de traslado de régimen pensional; finalmente, que no se debe condenar en costas a COLPENSIONES dado que actuó de buena fe (*min. 01:02:11, archivo “23AudioAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada

de dicho fondo, y quien solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

El apoderado principal de **PORVENIR S.A.**, solicitó la revocatoria de la sentencia primera instancia, al considerar que no se estructuraron los presupuestos para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita y tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo e insistió en los puntos planteados en la apelación.

Las demás partes no se pronunciaron en esta etapa.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, la indexación y la condena en costas,

conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ** nació el 30 de noviembre de 1965 y se afilió al ISS a partir del 05 de agosto de 1989 (*pág. 12, archivo “01ExpedienteDigital” y pág. 59, archivo “07ContestacionColpensiones”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 10 de septiembre de 1996, con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año (*pág. 5 y 7, archivo “21RespuestaRequerimiento”*); **iii)** y posteriormente realizó traslado en el RAIS a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 17 de julio de 2003, donde actualmente sigue vinculado (*pág. 5, archivo “21RespuestaRequerimiento”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad

social no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del DEMANDANTE, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues no contestó la demanda y en cumplimiento de un requerimiento del *a quo*, allegó el formulario de afiliación, pero la sola firma del formulario por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores le informaron únicamente beneficios y que el ISS se iba a acabar, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan

ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo que descarta los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener suma alguna. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y validarlos como semanas cotizadas, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Sin embargo, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este

medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad de la apoderada de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante señor EUCLIDES MACHADO RODRÍGUEZ con PORVENIR S.A. el 10 de septiembre de 1996, en*

consecuencia, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EUCLIDES MACHADO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

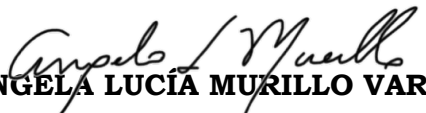
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00741 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.15-2019-00719- 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante **ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN** contra la sentencia del 07 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó a la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá a realizar una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral al actor, negó la nulidad del dictamen, absolvió de las pretensiones a la ARL SURA, dejó constancia que ARL SURA deberá hacerse parte en el proceso de calificación vía administrativa y se abstuvo de condenar en costas (*min. 01:05.29, archivo "33.1Audiencia"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN llamó a juicio a la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** y a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** con el fin de que se declare la nulidad del dictamen No.

79.453.044 y, en consecuencia, se ordene a la Junta Nacional de calificación de Invalidez a que realice un nuevo dictamen de calificación incluyendo las patologías síndrome de manguito rotador derecho, discopatía lumbar con radiculopatía, dolor crónico somático secundario a manguito rotador y discopatía, alteración de la marcha secundaria a discopatía y trastorno adaptativo, junto con la correspondiente condena por costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que es trabajador de la empresa Nutresa S.A.S desde 1995, durante 20 años realizó la labor de auxiliar de ventas donde debía realizar labores de conducción de vehículo de carga, entrega de pedidos cuyos pesos oscilan entre los 5 y 50 kg; que sufrió un accidente laboral el 19 de junio de 2012 como consecuencia de una caída y ello le generó una PCL del 5.07%, luego sufrió un accidente laboral el 06 de agosto de 2015 que le causó traumatismos en el hombro izquierdo y dicha patología fue tratada por la ARL SURA, y después sufrió otro accidente de trabajo el 23 de junio de 2016 afectando nuevamente su hombro derecho y fue tratado por la misma ARL, quien asumió las contingencias propias de la enfermedad laboral, por lo que, una vez terminada la rehabilitación le solicitó a dicha entidad la calificación de PCL, Aseguradora que en primera oportunidad le calificó las patologías de trauma en el hombro derecho con limitación funcional, trauma en el hombro izquierdo sin secuelas, trama en el hombro derecho con limitación funcional, trastorno de disco lumbar L4-L5 sin radiculopatía y le otorgó una PCL del 6.9% con fecha de estructuración del 24 de noviembre de 2016.

Manifestó que contra esa calificación presentó recurso de apelación ante la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quien a su vez le otorgó una PCL del 11.50% estructurada el 20 de febrero de 2017; que la ARL SURA interpuso recurso de reposición en subsidio apelación solicitando se hiciera una valoración conjunta y a su vez él como interesado también presentó recurso de apelación argumentando diferentes inconformidades; en virtud de ello, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resolvió

los recursos de apelación confirmando el dictamen recurrido, pero solo calificando la patología de trastornos especificados de discos intervertebrales.

Y finalmente, que solicitó un concepto de determinación de pérdida de capacidad laboral, donde se le estableció una PCL del 54.81% (*pág. 1 a 9, archivo "003.Demanda"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** se opuso a las pretensiones. Aceptó la ocurrencia de accidentes de trabajo del demandante, la calificación realizada por esa Junta, la interposición de los recursos y la firmeza del dictamen de la Junta Nacional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de título y de causa*, inexistencia jurídica de las obligaciones demandadas, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de la parte demandada y la innominada o genérica (*pág. 2 a 20, archivo "012ContestacionDeDemanda"*).

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** no se opuso a las pretensiones. Aceptó el cargo desempeñado por el demandante, la ocurrencia de accidentes de trabajo, el dictamen expedido por la ARL SURA el 18 de octubre de 2017, el recurso presentado por el actor, el dictamen expedido por la Junta Regional, los recursos presentados por el accionante y la ARL SURA, el dictamen expedido por esa Junta y su firmeza. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *improcedencia de la revisión de calificación de incapacidad permanente parcial – cumplimiento de los lineamientos legales existentes*, inexistencia de los presupuestos legales para calificación integral conjunta de patologías aplicación de la sentencia C-425-2005, la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al

dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación – competencia como revisor de segunda instancia, improcedencia del petitum ante la inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen: carga de la prueba a cargo del contradictor, inexistencia de la obligación: improcedencia de pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación – competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada y la innominada o genérica (*pág. 1 a 28 archivo “DNG-CONTESTACION Elías Castañeda León C.C 79.453.044- NO PROCEDE CALIFICACIÓN INTEGRAL NI REVISION DE IPP (003)” carpeta 13.1 Anexo*)

En audiencia celebrada el 15 de abril de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la integración como litis consorcio necesario a ARL SURA (*min. 14:00, archivo “20.1Audiencia”*).

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la expedición del dictamen No.389744 del 18 de octubre de 2017, los recursos presentados por el demandante, el dictamen de la Junta Regional, los recursos interpuestos, la expedición del dictamen de la Junta Nacional y su firmeza. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y en su defensa propuso las excepciones de *existencia de una decisión en firme de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de obligatorio cumplimiento*, calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral en firme realizado por el ente experto en última instancia, improcedencia de exigencias económicas a Seguros de Vida Suramericana, falta de agotamiento de trámite administrativo frente a patologías y/o secuelas, cumplimiento de Seguros de Vida Suramericana de todas sus obligaciones, enriquecimiento sin causa, falta de legitimación por pasiva, prescripción de derechos y prestaciones, buena fe y la innominada o genérica (*pág. 1 a 26, archivo “023ContestacionDeDemanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:05.29, archivo “33.1Audiencia”).

El 07 de diciembre de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ORDENAR a la junta regional de calificación de invalidez que proceda a calificar nuevamente al señor demandante Elías Castañeda León teniendo en cuenta en dicha calificación una valoración integral o completa de las siguientes patologías laborales si efectivamente se evidencia medicamente que las presenta consistentes en síndrome de manguito rotador derecho, discopatía lumbar con radiculopatía, dolor crónico somático secundario a manguito rotador y discopatía, alteración a la marcha secundaria a discopatía y trastorno adaptativo, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: NEGAR la nulidad de dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 79453044-18360 de fecha 28 de noviembre de 2018 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia. TERCERO: ABSOLVER a la ARL SURA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción dada su forma de vinculación al presente asunto y conforme se expuso en la parte motiva no se evidencia ninguna responsabilidad por parte de la ARL SURA frente a la situación, únicamente la Junta Nacional y la Junta Regional en cuanto deben nuevamente proceder a calificar al demandante. CUARTO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia QUINTO: DEJAR CONSTANCIA que la ARL SURA deberá tener en cuenta, hacerse parte del proceso de calificación en vía administrativa del señor demandante y tendrá en cuenta frente a la nueva calificación que se le haga el pago de los derechos prestacionales y asistenciales a que haya lugar con las nuevas patologías e igualmente tener en cuenta los pagos ya efectuados frente a estas patologías que ya habían sido objeto de indemnización, es decir, para evitar un doble pago frente a las mismas como se expuso en la parte motiva (...)

Con ocasión de una solicitud de la parte actora, el despacho aclaró la sentencia en el sentido de indicar que como no fue demandada la ARL SURA, sino vinculada posteriormente, resultaba improcedente condenar a dicha entidad a pagar los honorarios ante la Junta Regional y Nacional y, por ende, señaló que estos correrían a cargo del demandante.

El juzgado fijó el problema jurídico en establecer si era procedente declarar la nulidad del dictamen por la patología

trastornos especificados de discos intervertebrales emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por no haber resuelto lo solicitado y, si como consecuencia, se debía emitir una nueva calificación integral teniendo en cuenta las patologías síndrome de manguito rotador bilateral, discopatía lumbar con radiculopatía, dolor crónico somático secundario a manguito rotador y discopatía, alteración a la marcha secundaria a discopatía y trastorno adaptativo.

Para resolver indicó que **ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN** sufrió 5 accidentes de trabajo el 05 de enero de 2006, el 19 de junio de 2012, 25 de septiembre de 2014, 06 de agosto de 2014 y 23 de junio de 2016, que valorados los medios de prueba allegados al proceso no había ninguna causal de nulidad, puesto que esas valoraciones gozan de presunción de legalidad y conforme con las patologías que se evidenciaban en ese momento, pero que ello no significa que el trabajador este imposibilitado para que se haga una nueva calificación.

Por ello, concluyó que procedía la calificación incluyéndole las patologías reclamadas, siempre y cuando el actor las presente, y dispuso que, para garantizar la doble instancia, la nueva calificación debía ser emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por una sala diferente a la que calificó al demandante y en segunda instancia ante la Junta Nacional Calificación de Invalidez, en una sala diferente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque y, en su lugar, se despachen favorablemente las pretensiones declarativas y condenatorias en la demanda y se deje sin efectos el dictamen, ordenando a las demandadas iniciar de nuevo el proceso de calificación de PCL de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas aplicando al manual de calificación que corresponda y

ordenar a la ARL SURA como ente inicial de calificación asuma los gastos que le puedan generar al demandante una nueva calificación.

Adujo que de acuerdo con las calificaciones emitidas por la ARL SURA, la Junta Regional y la Junta Nacional distan mucho de la calificación que realmente acredita el actor, a quien se le debe valorar de forma integral todas sus patologías pero estableciendo de forma independiente cada una de sus secuelas, y por ello considera, con fundamento en la prueba pericial aportada, que el dictamen emitido por la Junta Nacional debe ser declarado nulo y como consecuencia, el trámite debe iniciar nuevamente con la calificación en primera oportunidad por parte de la ARL SURA, y es esa administradora quien debe asumir el valor de los honorarios y no **al actor**, pues afirma que es deber legal de estas entidades de riesgos laborales asumir dichas erogaciones (*min. 01:10:28, archivo "33.1Audiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante en sus alegatos de conclusión solicitó se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos planteados en la alzada.

La apoderada de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

No hubo intervención de los demás sujetos procesales.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si procede la declaratoria de nulidad del dictamen No. 79453044-18360 de fecha 28 de noviembre de 2018 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y si como consecuencia de ello se debe iniciar nuevamente la calificación en primera oportunidad por parte de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., y quién debe asumir los gastos que generen ante nuevas calificaciones que se surtan en la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, conforme lo planteado en el recurso de apelación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen No. 79453044 del 22 de abril de 2014 calificó a ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN con una PCL del 5,07% estructurada el 16 de septiembre de 2012, originada por accidente de trabajo, por el diagnóstico de *traumatismo superficial no especificado de hombro y del brazo* (pág. 1 a 6, archivo “dictamen Elías Castañeda León (abr-14)”, carpeta “13.1Anexo”); **ii)** la misma JUNTA mediante dictamen No. 8459 del 05 de mayo de 2016 determinó que la patología *trastorno de disco lumbar L4-L5 con radiculopatía L.5 bilateral* es enfermedad de origen laboral (pág. 1 a 12, archivo “dictamen Elías Castañeda León (may-16)” carpeta 13.1Anexo); **iii)** también mediante dictamen No. 2017 del 24 de marzo de 2018 la JUNTA NACIONAL le determinó al accionante una PCL del 11.50% estructurada el 20 de febrero de 2017 de origen laboral por la patología *otros trastornos especificados de los discos intervertebrales* (pág. 63 a 65, archivo “24.1AnexoPruebasSura”); **iv)** la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen No.18360 del 28 de noviembre de 2018, le determinó al actor una PCL del 11.50% estructurada el 20 de febrero de 2017 de origen laboral, por la patología de *otros trastornos especificados de los discos intervertebrales*

(pág. 74 a 85, archivo “24.1AnexoPruebasSura”); **v)** y ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN tiene calificadas como de origen laboral las siguientes patologías: evento del 05 de enero de 2006 lesión en pie que requirió manejo médico; evento del día 01 de febrero de 2012 lesión en pierna derecha leve; evento del 19 de junio de 2012 lesión en hombro derecho que requirió atención médica y quirúrgica, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía del 01 de junio de 2015, evento del 06 de agosto de 2015, consistente en lesión de hombro izquierdo derivado de accidente de trabajo y evento del 23 de junio de 2016 lesión de hombro derecho (pág. 110 a 113, archivo “24.1AnexoPruebasSura”).

- Relevancia constitucional de la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.

El artículo 48 constitucional, consagró la seguridad social como un derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio colombiano. Para materializar lo anterior, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, el cual incorpora el Sistema General de Pensiones y el Sistema de Riesgos Laborales, que consagran prestaciones asistenciales y económicas ante la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del afiliado.

La calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones del Sistema General de Pensiones o del Sistema de Riesgos Laborales, al definir el porcentaje de afectación en sus habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social necesarias para desarrollar una actividad productiva y las actividades de la vida cotidiana y ocupacional, el origen de las mismas y la fecha de estructuración de tal pérdida.

Por su importancia, el trámite de calificación de pérdida laboral y ocupacional está regulado normativamente. El artículo 250 de la Ley 100 de 1993, dispone que sus reglas y procedimientos son iguales sin

consideración del origen del padecimiento; a su vez, el artículo 41 *ibidem* consagra el trámite de calificación, en primera oportunidad y en doble instancia, define las entidades responsables de llevarlas a cabo y los medios de defensa judicial para resolver las controversias que surjan.

La H. Corte Constitucional, en la sentencia T-876 de 2013 reconoció el derecho de toda persona a la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por ser ésta el medio para establecer a qué tipo de prestaciones puede acceder el afiliado como resultado de la enfermedad o accidente generado por su actividad laboral productiva o por causas comunes, por lo que la vulneración del derecho a la calificación compromete la efectividad de otros derechos, como lo son la seguridad social, derecho a la vida digna y al mínimo vital, los cuales se trasgreden si: i) se niega el derecho a la valoración; ii) se incurre en una dilación injustificada de la misma; iii) no se observan los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de la capacidad laboral.

En la sentencia T-427 de 2018, la Alta Corte reafirmó el derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y que todo acto tendiente a dilatar o negar injustificadamente su realización es contrario a la Constitución. Por su parte, en la sentencia T-257 de 2019 se indicó que el derecho a la calificación impone el respeto estricto de las condiciones normativas que regulan dicho trámite, so pena de afectar el derecho fundamental al debido proceso.

Por su parte, en la sentencia C-425 de 2005, se declaró inexecutable el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, por permitir que un individuo materialmente inválido no lo fuera formalmente pese a sufrir un grado de incapacidad igual o mayor al 50% siendo privado de su derecho a la seguridad social. A su vez, la sentencia T-046 de 2019, concluyó que es razonable la valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales en la calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional y la sentencia C-120 de

2020 estableció que la reglamentación para fijar la pérdida de capacidad laboral, adoptada desde el Decreto Ley 692 de 1995 y actualmente consignada en el Decreto 1507 de 2014, acoge el principio de valoración integral.

Recientemente, la sentencia T-250 de 2022, reiteró el derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral y afirmó que protege otros derechos fundamentales, siendo vulnerado por negarse la valoración, por negar la actualización o por la demora injustificada no imputable al sujeto interesado; a su vez, la inobservancia de los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de capacidad laboral y la negativa de las entidades obligadas a realizar la valoración de la persona cuando su situación de salud lo requiere, trasgreden el derecho a la seguridad social y se erigen en obstáculos para el goce de las garantías fundamentales a la salud, la vida digna y el mínimo vital, al impedir determinar el origen de la afección y el nivel de alteración de la salud y de la pérdida de capacidad laboral del trabajador o del usuario del sistema, lo cual impiden conocer los derechos que eventualmente podría reclamar el afectado.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el estado de invalidez de un trabajador se puede establecer mediante la valoración científica de las juntas de Calificación, a través del procedimiento señalado en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, pero no significa que los dictámenes sean intocables y únicos, pues en modo alguno dichos dictámenes tienen la virtud de resolver de manera definitiva las controversias surgidas en torno al grado de invalidez ni de producir efectos de cosa juzgada (SL3992-2019, SL2349 de 2021).

Igualmente, la misma Corporación ha advertido que para determinar la condición de invalidez de una persona, pueden coexistir 3 tipos de solicitudes de calificación que surten un mismo procedimiento *-calificación en primera oportunidad y calificaciones de instancia-*, respecto de las cuales varía su denominación, así: (i)

calificación inicial de pérdida de la capacidad laboral; (ii) revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez, y (iii) calificación integral de la invalidez. Por ello, dice la Corte, dada la evolución de las patologías, la aparición de nuevos diagnósticos de un mismo origen o de una génesis diversa, pueda no solo determinarse en forma inicial un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también revisarse en el sistema de seguridad social o por vía judicial una calificación que ya está en firme o realizarse una *calificación integral* que incluya factores comunes y laborales, con el fin de dictaminar la situación material de invalidez de una persona, lo anterior, con las características propias que supone cada uno de estos trámites de calificación (SL1987-2019 y SL3008-2022).

- **Sobre el pago de honorarios ante las Juntas de Calificación de Invalidez:**

El pago de los honorarios de los dictámenes expedidos por las juntas regionales y nacional de calificación de invalidez equivalen a la suma de un (1) SMLMV para el año en que se radique la solicitud, valor que deberá asumirlo las AFP, las ARL o el afiliado cuando solicite el dictamen de manera directa, o por quien determine la autoridad judicial, lo anterior conforme al artículo 2.2.5.1.16 del Decreto 1072 de 2015, que compiló el artículo 20 del Decreto 1352 de 2013.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio se tiene que si bien el apoderado de la parte actora solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, la única pretensión a la que no accedió el *a quo* fue la de no declarar la nulidad del dictamen, al considerar que no se contaban con los elementos necesarios al momento de la calificación por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Sin embargo, y a pesar de ello, ordenó practicar nuevamente el dictamen, más allá de lo pedido por el accionante, y dispuso que, con el fin de respetar la

doble instancia, se hiciera a través de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, incluyendo todas las patologías solicitadas por ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN.

El apoderado del demandante en el escrito de demanda (*pág. 1 a 9, archivo "003.Demanda"*) e incluso la perito en la sustentación del dictamen (*min. 33:03, archivo "29.1Audiencia" y min. 05:48, archivo "31.1Audiencia"*) indicaron que al accionante se le debe emitir un nuevo dictamen por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ teniendo en cuenta todas las enfermedades, tanto las ya calificadas como las que no han sido calificadas de origen y que es la JUNTA NACIONAL la que debe decretar las pruebas y solicitar los documentos clínicos pertinentes para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. No obstante, el fundamento de la alzada refiere que las enfermedades deben ser calificadas por separado por parte de la ARL en primera oportunidad, aspecto ajeno a las pretensiones elevadas en la demanda, sobre las cuales se surtió todo el trámite procesal y así fue objeto de pronunciamiento por la parte pasiva en ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Por ende, para dar respuesta al recurrente basta precisar que le correspondía a dicha parte acreditar cada uno de los aspectos que, dice, viciaron el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 18 de noviembre de 2018, a modo de ejemplo, los documentos aportados en el trámite de calificación que no fueron valorados o que se hizo una valoración indebida o sin pronunciamiento frente a los aspectos planteados en los respectivos recursos, circunstancias que no se observan con claridad en este caso, pues que si se revisa la citada calificación, (*pág. 19 a 30, archivo "005Demanda"*), la JUNTA NACIONAL se pronunció sobre los aspectos controvertidos y manifestó las razones por las cuales no procedía realizar una calificación integral, sin que dicha circunstancia sea suficiente para desvirtuar ese estudio en firme.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el dictamen cuestionado tuvo su origen en la calificación en primera oportunidad realizada por ARL SURA el 18 de octubre de 2017 (*pág. 5 a 9, archivo "005Demanda"*), donde dispuso la recalificación de las secuelas causadas por trauma en el hombro derecho, con limitación funcional, trauma en el hombro izquierdo, sin secuelas, trauma en el hombro derecho, con limitación funcional y trastorno de disco lumbar L4-L5, sin radiculopatía. Luego, no era posible que las instancias posteriores incluyeran patologías no calificadas en primera oportunidad y menos aún realizar una valoración integral de todas las enfermedades que sufre el actor e incluir, aún, hechos nuevos que no fueron debatidos al interior del trámite de calificación previo, como la aparición de nuevas enfermedades.

El hecho de que existan dictámenes en firme no afecta en un futuro las prestaciones asistenciales o económicas que se puedan derivar a favor del afiliado, pues de acuerdo con la jurisprudencia citada, estos no tienen la condición de generar efectos de cosa juzgada y, por ende, la pérdida de capacidad laboral puede ser revisada con posterioridad.

En este caso, de existir calificaciones previas por patologías de origen común o laboral, debía el demandante solicitar directamente la calificación integral en primera oportunidad para surtir el trámite correspondiente y permitir a todos los interesados su participación, situación que no aconteció en el presente asunto.

Bajo este análisis, la nulidad reclamada no encuentra prosperidad, lo que daría lugar al fracaso de los demás pedimentos de la demanda. Sin embargo, al no ser recurrida la sentencia de primera instancia por la parte pasiva y para no hacer más gravosa la situación del único apelante, se confirmará la decisión de primera instancia que ordenó la práctica de una nueva calificación que incluya el análisis integral de todas las patologías solicitadas por ELÍAS CASTAÑEDA LEÓN. Ahora, atendiendo que tampoco fue objeto de recurso la

inclusión de las enfermedades síndrome de manguito rotador derecho, discopatía lumbar con radiculopatía, dolor crónico somático secundario a manguito rotador y discopatía, alteración a la marcha secundaria a discopatía y trastorno adaptativo, la Sala se releva de estudiar la procedencia de la calificación con la inclusión de dichas patologías.

No le asiste razón al apoderado al solicitar que la calificación debe iniciarse desde la primera oportunidad con la ARL, puesto que en la demanda lo que se solicitó fue la expedición de un nuevo dictamen por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no siendo viable en el curso del proceso laboral la inclusión de nuevas pretensiones, salvo con la reforma de la demanda, situación que aquí no ocurrió.

Frente al pago de honorarios para la realización de los correspondientes dictámenes, tampoco fue una pretensión que se invocara en la demanda y por el ello el Juzgado impuso las mismas a cargo de quien acudió al sistema jurisdiccional, decisión que no resulta desacertada pues, además, la parte actora no demostró incapacidad económica que le impida asumir ese costo. Sin embargo, se aclarará esta orden en el sentido de que la parte demandante tendrá derecho al respectivo reembolso en los términos del artículo 2.2.5.1.16 del Decreto 1072 de 2015, que compiló el artículo 20 del Decreto 1352 de 2013.

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: ACLARAR la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que la parte demandante tendrá derecho al respectivo reembolso de los honorarios que se requieran para surtir la calificación de pérdida de capacidad laboral ordenada, en los términos del artículo 2.2.5.1.16 del Decreto 1072 de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrados Ponentes

Radicado No. 20-2013-00866-02

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de la sentencia del 15 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que **MERCEDES CLAROS DE ROJAS** y **GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS** son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 26.5% y 23.5%, respectivamente, por el fallecimiento de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.), y que los menores **EDWIN STEVEN ROJAS PINZÓN** y **ÁNGEL IGNACIO ROJAS PINZÓN**, hoy mayores de edad, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijos del causante en un porcentaje del 25% para cada uno, ordenando a la demandada a pagar el retroactivo desde el 31 de octubre de 2011, debidamente indexado, y a acrecentar la mesada pensional de la cónyuge y compañera permanente en un porcentaje del 53% y 47%, respectivamente, una vez se extinga el derecho a favor de los hijos, y se abstuvo de condenar en costas (*min. 36:31, archivo “21 2013-866 ORD Fls 321 a 323 – ACTA AUDIENCIA*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

MERCEDES CLAROS DE ROJAS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.), junto con el correspondiente retroactivo pensional, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que Ángel Ignacio Rojas Salazar era pensionado de Colpensiones y falleció el 31 de octubre de 2011; que convivió con el pensionado hasta el momento de su muerte, con quien procreó seis hijos; que GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS contrajo matrimonio con el causante a pesar de tener conocimiento de su vínculo por el rito católico, sin que existiera cesación de efectos civiles (*pág. 2 a 4, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de pensionado de Ángel Ignacio Rojas Salazar y la fecha de su deceso. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido y la innominada o genérica (*pág. 30 a 37, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

Mediante providencia del 18 de julio de 2014, dictada por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó la vinculación de GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS, como litisconsorte necesaria (*pág. 44 y 45, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de pensionado del causante, la fecha de su fallecimiento y la existencia del matrimonio civil. Expresó que los demás hechos no le constaban y no propuso excepciones (*pág. 76 a 82, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS presentó demanda de reconvención solicitando se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.), a partir del 31 de octubre de 2011, intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que contrajo matrimonio civil con Ángel Ignacio Rojas Salazar el 02 de noviembre de 2005, procreó con el pensionado 4 hijos y su convivencia perduró durante 20 años, hasta la fecha del deceso del pensionado; que su ultimo domicilio fue en el país de España y solicitó a Colpensiones la pensión de sobrevivientes en nombre propio y en favor de sus hijos; y que solo al fallecimiento Ángel Ignacio Rojas Salazar se registró el matrimonio celebrado con MERCEDES CLAROS DE ROJAS (*pág. 112 a 122, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

MERCEDES CLAROS DE ROJAS se opuso a las pretensiones. No se pronunció sobre los hechos de la demanda y formuló las excepciones de *temeridad y mala fe*, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa (*pág. 182 a 184, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

El Juzgado de instancia profirió sentencia de primera instancia el 05 de junio de 2018 (*min. 59:10, archivo “03 AUD 05 06 2018*

CP_0605112218862”) y el proceso llegó a este Tribunal en grado jurisdiccional de consulta, y en audiencia celebrada el 06 de marzo de 2019 (pág. 244 y 245, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”) y archivo “05.AUD.TRIBUNAL-06 03 2019”) se decretó la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda y ordenó rehacer la actuación procesal, por no haberse vinculado ni pronunciado la primera instancia sobre el derecho de los hijos menores del causante, conservando la validez de las pruebas recaudadas.

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en auto del 26 de marzo de 2019, cumplió lo ordenado por esta Corporación, disponiendo la vinculación de los menores EDWIN STIVEN ROJAS PINZON, ANGEL IGNACIO ROJAS PINZON y GLORIA ANGELCIA ROJAS PINZON (pág. 248 y 249, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”), y ante la imposibilidad de su notificación personal, ordenó la publicación de edicto emplazatorio y la designación de curador ad-litem.

INTERVENCIÓN HIJOS MENORES DEL CAUSANTE

El curador ad-litem de EDWIN STEVEN ROJAS PINZÓN, ÁNGEL IGNACIO ROJAS PINZÓN y GLORIA ANGÉLICA ROJAS PINZÓN, hoy mayores de edad, no se opuso a las pretensiones, aceptó la totalidad de los hechos y no formuló excepciones de mérito (pág. 3 a 5, archivo “18 contestación curador menores vinculados”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 36:31, archivo “21 2013-866 ORD Fls 321 a 323...”)

El 15 de julio de 2022, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: DECLARAR que la señora MERCEDES CLAROS DE ROJAS en calidad de compañera (sic) supérstite y la señora GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS en calidad de compañera permanente supérstite, son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes conforme lo

disponen los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 con ocasión al fallecimiento del señor ÁNGEL IGNACIO ROJAS SALAZAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora MERCEDES CLAROS DE ROJAS, en calidad de cónyuge supérstite con ocasión al fallecimiento del señor ÁNGEL IGNACIO ROJAS SALAZAR, en un 26.5% de la mesada pensional, a partir del 31 de octubre de 2011, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS, en calidad de compañera permanente supérstite con ocasión al fallecimiento del señor ÁNGEL IGNACIO ROJAS SALAZAR, en un 23.5% de la mesada pensional, a partir del 31 de octubre de 2011, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE. **CUARTO:** CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a los menores EDWIN STIVEN y ÁNGEL IGNACIO ROJAS PINZÓN con ocasión del fallecimiento del señor ÁNGEL IGNACIO ROJAS SALAZAR en proporción del 25% respectivamente de la mesada pensional, a cada uno, a partir del 31 de octubre de 2011 y hasta que se acrediten las condiciones resolutorias extintivas del derecho, es decir, hasta el cumplimiento de la edad de 18 años o hasta cuando se acrediten los estudios realizados para tales efectos y sin que sea superior a los 25 años de edad, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE. **QUINTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a ACRECENTAR el derecho de la cónyuge supérstite señora MERCEDES CLAROS DE ROJAS en cuantía del 53% y a la compañera permanente GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS en cuantía hasta del 47% para un 100% una vez se verifique la extinción del derecho, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de Ley, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE. **SEXTO:** ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SÉPTIMO:** Sin costas en esta instancia. **OCTAVO:** Si la presente providencia es o no apelada, de todas maneras, envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en tanto fue condenada COLPENSIONES entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la nación (...).

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar quién tenía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) y la procedencia de las pretensiones deprecadas en la demanda o en la demanda de reconvención.

Para resolver indicó que de los medios de prueba allegados al proceso se logró establecer que el vínculo matrimonial entre el causante y MERCEDES CLAROS DE ROJAS el 25 de diciembre de 1974 se encuentra vigente, por lo que dedujo que el matrimonio celebrado entre GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS y el causante no tenía validez, al existir un vínculo conyugal previo, y en su calidad de compañera permanente debía acreditar los cinco años de convivencia con anterioridad al fallecimiento del pensionado.

Frente a la calidad de beneficiarias indicó que MERCEDES CLAROS DE ROJAS convivió con el causante desde el 25 de diciembre de 1974 hasta el año 1994, aproximadamente, cuando el causante inició una relación con GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS, quien a su vez convivió con el pensionado desde finales de 1994 hasta el 31 de octubre de 2011 fecha de su deceso. Así, concluyó que ambas personas acreditaban la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge y compañera permanente, reconociendo la prestación en un porcentaje del 26.5% para la MERCEDES CLAROS DE ROJAS y un 23.5% para GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS.

Respecto de EDWIN STIVEN ROJAS PINZÓN, ÁNGEL IGNACIO ROJAS PINZÓN Y GLORIA ANGÉLICA ROJAS PINZÓN señaló que eran hijos del causante y que EDWIN STIVEN y ANGOL IGNACIO eran menores de edad al momento del deceso de su padre, por lo que reconoció su calidad de beneficiarios en proporción del 25% para cada uno de ellos. Y de GLORIA ANGÉLICA ROJAS indicó que, si bien al momento del fallecimiento del señor Ángel Ignacio Rojas contaba con 21 años de edad, no hay prueba de que se encontrara estudiando y, en consecuencia, dio por no acreditado su derecho.

Adicionalmente, dispuso el acrecimiento de la mesada pensional a favor la cónyuge y compañera permanente, una vez finalice el derecho de los hijos.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de COLPENSIONES le sustituyó poder al doctor Gustavo Enrique Martínez González, identificado con CC 1.014.196.194 y T.P 276.516 del C.S.J., a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se revoque el fallo de primera instancia sustentado en argumentos relacionados con un asunto que no se ventila en este proceso (ineficacia de traslado de régimen pensional):

Las demás partes no presentaron escrito de intervención en esta etapa.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si MERCEDES CLAROS DE ROJAS y GLORIA PATRICIA PINZÓN CÁRDENAS acreditan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por la muerte

del pensionado Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.), si EDWIN STIVEN ROJAS PINZÓN y ÁNGEL IGNACIO ROJAS PINZÓN tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de hijos menores del causante y la procedencia del reconocimiento y pago del retroactivo pensional.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** Ángel Ignacio Rojas Salazar falleció el 31 de octubre de 2011 (pág. 6, *archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*) y era pensionado del ISS hoy COLPENSIONES según Resolución No. 111779 del 13 de junio de 2011, en cuantía inicial de \$745.836 a partir del 1° de junio de 2011 (*pág. 227 a 228, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*); **ii)** Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) y MERCEDES CLAROS DE ROJAS contrajeron matrimonio por el rito católico el 25 de diciembre de 1974 (*pág. 7, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*); **iii)** Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) y GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS contrajeron matrimonio por el rito civil el 02 de noviembre de 2005 ante la Notaría Única de Mosquera (C) (*pág. 110, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*); **iv)** ÁNGEL IGNACIO ROJAS PINZÓN nació el 30 de julio de 1996 y es hijo de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) (*pág. 89 y 90, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*) y Edwin Steven Rojas Pinzón nació el 05 de agosto de 1998 y es hijo de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) (*pág. 104 a 105, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*); **v)** GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS solicitó a COLPENSIONES, en nombre propio y en favor de sus hijos menores, la pensión de sobrevivientes el 28 de diciembre de 2011 (*pág. 229 a 230, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*); **vi)** y COLPENSIONES mediante resoluciones GNR 064133 del 15 de abril de 2013 y VPB 6599 del 01 de noviembre de 2013 negó la pensión de sobrevivientes a MERCEDES CLAROS DE ROJAS Y GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS y dejó en suspenso el reconocimiento hasta que esta jurisdicción se pronuncie (*pág. 14 a 19, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*).

- **De la pensión de sobrevivientes.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el pensionado Ángel Ignacio Rojas Salazar falleció el 31 de octubre de 2011, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

Sobre este último aspecto, resulta pertinente indicar que el inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece:

“(...) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (...).”

Para fijar el alcance de la precitada disposición, es indispensable acudir a la sentencia C-515 del 30 de octubre de 2019, donde la H. Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad de un aparte del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consideró que en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, para que el cónyuge separado de hecho tenga la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe tener sociedad conyugal vigente. Sobre el particular la Corte consideró:

“(...) En tercer lugar la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. Los bienes del haber absoluto incluyen las “pensiones” (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo). Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su

pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente (...)”.

En los términos de la norma y jurisprudencia referidas, en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, el cónyuge separado de hecho, solo puede tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando la sociedad conyugal se encuentra vigente.

CASO CONCRETO

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) fue pensionado por el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución No. 111779 del 13 de junio de 2011, en cuantía inicial de \$745.836 a partir del 01 de junio de 2011 (*pág. 227 a 228 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*) y que falleció el 31 de octubre de 2011 (*pág. 6 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*) en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, es decir, dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios.

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar quiénes acreditan la calidad de beneficiarios de la referida prestación, así:

MERCEDES CLAROS DE ROJAS contrajo matrimonio con Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) el 25 de diciembre de 1974 (*pág. 7 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*), vínculo se encontraba vigente a la fecha del insuceso, por lo que para acreditar la calidad de beneficiaria debía demostrar convivencia por un término de 5 años en cualquier tiempo con el pensionado.

Respecto de GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS se tiene que contrajo matrimonio civil con Ángel Ignacio Rojas Salazar el 02 de

noviembre de 2005 (*pág. 3 a 4 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*), vínculo también vigente a la fecha del deceso del pensionado. Si bien sobre este acto solemne, conforme las reglas del artículo 140 numeral 12 del Código Civil, podría recaer una causal de nulidad, al existir un vínculo vigente de un matrimonio anterior, no es competencia de la especialidad laboral pronunciarse sobre la validez, pues es un asunto que recae exclusivamente en la especialidad del derecho de familia, por lo tanto para acreditar la calidad de beneficiaria debía demostrar convivencia por un término de 5 años en cualquier tiempo con el pensionado.

MERCEDES CLAROS DE ROJAS en su interrogatorio indicó que contrajo matrimonio con Ángel Ignacio el 25 de diciembre de 1974, pero que él se fue de la casa entre el año 1995 a 1997 y nunca volvió, que se iba a trabajar y se demoraba cierto tiempo, pero posteriormente se enteró que estaba viviendo con MARGARITA y que el pensionado falleció en España (*min. 33:32, archivo “04 AUD 21 02 2017 CP_0221114116156”*).

Se recepcionaron los testimonios de Graciela García (*min. 50:36, archivo “04 AUD 21 02 2017 CP_0221114116156”*) quien dijo no conocer a MERCEDES CLAROS y ser comadre de MARGARITA, conoció a Ángel Ignacio en el barrio el Porvenir de Mosquera en el año 1994, y para ese tiempo Ángel y MARGARITA ya vivían allí, que Ángel se fue a España en el año 2000 o 2001 y a los 4 o 5 años pidió la reagrupación familiar y en el 2006 se fueron todos a España. Saúl Rincón Usa (*min. 57:30, archivo “04 AUD 21 02 2017 CP_0221114116156”*) en su testimonio expresó no conocer a MERCEDES CLAROS, pero si a MARGARITA porque es su cuñada, y conoció a Ángel Ignacio en el año 2000, que la pareja vivía en Mosquera, el pensionado se fue a España en el 2001 y en el año 2004 vino a Colombia a llevar documentos y se casó con GLORIA MARGARITA y que en el año 2006 ella se fue a España.

La testigo María Vanesa Pinzón Cárdenas (*min. 01:03:34 archivo “04 AUD 21 02 2017 CP_0221114116156”*) dijo ser hermana de MARGARITA, que conoció al causante en el año 1990 cuando se fue a vivir con su hermana, la pareja vivía en el barrio Porvenir en Mosquera, el causante se fue a España en el 2001 y regresó en el 2004 a casarse con MARGARITA, su hermana se fue a España en agosto de 2006 y desde entonces todos vivían en España. Por su parte, el testigo Jesús Hover Rojas Claros (*min. 01:12:58 archivo “04 AUD 21 02 2017 CP_0221114116156”*) indicó ser hijo del causante y de MERCEDES CLAROS, conoce a GLORIA MARGARITA porque eran vecinos en el Barrio Potosí, sus padres vivieron juntos hasta el año 1992 o 1994, y en el año 1995 el núcleo familiar ya estaba deteriorado. Y finalmente, Luz Mayerly Rojas Claros (*min. 06:50 archivo “03 AUD 05 06 2018 CP_0605112218862”*) en su declaración manifestó ser hija del causante y de MERCEDES CLAROS, conoce a GLORIA MARGARITA porque era vecina y amiga de su madre en el Barrio Potosí, que GLORIA MARGARITA CÁRDENAS tuvo una relación con su padre y se fueron a vivir en el año 1994.

Con lo anteriores medios probatorios, se concluye que MERCEDES CLAROS DE ROJAS convivió con Ángel Ignacio Rojas desde el 25 de diciembre de 1974 hasta el año 1994, esto fue, durante 20 años aproximadamente, superando así el requisito mínimo de 5 años de convivencia en cualquier tiempo. Por su parte, GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS convivió con el causante desde el año 1994 hasta por lo menos el año 2001 y luego desde el año 2006 hasta la fecha de su fallecimiento 31 de octubre de 2011, en España, superando así el requisito mínimo de 5 años de convivencia en cualquier tiempo atendiendo a que ostenta la calidad de cónyuge sobreviviente. Es preciso destacar que entre el año 2001 a 2005 la convivencia de esta última pareja se vio interrumpida por el viaje que tuvo el causante a España.

Si bien el *a quo* declaró que el derecho pensional que le asiste a GLORIA MARGARITA PINZÓN es en calidad de compañera permanente

y no como cónyuge, contrario a lo determinado por esta Sala, no se modificará la sentencia de primera instancia en dicho aspecto atendiendo a que no fue motivo de inconformidad.

Finalmente, se tiene que Ángel Ignacio Rojas Pinzón nació el 30 de julio de 1996 y es hijo de Ángel Ignacio Rojas Salazar (q.e.p.d.) (*pág. 89 y 90 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumbr”*). Igualmente, Edwin Steven Rojas Pinzón nació el 05 de agosto de 1998 y es hijo del pensionado (*pág. 104 a 105 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumbr”*), y a la fecha del fallecimiento de su padre contaban con 15 y 13 años, respectivamente, por lo que acreditan la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Bajo el anterior escenario, tanto las cónyuges como los hijos menores acreditan la calidad de beneficiarios y, por ende, el derecho a reclamar el retroactivo pensional generado a su favor, como lo dispuso el juez de primer grado. Atendiendo a que los porcentajes del valor de la mesada pensional no fueron objeto de recurso, la Sala se releva de su estudio, lo que sería suficiente para confirmar la sentencia.

Sin embargo, se adicionará el fallo en el sentido de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud de los beneficiarios, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1190 de 2022, entre otras.

- Sobre la excepción de prescripción

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe

por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se tiene que GLORIA MARGARITA PINZÓN CÁRDENAS solicitó a COLPENSIONES, en nombre propio y en favor de sus hijos menores, la pensión de sobrevivientes el 28 de diciembre de 2011 (*pág. 229 a 230, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*). Por su parte, COLPENSIONES mediante resoluciones GNR 064133 del 15 de abril de 2013 y VPB 6599 del 1° de noviembre de 2013 negó la prestación reclamada (*pág. 14 a 19 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*) y la demanda fue radicada en la Oficina Judicial el 18 de diciembre de 2013 (*pág. 20 archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”*), esto es, dentro de los 3 años siguientes al fallecimiento del pensionado y la reclamación administrativa, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Tampoco tienen vocaciones de prosperidad los demás medios de defensa invocados por COLPENSIONES, dado el resultado del estudio de la controversia.

Conviene señalar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de Decisión. No obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial para modificar el fallo ordenando que el pago de la pensión de sobrevivientes se realice sobre 13 mesadas anuales, en virtud al grado jurisdiccional de consulta y dado que dicho derecho se causó con posterioridad a la expedición del Acto legislativo 1° de 2005, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL3868 de 2021, SL2257-2022, entre otras.

- Sobre el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes.

Atendiendo que la ponencia del sustanciador inicial fue desestimada en cuanto al número de mesadas, pasa la Sala a señalar que en el presente asunto en virtud de la Resolución 111779 de 2011 del extinto ISS, el causante accedió a la pensión de vejez en 14

mesadas anuales, en virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (pág. 227 a 228, archivo “01 2013-866 FL281_pagenumber”).

La H. CSJ ha indicado que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez cuando el causante es pensionado, por tanto, la transmisión se realiza en un 100% incluido el número de mesadas anuales que devengaba el pensionado, (SL5141 de 2019, SL2141 de 2021, entre otras).

De tal manera que al encontrarse acreditado que el causante adquirió el derecho a la pensión a partir del 1º de junio de 2011, en cuantía inferior a 3 SMLMV, la pensión de sobrevivientes que se transmite por su fallecimiento corresponde a catorce (14) mesadas, por ser del 100% de la mesada que venía percibiendo el pensionado y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes por salud a cargo de cada

uno de los beneficiarios, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás, por lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.20-2022-00048-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a su favor, contra la sentencia del 1° de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por cotizaciones, junto con sus rendimientos, y condenó en costas a las demandadas (*min. 01:06:30, enlace obrante en el archivo “11AudienciaTramiteFallo”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

AYDA MARLENNY BRESCI FARIAS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y se declare válida y vigente la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que

hubiere recibido con motivo de su afiliación, así como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, y a **COLPENSIONES** a recibirla nuevamente como su afiliada, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1° de mayo de 1963, se afilió al ISS el 26 de octubre de 1984, efectuando su última cotización en abril de 2000; que en marzo de 2000 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR, en vista de que el asesor de dicha AFP le ofreció el beneficio de pensionarse a cualquier edad y le hizo saber que el ISS se iba a acabar, pero que no le hicieron una proyección pensional, no le indicaron el monto del capital necesario para obtener una pensión en renta vitalicia o retiro programado, tampoco le mencionaron el plazo que tenía para retornar al RPM, es decir, no le dieron información suficiente, clara, precisa y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a sus posibilidades y perspectivas pensionales; y que la pensión en la AFP ascendería a un salario mínimo mientras que en COLPENSIONES sería de \$1.780.450.

Manifestó que el 15 de marzo de 2021 solicitó el traslado a COLPENSIONES, la cual fue negada, y el 22 de diciembre de 2021 reclamó a PORVENIR la nulidad del traslado, recibiendo como respuesta que el único que podía ordenar el retorno era el juez competente (*pág. 37 a 51, archivo “01DemandaAnexos”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (*pág. 3 a 29, archivo “03ContestacionPorvenir”*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad de la demandante, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas, la reclamación

administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (pág. 3 a 41, archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:06:30, archivo “11AudienciaTramiteFallo”)

El 1° de noviembre de 2022, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen de pensiones de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora AYDA MARLENNY BRESCI FARIAS, el día 22 de marzo de 2000, afiliándose Porvenir S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR, actual fondo administrador de los aportes de la demandante, devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones de AYDA MARLENNY BRESCI FARIAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CUARTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES y PORVENIR, a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. **QUINTO: ABSOLVER** las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra, conforme a lo expuestos. **SEXTO: CONSULTAR** en caso de no ser apelada la anterior decisión, consultar con el superior pues la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, entidad y régimen general de pensiones del cual es garante la Nación.”

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen de pensiones realizado por la demandante, la viabilidad de ordenar a **PORVENIR** la restitución de los aportes junto con sus rendimientos financieros a **COLPENSIONES**, así como los bonos pensionales a su emisor.

Para resolver, el Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL de la CSJ, le correspondía a la administradora de pensiones que realice la afiliación o traslado allegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados donde debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia en el derecho pensional; que constató que la demandante en el interrogatorio nada confesó adicional a lo expresado en el libelo demandatorio, y no habían pruebas en el proceso que le permitieran al despacho tener un conocimiento real si hubo asesoramiento al momento de la afiliación a PORVENIR, si fue bueno adecuado y completo, resultando insuficiente el formulario de afiliación, por lo que dedujo que la demandada faltó al deber de información y no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional, declarando ineficaz ese acto jurídico. A pesar de ello, advirtió que no condenaba a gastos de administración por ser rubros que están consagrados en la ley para todos los fondos de pensiones, y en dado éstos se compensarían con los rendimientos financieros.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Señaló que no se está teniendo en cuenta la prohibición legal la cual indica que faltando 10 años para cumplir la edad de pensión ningún afiliado se puede trasladar de régimen pensional; que dicho traslado es eficaz ya que se realizó sobre objeto, causa lícita, con la voluntad de las partes, con capacidad para contratar y se hizo conforme con el ordenamiento jurídico de ese momento; que no hay una afectación a los derechos fundamentales de la demandante pues el argumento es que en el RPM recibiría una pensión más alta, lo cual no vulnera el derecho a la seguridad social al tratarse de una pretensión económica; que estos traslados cuando las personas están cerca de obtener el derecho pensional afectan la sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmación de la sentencia, solicita se ordene la devolución de los gastos de administración, pues como consecuencia de la ineficacia no puede la AFP retener estos dineros, se le estaría premiando por realizar un traslado viciado; y reclama la absolución de COLPENSIONES por la condena de

costas, al considerar que es un tercero de buena fe (*min. 01:02:11, archivo “23AudioAudiencia”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandante solicitó mantener incólume la sentencia de primer grado.

Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** reiteró los argumentos elevados en la alzada.

Y el apoderado principal de **PORVENIR S.A.**, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se estructuraron los presupuestos para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no recae sobre objeto o causa ilícita y tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo. Y que, si se ordena en segunda instancia el reintegro de la totalidad de rendimientos, pide que se autorice descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la condena en costas en contra de **COLPENSIONES**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) AYDA MARLENNY BRESCI FARIAS** nació el 1° de mayo de 1963 y se afilió al ISS a partir del 26 de octubre de 1984 (*pág. 4 y 17, archivo “01DemandaAnexos”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 22 de marzo de 2000, con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, donde actualmente sigue vinculada (*pág. 78, 80 y 145, archivo “03ContestacinPorvenir”*).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional,

previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los

suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS de la DEMANDANTE, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues solo allegó el formulario de afiliación, y la sola firma de este documento por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que los asesores le informaron únicamente beneficios y que el ISS se iba a acabar, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras,

providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo que descarta los planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener suma alguna. Como la decisión de primera instancia no dispuso la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a COLPENSIONES como actual fondo administrador de las cotizaciones de la demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como semanas cotizadas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, por lo que se adicionará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Adicionalmente, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen de pensiones de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora AYDA MARLENNY BRESCI FARIAS, el día 22 de marzo de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante, sin solución de continuidad, como su afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PORVENIR S.A.** los valores ordenados e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la **DEMANDANTE**, incluyendo el capital ahorrado, bonos pensionales y rendimientos financieros. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la **DEMANDANTE** estuvo afiliada en dicha Sociedad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento en que **PORVENIR** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SÉPTIMO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: AYDA MARLENNY BRESCI FARIAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2022 00048 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.21-2019-00201-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante **JANNETH NEIRA CONTRERAS** y las demandadas **AVIANCA**, **COOPAVA** y **SERVICOPAVA** contra la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo con AVIANCA, la intermediación laboral de las demás demandadas, condenó a AVIANCA al pago de cesantías, en solidaridad con SERVICOPAVA, indemnización por despido, indemnización moratoria, intereses moratorios y costas procesales, declaró probada parcialmente al excepción de prescripción y compensación y absolvió de las demás pretensiones (*min. 01:07:35*, archivo “21.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA

JANNETH NEIRA CONTRERAS llamó a juicio a **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.** **AVIANCA**, **SERDAN S.A.**, **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA** y

COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA COOPAVA con el fin de que se declare la existencia de un solo contrato de trabajo con AVIANCA y la nulidad del despido; en consecuencia, de forma solidaria solicita se ordene su reintegro conforme con el plan voluntario de beneficios, pago de salarios, prestaciones sociales, bonificación especial, prima de navidad, reconocimiento de antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte, primas legales, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, inclusión como factor salario de los tiquetes o pasajes otorgados, sanción por no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, devolución de cuotas de administración y aportes sociales, reliquidación de aportes pensionales, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, indexación, intereses moratorios, facultades ultra y extra *petita* y costas procesales. De forma solidaria al reintegro, reclama el pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo, teniendo en cuenta todo el tiempo laborado y conforme con el plan voluntario de AVIANCA.

Como fundamento fáctico indicó que el 16 de junio de 1993 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa de servicios temporales SERDAN, quien la envió en misión a desarrollar funciones de auxiliar de facturación en AVIANCA, vinculación que tuvo vigencia hasta el 30 de julio de 2000; que durante todo el tiempo que estuvo vinculada con SERDAN utilizó carnet que la identificaba como trabajadora de AVIANCA, estuvo subordinada por personal de esa compañía, que las prendas, uniformes y elementos de labor eran suministradas por la empresa usuaria y para el pago de las acreencias laborales a la terminación del contrato le exigieron tramitar documento de paz y salvo con AVIANCA.

Manifestó que el 1° de agosto de 2000, fue contratada por la COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA “COOPAVA” para continuar la prestación del servicio a favor de AVIANCA, en el mismo cargo y bajo las mismas condiciones en que se

venían desarrollando en la vinculación con SERDAN, relación que fue finalizada el 15 de diciembre de 2003; que el 16 de diciembre de 2003, suscribió convenio de asociación con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA para continuar prestando los servicios personales a favor de AVIANCA, en el área de DEPRISA, inicialmente en el cargo de auxiliar de facturación, luego analista de contratos, posteriormente analista de agentes y contratos y finalmente analista de compras; que se le descontó cuota de admisión y aportes sociales, como retribución habitual recibía compensaciones, los jefes siguieron siendo los mismos trabajadores de AVIANCA, nunca realizó curso o capacitación de cooperativismo y que le solicitaron presentar renuncia a partir del 31 de marzo de 2011.

Señaló que el 1° de abril de 2011 suscribió documento asociativo con COODESCO para continuar prestando las mismas labores a favor de AVIANCA bajo el cargo de negociador estratégico, vínculo que se mantuvo vigente hasta el 16 de julio de 2012, Cooperativa que posteriormente canceló su personería jurídica; que el 20 de junio de 2012 AVIANCA le hizo suscribir un contrato de trabajo de trabajo a término fijo, cuya vigencia inició el 17 de julio siguiente, en el cargo de negociador de compras estratégicas, prestando las mismas laborales que venía desempeñando con las cooperativas de trabajo asociado, y que el 15 de junio de 2017 se le terminó el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa.

Finalmente, indicó que en el año 2012 el Ministerio de Trabajo, a través de la Dirección Territorial del Atlántico, sancionó a AVIANCA y SERVICOPAVA, por el ejercicio indebido y abuso de los modelos de cooperativas, ante lo cual AVIANCA se acogió al denominado *“ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL”* para lograr la suspensión y condonación de la multa impuesta, lo que implicó la contratación directa por parte de AVIANCA de un gran número de trabajadores que se encontraban vinculados por intermedio de cooperativas; que AVIANCA continuó con estas prácticas indebidas, por lo que nuevamente fue sancionada por el Ministerio de Trabajo en el año

2017, viéndose obligada a suscribir otro acuerdo de formalización laboral (*pág. 1 a 30, archivo “009EscritoDeSubsanacion”*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA hoy **EN LIQUIDACIÓN** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los cambios de cargos realizados a la actora el 14 de julio de 2006 y 12 de junio de 2009, el descuento por cuotas de admisión y aportes sociales. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la innominada o genérica (*fls. 201 a 260, expediente físico*).

COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA COOPAVA se opuso a las pretensiones. Aceptó el monto devengado por la demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de causa, buena fe, cobro de lo no debido y la innominada o genérica (*pág. 293 a 336, archivo “002ContestacionDeDemanda”*).

COMPAÑÍA DE SERVICIOS Y ADMINISTRACIÓN S.A. SERDAN S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la suma mensual que recibió JANNETH NEIRA durante los años 1998 y 1999. Indicó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *prescripción*, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de solidaridad entre SERDAN S.A. y AVIANCA, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones, buena fe, mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de derecho sustantivo y la innominada o genérica (*pág. 1 a 48, archivo “004ContestacionDeDemanda”*).

AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA se opuso a las pretensiones. Aceptó la remuneración que recibió la accionante en virtud del contrato de trabajo y la fecha terminación del mismo. Señaló que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban

y presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y la innominada o genérica (pág. 3 a 41, archivo “11.1Anexo”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:07:35, archivo “21.1Audiencia”)

El 03 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: Declarar que entre la demandante JANNETH NEIRA CONTRERAS y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de enero de 1998 y el 15 de junio de 2017. SEGUNDO: DECLARAR que SERDAN S.A., COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA “COOPAVA” y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN actuaron como simples intermediarias en la relación laboral que unió a la demandante JANNETH NEIRA CONTRERAS y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA. TERCERO: CONDENAR a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA a reconocer y pagar a la demandante JANNETH NEIRA CONTRERAS las siguientes sumas de dinero: \$15.175.189,91 por concepto de cesantías causadas; \$42.997.231,10 por concepto de indemnización por terminación del contrato laboral sin justa causa, la cual deberá ser indexada a la fecha del pago; \$84.367.032 por concepto de indemnización consagrada en el artículo 65 del CST; a partir del 16 de junio de 2019, sobre el valor de las prestaciones sociales (cesantías), se aplicará la tasa máxima de intereses para créditos de libre asignación, que certifique la Superintendencia Financiera, hasta que se verifique su pago. CUARTO: CONDENAR a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN a responder de forma solidaria con AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA por las condenas impuestas por concepto de cesantías sobre la suma \$11.722.152,79. QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de compensación propuesta por AVIANCA únicamente frente a la indemnización por terminación del contrato de trabajo, a la suma \$3.749.656. SEXTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, respecto de las prestaciones extralegales, legales y la indemnización por la no consignación de cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. SÉPTIMO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones e inexistencia de solidaridad entre SERDAN S.A. y AVIANCA, propuestas por SERDAN; declarar no probada las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la CTA COOPAVA conforme a lo señalado; declarar no probada las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo propuestas por SERVICOPAVA. Y no probadas las excepciones de

*buena fe propuesta por CTA SERVICOPAVA; y las de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y causa en las pretensiones de la demanda, buena fe y pago propuestas por AVIANCA, la excepción de prescripción de manera parcial como se indicó. **OCTAVO: ABSOLVER** a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA, SERDAN S.A., COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN y COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE AVIANCA COOPAVA, de las demás pretensiones incoadas en su contra. **NOVENO: CONDENAR** en costas a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA a favor de la parte demandante, donde se liquidarán por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$7.000.000, condenar en costas a SERVICOPAVA y a favor de la demandante, donde se liquidarán por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.200.000. (...)”.*

La Juez de instancia estableció como problema jurídico determinar si entre AVIANCA y la demandante existió una única relación laboral, los extremos temporales en que se ejecutó, si procedía el reintegro, o de forma subsidiaria, la indemnización por despido sin justa causa, los derechos extralegales de toda la relación laboral contemplados en el plan voluntario de beneficios, así como la procedencia de las demás acreencias e indemnizaciones reclamadas.

Para resolver, indicó que de conformidad con el artículo 24 del CST, una vez acreditada la prestación del servicio, le correspondía a la parte demandada desvirtuar la presunción del elemento de subordinación; estableció como extremo temporal de la prestación del servicio el 05 de enero de 1998, inicialmente con SERDAN, entidad que no demostró que la labor ejercida se haya ejecutado a través de un contrato de outsourcing y con sus propios medios de producción, sino que lo demostrado fue que esos servicios se prestaban para AVIANCA, quien a su vez, no acreditó que esos servicios se hubieran realizado con independencia y autonomía, además que al ser los servicios postales (DEPRISA) una actividad de carácter principal y permanente, AVIANCA no podía contratar el personal a través de cooperativas de trabajo o de terceros; igualmente, que la relación con COOPAVA inició el mismo día en que se terminó la relación con SERDAN, 1° de agosto 2000, prestando la demandante el servicio en iguales condiciones, en las instalaciones y con elementos de trabajo de propiedad de AVIANCA, elemento subordinante que no fue

desvirtuado; posteriormente con SERVICOPAVA lo que hubo fue una maniobra para perpetuar el suministro de personal y reducir los costos de AVIANCA, pues SERVICOPAVA actuó como un simple intermediario y no demostró que operó como un verdadero empresario, ejerciendo la subordinación y con sus propia estructura productiva y con total autonomía técnica y directiva respecto de AVIANCA – Deprisa.

Manifestó que JANNETH NEURA CONTRERAS laboró por más de 19 años al servicio de AVIANCA en cumplimiento de una jornada y horario de trabajo, nunca hubo interrupción, por lo que en virtud de los indicios que se aplican en este tipo de asuntos, conforme con la jurisprudencia de la CSJ y los convenios de la OIT, dedujo que existió un verdadero contrato de trabajo, más aún cuando para regular este tipo de situaciones, fue la propia AVIANCA quien la vinculó en el año 2012 a través de un contrato de trabajo, en virtud de un acuerdo de formalización laboral que se adelantó en el Ministerio de Trabajo. Por ello, declaró la existencia de una sola relación laboral entre el 05 de enero de 1998 hasta el 15 de junio de 2017, teniendo a SERDAN, COOPAVA y SERVICOPAVA como simple intermediarios.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación. Adujo no está conforme con el extremo inicial establecido en la sentencia, pues si bien el documento primigenio que obra en el expediente corresponde al de 05 de enero de 1998 donde le conceden unas vacaciones a la demandante, de dicha carta se deduce que la actora ya llevaba más de un año de vinculación, es decir, que la demandante desde por lo menos enero de 1997 ya le estaba prestando servicios a AVIANCA, por lo que considera que le asistía el derecho a la estabilidad laboral y al reintegro conforme con el plan de beneficios; que además hay documentos que dan cuenta que la actora prestó servicios a favor de AVIANCA mucho antes de fecha establecida en la sentencia. Frente a las pretensiones subsidiarias, en caso de que no prospere el reintegro, manifiesta que no comparte la prescripción del

plan de beneficios, en especial de la bonificación por antigüedad, la cual debe ser reconocida o reliquidada; y que no procede la prescripción de la sanción por no consignación de cesantías, dado que si el derecho a la cesantía persiste también sucede lo mismo con esta sanción, la cual, en todo caso, la ley no le establece un término prescriptivo (*min. 01:11:45, archivo "21.1 Audiencia"*).

AVIANCA S.A. interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas y se absuelva de todas y cada una de ellas. Para sustentar indicó que conforme con las pruebas, en especial el interrogatorio al representante legal de AVIANCA, se constata que *Deprisa* contaba con personal, a través de proveedores, y con una estructura conformada por un área administrativa, un departamento jurídico y un área financiera y de ventas; que la demandante antes de la vinculación directa con AVIANCA, año 2012, ejecutó cargos de auxiliar y de analista, los cuales no hacen parte de la estructura administrativa ni de AVIANCA ni de *Deprisa*, y a partir del año 2012 fue vinculada en AVIANCA en el cargo de comprador, donde tenía un rango de coordinador, por lo que considera no se podía hablar de un solo contrato, un solo cargo y de las mismas funciones, pues en la unidad administrativa de *Deprisa* no existían estos cargos; que los representantes legales de AVIANCA y SERVICOPAVA en el interrogatorio señalaron que el personal de AVIANCA no le impartía órdenes a la demandante, las cuales solo las daban los jefes directos en las cooperativas, lo que desvirtúa el elemento subordinante.

Solicita que se tengan en cuenta las sentencias 2017-00065 demandante JORGE LUIS TURIZO contra AVIANCA, 2018-00178 demandante LUIS RICARDO BOTACHE, 2017-00195 demandante JESUS RINCON BUITRAGO, 2018-00393 demandante JUAN PABLO BEDOYA, 2018-00403 demandante MAURICIO QUINTERO MEDINA y 2018-00180 fallo del 20 de agosto de 2021 demandante RODRIGO RUIZ ABELLO, donde dice que esta Corporación recopiló y tiene la misma línea relacionada con la independencia con la que actuó SERVICOPAVA para la ejecución de la oferta mercantil y que si bien

con la suscripción del comodato AVIANCA entregó algunas herramientas para cumplir la labor, no significa que haya existido subordinación entre los cooperados y AVIANCA y que las cooperativas actuaron con total independencia.

Frente a las condenas impuestas, cesantías e indemnización por despido sin justa causa, señaló que la demandante en el interrogatorio confesó que había recibido la totalidad de pagos completos tanto de las cooperativas como de AVIANCA; frente a los testigos, solicita verificar dichas versiones, las cuales se contradijeron con la propia demandante y no tuvieron la certeza para demostrar las pretensiones de la demanda; en relación con los indicios sobre la existencia de la subordinación contenidos en los convenios de la OIT, dice que no se puede hacer de manera automática sino que el ordenamiento jurídico indica la forma para que sea válidamente aplicado, más aún cuando el juzgado no especificó qué es lo que cita de la recomendación, las cuales no constituyen doctrina, no son normas jurídicas que tengan efecto vinculante en Colombia (*min. 01:15:23, archivo “21.1Audiencia”*).

COOPAVA interpuso recurso de apelación frente a la declaración como simple intermediaria. Adujo que en el proceso quedo demostrado que entre el 1° de agosto de 2000 al 15 de diciembre de 2003 surgió entre la demandante y COOPAVA un contrato a término fijo, inicialmente de 4 meses, luego prorrogado y terminado de forma libre y voluntaria, a través de renuncia de la actora, y durante ese periodo COOPAVA fue y actuó como su verdadero empleador, fue quien le pagó su seguridad social, salarios, le dio órdenes e instrucciones y si bien las instalaciones no le pertenecían a COOPAVA, esto se hacía porque entre COOPAVA y AVIANCA existía un contrato de agenciamiento (*min. 01:39:05, archivo “21.1Audiencia”*).

SERVICOPAVA presentó recurso de apelación por la obligación solidaria que se le impuso por la suma de \$11.722.152,79 por concepto de cesantías. Manifestó que las cesantías fueron canceladas a manera de compensaciones anuales y que fueron entregadas de

forma oportuna, por lo que, si no hay lugar al pago de dichas sumas, tampoco hay lugar al pago de \$1.200.000 por concepto de costas (*min. 01:40:48, archivo "21.1 Audiencia"*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **SERVICOPAVA** solicitó revocar la sentencia de primera instancia al considerar que en el proceso quedó demostrado que la demandante nunca sostuvo un contrato de trabajo sino unos convenios de asociación y siempre tuvo la condición de asociado. La apoderada de **COOPAVA** solicitó revocar parcialmente el fallo reiterando los argumentos elevados en la alzada. Y el apoderado de **AVIANCA** reiteró la petición de revocatoria de la sentencia, incluyendo aspectos que no fueron expuestos en el recurso. La parte demandante y SERDAN no presentaron escrito de alegaciones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si entre la demandante y AVIANCA existió un solo contrato de trabajo, si se presentó el fenómeno de la intermediación laboral; en dado caso, verificar el extremo temporal inicial, la posibilidad de reintegro de la trabajadora, la bonificación por antigüedad, la prosperidad de la excepción de prescripción respecto del plan de beneficios y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, así como la responsabilidad solidaria de SERVICOPAVA, de conformidad con lo alegado por las partes en los recursos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que: **i) JANNETH NEIRA CONTRERAS** fue trabajadora de **SERDAN S.A.** desde el 16 de junio de 1993 hasta el 30 de julio de 2000, en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido teniendo como cargo el de auxiliar de facturación (*pág. 83, archivo “004ContestacionDeDemanda”*); **ii)** luego se vinculó con **COOPAVA**, por medio de un contrato de trabajo a término fijo, desde el 1° de agosto de 2000 hasta el 15 diciembre de 2003, desempeñándose como auxiliar de facturación (*pág. 83, 84 y 87, archivo “003Demanda”*); **iii)** posteriormente trabajó a través de vínculos asociativos con SERVICOPAVA desde el 16 de diciembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2011, en el cargo de analista de compras (*pág. 114, archivo “003Demanda”*), y con COODESCO CTA desde el 01° de abril de 2011 hasta el 16 de julio de 2012, como negociador estratégico (*pág. 121, archivo “003Demanda”*); **iv)** y finalmente paso a ser empleada de AVIANCA, por medio de un contrato de trabajo, desde el 17 de julio de 2012 hasta el 15 de junio de 2017, fecha en la cual la empresa decidió terminar la vinculación de forma unilateral y sin justa causa (*pág. 134 y 135, archivo “003Demanda”*)

- Sobre la existencia del contrato de trabajo

Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y los artículos 59 de la Ley 79 de 1988 y 10° del Decreto 4588 de 2006, que regula el trabajo asociado.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de terceros bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral); y el que presta un asociado en favor de una cooperativa de la cual forma parte. Sobre esta última modalidad, que es la que se alegó ocurrida por la parte demandada, se ha pronunciado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para definir la validez de la estipulación normativa que excluyó al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de

trabajo, precisando sin embargo y claramente, que esta forma de vinculación no puede utilizarse de “*manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas*” (Sentencia radicación 25713 del 6 de diciembre de 2006 y SL3436 de 2021).

Por ello, la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que fungieron como verdaderos empleadores del trabajador asociado, por haber sido los beneficiarios del servicio personal y haber ejercido en forma directa el poder subordinante propio del contrato laboral. En la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a la que se ha hecho referencia, se adoctrinó que no puede considerarse legal el trabajo de un trabajador asociado a terceros cuando se ejerce subordinación por parte del beneficiario del servicio, en la medida en que en la relación existente entre la cooperativa y el trabajador asociado no puede haber subordinación estrictamente laboral, en cuanto la relación no se rige por un contrato de trabajo (artículo 59 Ley 79 de 1988), y porque la delegación de la subordinación a un tercero se predica de otro tipo de relaciones jurídicas como la que surge entre una empresa de servicios temporales y una empresa usuaria.

Así las cosas y dada la vigencia del artículo 59 de la ley 79 de 1988 (declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000), cuando el servicio del asociado no se presta en favor de un tercero sino de la cooperativa, y la subordinación la ejerce ésta, la excepción normativa cobra vigencia. Pero cuando el servicio del asociado se presta en favor de un tercero y quien ejerce la dirección y subordinación de la relación es el tercero, se debe aplicar la legislación laboral que regula las prestaciones sociales mínimas del trabajador y las indemnizaciones que surgen del contrato de trabajo, utilizando al efecto bajo el principio constitucional del contrato realidad. Lo dicho,

resulta coincidente con la prohibición prevista en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.

Luego, una vez reunidos los tres elementos del contrato de trabajo (servicio personal, subordinación y remuneración) éste existe y no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen (artículo 23 del CST); y para hacer efectiva esta disposición normativa, el 24 del mismo Código estableció una presunción legal de la cual se derivan consecuencias procesales.

Por ello en procesos como el que nos ocupa, dada la presunción legal de existencia del contrato de trabajo, a la demandante que alega su ocurrencia le bastará con demostrar la prestación de servicios personales en favor del demandado, pues la carga de desvirtuar el hecho presunto (la subordinación) corresponde a éste, para lo cual deberá aportar al proceso evidencia de la cual se pueda obtener certeza judicial sobre autonomía técnica y directiva del contratista en el servicio ejecutado; es decir evidencia clara de ausencia de subordinación. Este elemento del contrato de trabajo implica para el empleador la posibilidad de impartir órdenes al trabajador sobre modo, tiempo, lugar, y cantidad de labor.

- Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajó¹, exhorta a los Estados a “*luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos*

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”. Además, que la existencia de una relación de trabajo “debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”, con la posibilidad de que los estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021 y SL3436 de 2021, entre otras, ha insistido que solo algunos de los indicios o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo.

La anterior regla jurisprudencial ha sido ratificada en las sentencias SL3345 de 2021, SL3695 de 2021 y SL3777-2022, entre otras. En dichas providencias, la H. CSJ indicó que el artículo 23 CST

consagró como “*indicios de determinación de relación subordinada*” el cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos, pero existen otros indicios recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, a saber:

- a)** Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020).
- b)** La exclusividad (SL460 de 2021).
- c)** La disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019).
- d)** La concesión de vacaciones (SL6621 de 2017).
- e)** Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015).
- f)** Cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019).
- g)** El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019).
- h)** La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020).
- i)** El suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019).
- j)** El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (SL4479 de 2020).
- k)** El desempeño de un cargo de la estructura empresarial (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010; SL2885 de 2019).
- l)** La terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).
- m)** La integración del trabajador en la organización de la empresa (SL4479 de 2020; SL5042 de 2020).

Finalmente, en la sentencias SL3436 de 2021 se analizó el criterio de integración del trabajador en la organización de la empresa, concluyendo la H. CSJ que una empresa es una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo indicio de subordinación que el empresario organice, de manera autónoma, sus procesos productivos e inserte al trabajador, dirigiendo y controlando su labor en pro de sus fines empresariales, ya que si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una estructura propia, medios de producción, especialización y recursos, se infiere que carece de autonomía propia

de quien *realiza libremente un trabajo para un negocio*, siendo que en realidad *aporta su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro*.

CASO CONCRETO

De conformidad con las anteriores premisas normativas y una vez revisado el expediente, la Sala encuentra demostrada la prestación personal del servicio de JANNETH NEIRA CONTRERAS, en favor de la demandada AVIANCA, en la forma definida por el *a quo*, junto con la correspondiente remuneración, presumiéndose la existencia de un contrato de trabajo, en los términos señalados en el artículo 24 del CST, presunción que no fue desvirtuada por la parte pasiva, siendo pertinente analizar y resolver cada una de las objeciones formuladas por las partes en sendos recursos de apelación contra lo decidido en primera instancia.

Prueba de ello, es que a pesar de que no se requiere prueba calificada para la demostración de este supuesto, AVIANCA no logró acreditar que la demandante prestó un servicio de manera independiente y en ausencia de subordinación, situación que no alcanza a materializarse por el hecho de que la trabajadora hubiese firmado convenios asociativos de trabajo.

En efecto, además de las pruebas documentales aportadas con la contestación, en especial la oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos presentada por SERVICOPAVA y los *otros sí* al contrato surgido con la aceptación de dicha oferta (*pág. 45 a 66, archivo “11.1.Anexo”*), se recaudó interrogatorio de parte del representante legal de AVIANCA Jose Luis Avella Chaparro (*min.31:40, archivo “19.2Audiencia”*), quien señaló que uno de los objetos sociales de la compañía es la prestación de servicios postales, que con SERDAN, COOPAVA y SERVICOPAVA se celebraron contratos de Outsourcing para la distribución de paquetería de *Deprisa* y que antes del 2012 los cargos desempeñados por la demandante no existían en la estructura administrativa de *Deprisa*; que la actora utilizaba un carnet con logo compartido de

AVIANCA pero era obligatorio por requerimientos aeronáuticos y que JANNETH NEIRA tenía acceso a las áreas de *Deprisa* para la ejecución de los contratos mercantiles.

En el interrogatorio el representante legal de SERDAN, James Humberto Flores Serna (*min.01:01:31, archivo "19.2Audiencia"*) señaló que JANNETH NEIRA CONTRERAS inicialmente prestó los servicios en Bavaria y luego en AVIANCA, y su jefe inmediato Jairo Cortes era trabajador de SERDAN. También se recaudó el interrogatorio de la representante legal de COOPAVA, Airiana Andrea Arciniegas Chamorro, (*min.01:15:45, archivo "19.2Audiencia"*), quien expresó que dicha Cooperativa celebró contratos de agenciamiento con AVIANCA para manejar la marca *Deprisa*, indicó el cargo desempeñado por la demandante y sus funciones, la utilización de un carnet con dos logos, uno de *Deprisa* y el otro de la Cooperativa, y que desconoce de quien eran los elementos de trabajo, pero que podrían ser de AVIANCA.

También se escuchó al representante legal de SERVICOPAVA, Juan Alfonso Mateus (*min.01:45:28, archivo "19.2Audiencia"*), en cuya declaración manifestó que la demandante fue vinculada para el desarrollo del contrato mercantil celebrado con AVIANCA, prestaba sus servicios en las instalaciones de *Deprisa* en Álamos, que la Cooperativa le facilitó a la actora un computador y un Avantel pero que los demás elementos de trabajo eran de AVIANCA, en virtud de la celebración de un contrato de comodato, y que todos los carnet tenían doble identificación tanto de AVIANCA como de la Cooperativa.

Y se recaudaron los testimonios de Diana Carolina Cobos Vargas (*min.01:10, archivo "19.5Audiencia"*) y Sandra Adriana Torres Álvarez (*min.55:20, archivo "19.5Audiencia"*), si bien estas declaraciones presentan contradicciones frente al disfrute de beneficios de tiquetes, conforme con las manifestaciones realizadas por la propia demandante en su interrogatorio (*min.00:47, archivo "19.3Audiencia"*), etapa procesal en la cual se ratificó en los planteamientos realizados en la demanda, los dichos de las testigos son coincidentes en señalar la forma en que prestaba el servicio la actora, los jefes que daban órdenes

quienes eran trabajadores de AVIANCA, la dueña de los elementos de trabajo, la continuidad en la prestación del mismo servicio a pesar de los cambios de cooperativas, aspectos que les consta dada su vinculación desde el año 2003 a 2005, respectivamente, afirmaciones que merecen plena validez pues una fue compañera de trabajo y la otra prestó servicios en la misma compañía (Deprisa).

Una valoración conjunta de las pruebas referidas, permite concluir, que la demandante prestaba sus servicios como auxiliar de facturación, luego como analista de compras y posteriormente como negociador estratégico de AVIANCA, e independientemente que la vinculación se realizara a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, lo cierto es que los servicios personales siempre se prestaron en favor de la empresa referida, quien además era la que suministraba los elementos de trabajo a la demandante, le impartían órdenes e instrucciones a través de empleados directos de dicha compañía. Y el hecho de que se haya celebrado contrato de comodato con SERVICOPAVA, tal circunstancia no altera la verdadera situación jurídica laboral que se consolidó.

En casos como este, no puede entenderse que la actora era una trabajadora autogestionaria de la Cooperativa, como lo aducen AVIANCA y COOPAVA en la alzada, nótese como las cooperativas no se servían de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizaban los elementos de trabajo y acondicionamientos físicos de AVIANCA, las labores no fueron realizadas de forma autónoma siendo esta empresa quien le proporcionaba los medios necesarios para la ejecución de sus funciones. Además, no se puede olvidar que las actividades que cumplía JANNETH NEIRA CONTRERAS no eran transitorias y ocasionales, fueron permanentes, lo que da cuenta que eran indispensables para el desarrollo de uno de los objetos sociales de AVIANCA, como lo es la prestación de servicios postales, aspecto confesado por el propio representante legal de esa empresa en el interrogatorio y que se ratifica con el objeto social contenido en certificado de existencia y representación legal aportado con la demanda.

Precisa la Sala, como ya se dijo, que AVIANCA no desvirtuó la existencia del elemento subordinación y por el contrario las pruebas aportadas demuestran claramente que los servicios de la demandante se prestaron bajo su subordinación y fue su verdadero empleador, relación en la cual no se probó que COOPAVA, SERVICOPAVA y CODESCO hubieran obtenido beneficio alguno por la actividad de la trabajadora, por lo que en realidad fungieron como intermediarios, figura ésta que no pueden ejecutar dichas cooperativas según lo dispone el artículo 17 del decreto 4588 de 2006².

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1430 de 2018, señaló que *conforme a lo previsto en la Ley 79 de 1988 y el Decreto 468 de 1990, se les permite contratar la ejecución de una labor a favor de terceros pero, cuando se está en presencia de la subordinación, así como de la continuada prestación del servicio, no es propio aludir a un vínculo de trabajo asociado avalado por esos preceptos legales, al existir norma de mayor categoría, como la constitucional, que impone verificar la realidad en la que se desarrolló la labor encomendada, para auscultar, si en la forma, se pretendió esconder una verdadera relación laboral (al efecto, se puede consultar, entre otras, la sentencia de casación. Criterio reiterado en sentencia SL1413-2022.*

Y frente a la participación de SERDAN como intermediaria y la validez del vínculo laboral que tuvo con la demandante, la Sala se releva de su estudio dado que, ante la no apelación de la sentencia por dicha parte, se entiende que hubo plena aceptación de lo decidido por el juez de instancia.

Ahora, no resultan admisibles los argumentos expuestos por el apoderado de AVIANCA en cuanto a lo decidido por esta Corporación en otros procesos y traerlos como fundamento para resolver el presente, dado que el análisis de cada caso en particular es diferente,

² Las cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuario o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

dependiendo de las pruebas aportadas por las partes y las recaudadas en cada juicio, además atendiendo las cargas procesales que incumben a los interesados y la destrucción o no de las presunciones legales que se apliquen.

En relación con los indicios sobre la existencia de la subordinación contenidos en los convenios de la OIT, si bien la sentencia que se cuestiona hizo mención de tales indicios, no fue por aplicación directa de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo que se fundamentó la decisión, sino por remisión expresa a algunas sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia donde se han aplicado esos medios de prueba. Conforme con la jurisprudencia citada en esta providencia, en este caso confluyen diferentes indicios que ratifican y determinan la existencia de una relación subordinada. A modo de ejemplo, la realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (SL4344 de 2020), el suministro de herramientas y materiales (SL981 de 2019) y la inserción de la trabajadora en el proceso productivo para un negocio propio de AVIANCA, servicios postales en todas sus modalidades, contenido en su objeto social (SL3436 de 2021), entre otros, lo que descarta el planteamiento del recurrente.

Y frente a las sumas objeto de condena, que AVIANCA dice que la demandante confesó haberlas recibido, basta precisar que sobre el auxilio de cesantías por los periodos ordenados en la primera instancia no hay prueba de que se hayan realizados esos pagos a la trabajadora pues lo que recibió durante su vínculo cooperativo fueron compensaciones que no se asimilan a prestaciones sociales. Y respecto de la reliquidación de la indemnización por despido, la misma procedía ante el reconocimiento de una relación laboral desde el año 1998 y no desde el 2012, y al no haberse mostrado inconformidad en los montos reconocidos, tampoco por el tipo de contrato declarado, la Sala se releva de su revisión.

De esta forma quedan resueltas las apelaciones formuladas por AVIANCA y COOPAVA. Se advierte que AVIANCA en los alegatos de conclusión de segunda instancia incluyó temas que no fueron objeto de alzada, por lo que en aplicación del principio de consonancia no hay lugar a su estudio.

Así las cosas, el Tribunal, aplicando el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en asuntos del trabajo, confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada AVIANCA.

- **Recurso de apelación de la parte demandante. Sobre el extremo inicial de la relación laboral, la posibilidad de reintegro y el reconocimiento de la bonificación por antigüedad y la prescripción.**

El juzgado de instancia estableció como fecha del vínculo inicial con AVIANCA el 05 de enero de 1998, extremo temporal que la parte actora reclama como anterior.

Al respecto, basta precisar que a la parte demandante le corresponde probar los extremos temporales de la relación laboral en virtud del artículo 23 del CST, en caso contrario, se debe acoger aquel que demuestre, al menos sumariamente, el inicio de esa prestación. En este caso, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, por cuanto no existe medio persuasivo que acredite que la prestación personal del servicio a favor de AVIANCA se hizo en una fecha anterior a la establecida por el *a quo*.

Si bien el vínculo laboral a través de SERDAN se inició el 16 de junio de 1993, estos servicios fueron prestados en principio a favor de Bavaria (*pág. 73 y 75 a 78, archivo “004ContestacionDeDemanda”*), adoleciendo de medios probatorios que demuestren el momento preciso en que la actora empezó a apoyar el área de correos de *Deprisa*. Tan solo con la comunicación del 05 de enero de 1998 (*pág. 79, archivo “004ContestacionDeDemanda”*), se constata que JANNETH NEIRA CONTRERAS estaba vinculada a ese frente operativo, sin que se pueda

inferir periodo diferente, lo que descarta el planteamiento de la parte actora y, por ende, el estudio de un presunto reintegro conforme con el plan de beneficios de AVIANCA.

Adicionalmente, la parte actora contaba con tres años para demandar o presentar la reclamación de acreencias laborales, contados a partir del 15 de junio de 2017, conforme lo dispuesto por el artículo 151 del CPTSS. En este caso, se tiene que solo con la radicación de la demanda el 13 de marzo de 2019 (*archivo “005ActaDeReparto”*) se interrumpió el fenómeno prescriptivo, por lo que cualquier prestación, derivada del reconocimiento de un único contrato de trabajo, causada con anterioridad al 14 de marzo de 2016, se encuentra afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, motivo por el cual las prestaciones derivadas del plan voluntario de beneficios de AVIANCA, pedidas antes del 17 de julio de 2012, así como la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, se encuentran afectadas con este fenómeno. Recuérdese que el término de prescripción de las cesantías inicia a la terminación del contrato (SL4260 de 2020 y SL4345 de 2020), pero no así la sanción por su falta de consignación, la cual se encuentra sometida a la regla general prevista en el citado artículo.

En relación con el bono por antigüedad, contenido en el artículo 2.3. del Plan Voluntario de Beneficios vigencia 2015-2020 (*pág. 253 y ss., archivo “11.1Anexo”*), la parte actora causó el derecho a este reconocimiento extralegal en el año 2013 por tener 15 años al servicio de la compañía que, en todo caso, se encuentra prescrito. Y la siguiente bonificación por 20 años de servicios no se consolidó al momento de terminación del contrato de trabajo, pues únicamente la trabajadora alcanzó 19 años y 10 meses al servicio de AVIANCA.

- Recurso de apelación de SERVICOPAVA. Sobre la condena solidaria por cesantías.

El apoderado de SERVICOPAVA señaló en la alzada que las cesantías fueron canceladas de forma oportuna a la demandante a manera de compensaciones. Según lo analizado en este asunto, es

preciso concluir que, ante el uso irregular del vínculo cooperativo para desconocer derechos laborales de la trabajadora, no se pueden convalidar los pagos a ella realizados, por cuanto se hicieron a título de compensaciones, que no se pueden equiparar a prestaciones sociales, fueron entregadas directamente a la demandante, no se consignaron al respectivo fondo de cesantías y, por tanto, no cumplieron los propósitos contenidos en la Ley 50 de 1990. Ahora, la responsabilidad solidaria es consecuencia de un imperativo legal, contenido en el artículo 35 del CST, al declararse la intervención de la Cooperativa como simple intermediaria, por lo que, al ser vencida en juicio, procede no solo a su cargo el pago de las cesantías, sino la condena en costas en los términos del artículo 365 del CGP.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.22-2020-00440-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 11 de agosto de 2022 proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la suma de \$58.538.714,71 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión vejez debidamente indexada y costas procesales por la suma de un (1) SMLMV (*min. 34:28, archivo "011.SentenciaDePrimeraInstancia"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

ROBERTO HERRERA CORREA llamó a juicio a la **AADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene a la accionada a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión vejez conforme al artículo 37 de

la Ley 100 de 1993, intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 27 de diciembre de 1955, prestó sus servicios como docente nacionalizado en la Institución Jorge Gaitán Cortes desde el 02 de noviembre de 1977 hasta el 27 de diciembre de 2010 y mediante Resolución No.2557 del 31 de mayo de 2011 la Secretaria de Educación de Bogotá le reconoció pensión de jubilación a partir del 28 de diciembre de 2010; dice que efectuó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre el 23 de julio de 1993 hasta el 31 de enero de 2013 acumulando un total de 791,14 semanas a través del empleador Corporación Universitaria Minuto de Dios, por lo que le solicitó a la demandada el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 28 de diciembre de 2017, la cual fue negada a través de resoluciones SUB32535 del 02 de febrero de 2018 y SUB96432 del 10 de abril de 2018.

Manifestó que posteriormente presentó solicitud de revocatoria directa contra este último acto administrativo, petición que fue negada por COLPENSIONES a través de la Resolución SUB3535 del 10 de enero de 2019; que nuevamente solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 08 de marzo de 2019 y mediante Resolución SUB154299 del 14 de junio de 2019 no accedió a la misma, por lo que interpuso recurso de reposición en subsidio apelación el 26 de julio de 2019, los cuales fueron rechazados a través de la Resolución SUB227521 del 22 de agosto de 2019 (*pág. 4 a 16 archivo "001DemandaConAnexos"*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la pensión reconocida por el FOMAG, las cotizaciones efectuadas al ISS hoy COLPENSIONES, las solicitudes presentadas por el actor y los actos administrativos que negaron la prestación económica. Expresó que los demás no le

constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (*pág. 3 a 21, archivo “006ContestacionDemandaColpensiones”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 34:28, archivo “011.SentenciaDePrimeraInstancia”*).

El 11 de agosto de 2022, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar en favor del señor ROBERTO HERRERA CORREA la suma de \$58.538.714,71 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por el tiempo señalado en la parte considerativa de la presente decisión, valor que deberá ser indexado al momento de su pago. **SEGUNDO:** se ABSUELVE a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 salario mínimo, líquidese en su oportunidad procesal por parte de la secretaria del despacho (...)

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si eran compatibles la pensión de jubilación, que le fue reconocida al demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la indemnización sustitutiva de la pensión vejez y si, como consecuencia de ello, era procedente al pago de la indemnización que se reclama.

Para resolver indicó que los docentes del sector público pueden acceder a las prestaciones económicas de dicho régimen, así como en el sistema integral de la Ley 100 de 1993 y por tanto la pensión de Jubilación reconocida por el FOMAG y la pretendida indemnización sustitutiva de la Pensión Vejez a cargo de COLPENSIONES son compatibles. Por tanto, indicó que el demandante disfruta de una

pensión de jubilación reconocida por la Secretaria de Educación de Bogotá a través de la Resolución No. 0139 de 2008 con fundamento en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989 por haber prestado servicios como docente desde el 02 de noviembre de 1977 hasta el 27 de diciembre de 2010 al servicio de la Secretaria de Educación, además que el actor realizó aportes al ISS hoy COLPENSIONES con el empleador Corporación Universitaria Minuto de Dios entre el 23 de julio de 1993 al 31 de enero de 2013 cotizando un total de 791,14 semanas, por lo que concluyó que al ser la pensión reconocida por el Magisterio con base en tiempos laborados como docente y las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES obedecen a cotizaciones con empresas privadas, era procedente el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad. Adujo que el reconocimiento prestacional obedece a una interpretación jurisprudencial, por lo que insiste en que se reconozca la improcedencia de dos asignaciones que provengan del tesoro público de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, que fue regulada por el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, pues ese segundo reconocimiento afectaría el principio de solidaridad que rige el sistema general de pensiones pues las cotizaciones con las que se reconocieron derechos prestacionales anteriores ya fueron tenidas en cuenta para la liquidación y posterior pago de una pensión de jubilación; sobre la compatibilidad de derechos pensionales entre el FOMAG y COLPENSIONES indicó que estas solo operan si el derecho pensional de un afiliado del FOMAG fue causado antes del 17 de mayo de 1992 y en el caso del actor causó a la pensión con posterioridad (*min. 35:39, archivo "011.SentenciaDePrimeraInstancia"*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder al Dr. Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con C.C. 1.018.463.893 y titular de la T.P 302.039 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado de dicha entidad, y en su escrito de alegatos reiteró que la pensión reconocida por el Magisterio es incompatible con la indemnización sustitutiva a cargo de COLPENSIONES. Por su parte, la apoderada del demandante en su escrito de alegatos manifestó su conformidad con el fallo proferido en la instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66^a y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala definir si es compatible la indemnización sustitutiva de la pensión vejez en el RPM con la pensión de jubilación reconocida al demandante por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, si como consecuencia de ello, COLPENSIONES

debe reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión vejez debidamente indexada.

VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** ROBERTO HERRERA CORREA nació el 27 de diciembre de 1955 (*pág. 17 y 18, archivo “001DemandaConAnexos”*); **ii)** la Secretaría de Educación de Bogotá mediante Resolución No. 2557 del 31 de mayo de 2011 le reconoció al demandante pensión de jubilación en cuantía de \$2.188.625 a partir del 28 de diciembre de 2010 (*pág. 19 a 21, archivo “001DemandaConAnexos”*); **iii)** el demandante cotizó al ISS hoy COLPENSIONES entre el 23 de julio de 1993 al 31 de enero de 2013 un total de 791.14 semanas con el empleador Corporación Universitaria Minuto de Dios (*pág. 22 a 28, archivo “001DemandaConAnexos”*); **iv)** el afiliado solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez el 28 de diciembre de 2017, la cual fue negada en resoluciones SUB 32535 del 02 de febrero de 2018 (*pág. 30 a 34, archivo “001DemandaConAnexos”*), SUB96432 del 10 de abril de 2018 (*pág. 38 a 42, archivo “001DemandaConAnexos”*), SUB3535 del 10 de enero de 2019 (*pág. 53 a 60, archivo “001DemandaConAnexos”*), SUB154299 del 14 de junio de 2019 (*pág. 75 a 83, archivo “001DemandaConAnexos”*) y SUB227521 del 22 de agosto de 2019 (*pág. 102 a 113, archivo “001DemandaConAnexos”*).

- **Compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión vejez y las pensiones reconocidas por el Magisterio**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las “*prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a

cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones no genera incompatibilidad alguna (*SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022*).

- Fundamentos normativos sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los afiliados que una vez cumplida la edad de pensión no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas en la Ley para causar el derecho a la pensión de vejez, y declaren su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Dice la norma, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que: *“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”*.

CASO CONCRETO

Descendiendo al presente asunto, se tiene que a ROBERTO HERRERA CORREA le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá a través de la Resolución No. 2557 del 31 de mayo de 2011 (*pág. 19 a 21 archivo “001DemandaConAnexos”*) y para el reconocimiento, liquidación y pago de la misma solo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados con entidades públicas cuando se desempeñó como docente. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados en el ISS hoy COLPENSIONES con empleadores privados desde el 23 de julio de 1993 al 31 de enero de 2013 acumulando un total de 791.14 semanas (*pág. 22 a 28 archivo “001DemandaConAnexos”*).

Conforme al precedente jurisprudencial, la pensión que percibe el demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión vejez a cargo de COLPENSIONES atendiendo a que, si bien la demandada es una entidad de seguridad social del orden público, la

indemnización sustitutiva se financia con aportes que realizó el actor con empleadores de carácter privado al ISS y COLPENSIONES, sin que ello comporte imposibilidad alguna.

ROBERTO HERRERA CORREA nació el 27 de diciembre de 1955 (pág. 17 y 18 archivo “001DemandaConAnexos”) por lo que cumplió la edad de 62 años el mismo día y mes del año 2017, y cotizó un total de 791.14 semanas (pág. 22 a 28 archivo “001DemandaConAnexos”) con empleadores privados. Por lo tanto, al no acreditar el mínimo de semanas para acceder a la pensión vejez y al no seguir cotizando, circunstancias que no se encuentran en discusión en la alzada, cumple con los requisitos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para que le sea reconocida la prestación reclamada.

Por todo lo anterior, la Sala despacha desfavorablemente los argumentos expuestos por el apoderado de COLPENSIONES por cuanto, como ya se explicó, no existe incompatibilidad entre la indemnización por vejez reclamada por el actor y la pensión que percibe por el Magisterio, al tener una fuente de financiación diferente, sin que su procedencia se encuentre condicionada al cumplimiento de requisitos antes del año 1992, como lo menciona el recurrente.

Atendiendo que en el fallo de instancia se estableció el valor de la indemnización sustitutiva, procede la Sala a revisar el valor de la prestación económica de la siguiente manera:

Año	Mes	Día	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor índice	Salario indexado	Días x salario
1993	7	9	\$ 123.210	12,14	93,11	7,669686985	\$ 944.982	\$ 8.504.839
1993	8	31	\$ 111.000	12,14	93,11	7,669686985	\$ 851.335	\$ 26.391.393
1993	9	30	\$ 111.000	12,14	93,11	7,669686985	\$ 851.335	\$ 25.540.058
1993	10	31	\$ 111.000	12,14	93,11	7,669686985	\$ 851.335	\$ 26.391.393
1993	11	29	\$ 111.000	12,14	93,11	7,669686985	\$ 851.335	\$ 24.688.722
1998	1	30	\$ 385.333	31,21	93,11	2,983338674	\$ 1.149.579	\$ 34.487.365
1998	2	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	3	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	4	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	5	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	6	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	7	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109

Año	Mes	Día	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor index	Salario indexado	Días x salario
1998	8	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	9	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	10	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	11	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1998	12	30	\$ 680.000	31,21	93,11	2,983338674	\$ 2.028.670	\$ 60.860.109
1999	1	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	2	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	3	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	4	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	5	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	6	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	7	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	8	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	9	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	10	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	11	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
1999	12	30	\$ 789.000	36,42	93,11	2,556562328	\$ 2.017.128	\$ 60.513.830
2000	1	30	\$ 789.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 1.846.288	\$ 55.388.633
2000	2	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	3	30	\$ 2.200.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 5.148.077	\$ 154.442.322
2000	4	30	\$ 2.200.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 5.148.077	\$ 154.442.322
2000	5	30	\$ 1.246.667	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.917.245	\$ 87.517.339
2000	6	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	7	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	8	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	9	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	10	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	11	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2000	12	30	\$ 1.100.000	39,79	93,11	2,340035185	\$ 2.574.039	\$ 77.221.161
2001	1	30	\$ 924.073	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.988.455	\$ 59.653.642
2001	2	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	3	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	4	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	5	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	6	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	7	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	8	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	9	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	10	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	11	30	\$ 867.900	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.867.580	\$ 56.027.388
2001	12	30	\$ 925.760	43,27	93,11	2,151837301	\$ 1.992.085	\$ 59.762.547
2002	1	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	2	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	3	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	4	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	5	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	6	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	7	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	8	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	9	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	10	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891

Año	Mes	Día	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor index	Salario indexado	Días x salario
2002	11	30	\$ 935.000	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.868.996	\$ 56.069.891
2002	12	30	\$ 966.167	46,58	93,11	1,998926578	\$ 1.931.297	\$ 57.938.907
2003	1	30	\$ 935.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.747.097	\$ 52.412.914
2003	2	30	\$ 1.025.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.915.267	\$ 57.458.007
2003	3	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	4	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	5	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	6	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	7	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	8	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	9	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	10	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	11	30	\$ 980.000	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.831.182	\$ 54.935.461
2003	12	30	\$ 1.012.667	49,83	93,11	1,86855308	\$ 1.892.222	\$ 56.766.661
2004	1	30	\$ 629.400	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.104.267	\$ 33.128.001
2004	2	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	3	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	4	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	5	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	6	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	7	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	8	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	9	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	10	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	11	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2004	12	30	\$ 1.049.000	53,07	93,11	1,754475221	\$ 1.840.445	\$ 55.213.335
2005	1	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	2	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	3	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	4	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	5	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	6	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	7	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	8	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	9	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	10	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	11	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2005	12	30	\$ 1.049.000	55,99	93,11	1,662975531	\$ 1.744.461	\$ 52.333.840
2006	1	30	\$ 1.070.700	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.698.345	\$ 50.950.363
2006	2	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	3	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	4	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	5	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	6	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	7	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	8	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	9	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	10	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	11	30	\$ 1.080.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.713.097	\$ 51.392.913
2006	12	30	\$ 1.167.000	58,7	93,11	1,586201022	\$ 1.851.097	\$ 55.532.898
2007	1	30	\$ 1.096.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.663.926	\$ 49.917.769

Año	Mes	Día	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor index	Salario indexado	Días x salario
2007	2	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	3	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	4	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	5	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	6	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	7	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	8	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	9	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	10	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	11	30	\$ 1.100.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.669.998	\$ 50.099.951
2007	12	30	\$ 1.137.000	61,33	93,11	1,518180336	\$ 1.726.171	\$ 51.785.131
2008	1	30	\$ 1.115.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.601.630	\$ 48.048.897
2008	2	30	\$ 1.122.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.611.685	\$ 48.350.549
2008	3	30	\$ 1.122.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.611.685	\$ 48.350.549
2008	4	30	\$ 1.329.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.909.028	\$ 57.270.838
2008	5	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	6	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	7	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	8	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	9	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	10	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	11	30	\$ 1.178.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.692.126	\$ 50.763.767
2008	12	30	\$ 1.217.000	64,82	93,11	1,436439371	\$ 1.748.147	\$ 52.444.401
2009	1	30	\$ 841.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.121.855	\$ 33.655.663
2009	2	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	3	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	4	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	5	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	6	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	7	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	8	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	9	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	10	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	11	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2009	12	30	\$ 1.202.000	69,80	93,11	1,333954155	\$ 1.603.413	\$ 48.102.387
2010	1	30	\$ 1.202.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.571.885	\$ 47.156.553
2010	2	30	\$ 1.202.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.571.885	\$ 47.156.553
2010	3	30	\$ 1.310.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.713.119	\$ 51.393.581
2010	4	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	5	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	6	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	7	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	8	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	9	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	10	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	11	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2010	12	30	\$ 1.238.000	71,20	93,11	1,307724719	\$ 1.618.963	\$ 48.568.896
2011	1	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	2	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	3	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	4	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429

Año	Mes	Día	Salario	IPC inicial	IPC final	Factor index	Salario indexado	Días x salario
2011	5	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	6	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	7	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	8	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	9	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	10	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	11	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2011	12	30	\$ 1.283.000	73,45	93,11	1,267665078	\$ 1.626.414	\$ 48.792.429
2012	1	30	\$ 1.283.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.567.924	\$ 47.037.720
2012	2	30	\$ 1.283.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.567.924	\$ 47.037.720
2012	3	30	\$ 1.465.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.790.342	\$ 53.710.257
2012	4	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	5	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	6	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	7	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	8	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	9	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	10	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	11	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2012	12	30	\$ 1.344.000	76,19	93,11	1,222076388	\$ 1.642.471	\$ 49.274.120
2013	1	8	\$ 369.000	78,05	93,11	1,192953235	\$ 440.200	\$ 3.521.598

Total días	5538
Semanas	791,14

Total salario x días	\$10.053.944.706
Salario mensual pond	\$1.815.447
Salario semanal pond	\$423.604

PROMEDIO PONDERADO PORCENTAJE DE COTIZACIÓN - PPC			
AÑO	SEMANAS	% APOORTE	PPC
1993	18,57	6,50%	1,2071
1998	51,43	13,50%	6,9429
1999	51,43	13,50%	6,9429
2000	51,43	13,50%	6,9429
2001	51,43	13,50%	6,9429
2002	51,43	13,50%	6,9429
2003	51,43	13,50%	7,4571
2004	51,43	14,50%	7,4571
2005	51,43	15,00%	7,7143
2006	51,43	15,50%	7,9714
2007	51,43	15,50%	7,9714
2008	51,43	16,00%	8,2286
2009	51,43	16,00%	8,2286
2010	51,43	16,00%	8,2286
2011	51,43	16,00%	8,2286
2012	51,43	16,00%	8,2286
2013	1,14	16,00%	0,1829
			14,64%

TOTAL SEMANAS	791,14
SL SEMANAS PONDERADO	\$423.604,27
PPC	14,64%
VR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA	\$49.061.241,07

El valor de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez a favor de ROBERTO HERRERA CORREA asciende a la suma de **\$49.061.241,07** para el año 2017 cuando el actor arribó a la edad de 62 años, la cual deberá ser indexada desde el mes de diciembre de 2017 hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación. Por lo tanto, al ser inferior el valor liquidado por la Sala respecto del establecido en primera instancia, se modificará la sentencia en este aspecto.

Precisado el monto de la condena, se advierte que no hay lugar a declarar la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES por cuanto la indemnización sustitutiva de la pensión vejez puede ser reclamada en cualquier tiempo (CSJ SL4559-2019).

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar en favor de **ROBERTO HERRERA CORREA** la suma de **\$49.061.241,07** por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión vejez, valor que

deberá ser indexado desde el mes de diciembre de 2017 hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en segunda instancia.

CUARTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



SALVAMENTO DE VOTO:

DEMANDANTE: ROBERTO HERRERA CORREA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2020 00440 01

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

La Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado: por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

Ahora respecto de la pretensión solicitada por la demandante que es la indemnización sustitutiva consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es de señalar que esta es una prestación supletoria a la pensión de vejez, lo que hace que para su concesión se deban cumplir los requisitos contemplados en dichas normas.

Luego, para acceder a la Indemnización Sustitutiva de Pensión de vejez se requiere que i) el afiliado acredite que cumplió la edad mínima exigible para obtener el derecho, ii) que no ha cotizado en número de semanas exigidas y iii) declarar bajo juramento que le es imposible continuar cotizando.

En el caso bajo análisis, quedó establecido que la parte demandante cumple con la edad mínima exigible para obtener el derecho, sin embargo, dado que se encuentra pensionada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se advierte la improcedencia de la pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de la indemnización sustitutiva, no es otra que la de permitir que las personas que

habiendo cumplido la edad para acceder a la pensión de vejez no han cotizado el número de semanas exigidos, puedan solicitar una indemnización.

De tal manera que no hay lugar a la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y la indemnización sustitutiva contemplada en la ley 100 de 1993, en razón a que los dos tipos de prestaciones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados.

Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4°, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los riesgos máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada

Por lo anterior, se considera que el reconocimiento de la pensión y de la indemnización sustitutiva que cubren el mismo riesgo de origen común vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, aunado a que existe una incompatibilidad legal entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.24-2020-00204-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 10 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión especial de vejez por hijo inválido a partir del 28 de diciembre de 2018, en cuantía inicial de \$858.131, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios y costas procesales por la suma de \$2.000.000 (*Min. 31:04 archivo “14AudioAudiencia 10-06-2022).*

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

HUMBERTO MUÑOZ PUENTES, llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que se declare que tiene derecho al

reconocimiento y pago de la pensión de la pensión especial de vejez por hijo inválido de que trata el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se condene a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional a partir del 15 de agosto de 2015 o subsidiariamente a partir del 20 de diciembre de 2018, intereses moratorios, indexación, costas y agencias en derecho y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 30 de junio de 1967, se afilió al ISS hoy Colpensiones el 17 de noviembre de 1989 y ha cotizado un total de 1.550,44 semanas; que tiene un hijo de nombre Hair Muñoz Cárdenas quien padece autismo y retraso mental moderado y depende económicamente de él; que Famisanar EPS emitió dictamen el 04 de septiembre de 2012 donde determinó que Hair Muñoz Cárdenas presenta una PCL del 61.25%; dice que posteriormente COLPENSIONES mediante dictamen No. DML7412 del 22 de octubre de 2018, le determinó a Hair Muñoz Cárdenas una PCL del 65%; que por eso le solicitó a la demandada la pensión especial de vejez el 20 de diciembre de 2018, quien a través de Resolución SUB64510 del 15 de marzo de 2019 le negó la prestación argumentando que no acreditó la calidad de padre cabeza de familia (pág. 5 a 9, archivo “01DemandaAnexos”).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, las semanas cotizadas, los dictámenes de PCL practicados al hijo del actor, la solicitud de pensión y su negativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema*, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios y la innominada o genérica (pág. 2 a 10 archivo “03 CONTESTACIÓN DE COLPENSIONES”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 31:04 archivo “14AudioAudiencia 10-06-2022”)

El 10 de junio de 2022, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante señor Humberto Muñoz Puentes la pensión anticipada por vejez por encontrarse a cargo de su hijo inválido de que trata el inciso 2 parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley modificada por la Ley 797 de 2003 a partir del 28 de diciembre de 2018 en cuantía inicial de \$858.131 pesos por 13 mesadas al año y con los reajustes legales a que haya lugar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo pensional a favor del demandante señor Humberto Muñoz Puentes por una suma de \$40.655.727 pesos correspondiente a lo dejado de pagar entre el 28 de diciembre de 2018 al 31 de mayo de 2022 de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer a favor del demandante señor Humberto Muñoz Puentes los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 28 de abril de 2019 hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional por el cual hoy se condena de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva. **CUARTO: AUTORIZAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a descontar del retroactivo pensional los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social en salud a favor del demandante. **QUINTO: ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra por Humberto Muñoz Puentes de acuerdo a lo expuesto. **SEXTO: DECLARAR** no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído. **SÉPTIMO COSTAS** en la instancia a cargo de la parte demandada la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a favor del demandante, liquídense por secretaria en la oportunidad legal procedente incluyendo en ellas como agencia en derecho la suma de \$2.000.000 pesos. **OCTAVO: CONSULTAR** esta providencia en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en caso de que no sea apelada oportunamente (...)

El juzgado fijó como problema jurídico determinar si HUMBERTO MUÑOZ PUENTES tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido a partir del 15 de agosto de 2015, o subsidiariamente a partir del 20 de diciembre de 2018, junto con los intereses moratorios e indexación.

Para resolver indicó que el demandante acredita 1.537,57 semanas cotizadas, quien tiene un hijo de nombre Hair Humberto Muñoz Cárdenas nacido el 18 de abril de 1994 y quien cuenta con una PCL del 65% estructurada desde su nacimiento, por las patologías autismo en la niñez, retraso mental moderado y deterioro del comportamiento significativo que requiere atención o tratamiento y depende de terceras personas para realizar sus actividades de la vida diaria y para decidir por sí mismo; y dedujo que con la prueba testimonial se acreditada la dependencia económica del hijo respecto padre, concluyendo que HUMBERTO MUÑOZ PUENTES acredita los requisitos necesarios para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido conforme al inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación de manera parcial solicitando se revoque la condena por intereses moratorios. Adujo que el reconocimiento pensional se da en vía judicial atendiendo a los criterios de interpretación establecidos por la Corte Suprema de Justicia, en atención a que Colpensiones es una entidad administrativa que solo puede reconocer este tipo de prestaciones previo al cumplimiento del lleno de los requisitos establecidos en la Ley, que en el caso particular uno de los requisitos no se encontraba debidamente acreditado por parte del demandante y no podía COLPENSIONES actuar de otra manera, por lo que considera que no es procedente la condena por intereses moratorios (33:34 *archivo “14AudioAudiencia 10-06-2022”*).

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, en su calidad de administradora de pensiones de derecho público, se infiere razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede

el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada de COLPENSIONES en su escrito de alegatos solicitó se revoque la condena por intereses moratorios atendiendo a los lineamientos de la sentencia CSJ SL 4754 de 2019. Por su parte, el apoderado del demandante solicitó la confirmación del fallo de primera instancia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66ª y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los demás en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el señor Humberto Muñoz Puentes tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial anticipada de vejez por encontrarse a cargo de un hijo inválido conforme el Inciso 2º del Parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; en consecuencia, si debe condenarse a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** HUMBERTO MUÑOZ PUENTES cotizó un total de 1.692,86 semanas entre el 08 de enero de 1988 hasta el 30 de abril de 2022 (*pág. 1 a 17 archivo “11HistoriaLaboralGenerada_2022609_115040”*); **ii)** Hair Humberto Muñoz Cárdenas nació el 18 de abril de 1994 y es hijo del demandante (*pág. 25 archivo “01DemandaAnexos”*); **iii)** COLPENSIONES mediante

dictamen DML7412 del 22 de octubre de 2018, le determinó a Hair Humberto Muñoz Cárdenas una PCL del 65% estructurada el 18 de abril de 1994 (*pág. 31 a 35 archivo “01DemandaAnexos”*); **iv)** y COLPENSIONES a través de la Resolución SUB64510 del 15 de marzo de 2019, le negó al demandante la pensión especial de vejez por hijo inválido (*pág. 36 a 44 archivo “01DemandaAnexos”*).

- De la pensión especial de vejez anticipada por hijo en condición de discapacidad

El artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que entró a regir el 29 de enero de 2003, modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y consagró, en el Parágrafo 4° de dicha norma, la pensión de vejez a favor de la madre trabajadora cuyo hijo padece invalidez física o mental debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, siempre y cuando la madre haya cotizado el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, beneficio que se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral.

Al respecto, la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-227 de 2004, declaró exequible la anterior norma en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de tipo económico. Además, la misma Corporación en providencia C-989 de 2006 declaró exequible la norma en el entendido de que dicho beneficio pensional se hace extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él y, finalmente, en la sentencia C-758 de 2014 declaró condicionalmente exequible la norma en el entendido que dicho beneficio pensional se garantiza a los afiliados tanto del Régimen De Prima Media con Prestación Definida como del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por su parte, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL281 de 2018, SL4715 de 2019, SL2585 de 2020, SL739 de 2021, entre otras, ha señalado que dicho beneficio pensional aplica a los afiliados de ambos regímenes pensionales y destacó que solo se requieren tres condiciones para

causar el derecho: **i)** que el padre o madre haya cotizado por lo menos el mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media; **ii)** que el hijo sufra una invalidez debidamente calificada, lo que supone una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%; **iii)** y que el hijo discapacitado sea económicamente dependiente de su madre o padre.

En cuanto a la controversia de si se requiere que el padre o madre sea cabeza de familia para acceder a este beneficio pensional, el tribunal de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en las sentencias SL2585 de 2020 y SL739 de 2021 reafirmó la regla jurisprudencial adoptada en sentencias SL17898 de 2016, SL1991 de 2019 y SL3772 de 2019, en el sentido de establecer de que no se requiere que el progenitor a cargo del hijo inválido tenga calidad de cabeza de familia, por cuanto el Parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 no exige tal condición. Así mismo, indicó que la norma no se puede interpretar en contra de los intereses de afiliados e hijo inválido, por cuanto no libera de las obligaciones familiares y alimentarias de los padres y ello hace factible el soporte económico de ambos padres, además la finalidad del beneficio pensional es que el progenitor abandone la vida laboral para dedicarse al cuidado pleno de su hijo, siendo la única forma de dependencia exigida por la norma la económica.

También esa Alta Corte ha indicado que la dependencia económica no se equipara a la condición de cabeza de familia, última que impone una dependencia económica exclusiva, pues tal interpretación, según se expresó en la sentencia SL17898 de 2016, no contradice la sentencia de la Corte Constitucional C-989 de 2006 porque en dicha providencia el término “*cabeza de familia*” se equiparó al de madre o padre trabajador.

- De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses

moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, y para su reconocimiento se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

Frente a ellos, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la Administradora de Pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). Y excepcionalmente no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio no se encuentra en discusión que Hair Humberto Muñoz Cárdenas nació el 18 de abril de 1994 y es hijo del demandante (*pág. 25 archivo “01DemandaAnexos”*) y fue calificado con una PCL del 65% estructurada el 18 de abril de 1994 (*pág. 31 a 35 archivo “01DemandaAnexos”*); tampoco es objeto de controversia que el demandante acredita 1.692,86 semanas cotizadas entre el 08 de enero de 1988 hasta el 30 de abril de 2022 (*pág. 1 a 17 archivo “11HistoriaLaboralGenerada_2022609_115040”*) de las cuales 1471 fueron cotizadas al 20 de diciembre de 2018 (*fecha en que el demandante le solicitó a Colpensiones la pensión especial de vejez*), presupuestos que acreditan la calidad de padre trabajador, el número mínimo de semanas para acceder a la pensión vejez y tener un hijo inválido. Por lo tanto, el estudio de la Sala se centrará en determinar si Hair Humberto Muñoz Cárdenas depende económicamente de su padre HUMBERTO MUÑOZ PUENTES.

HUMBERTO MUÑOZ PUENTES en su interrogatorio (*min. 13:09 archivo “12AudioAudiencia09-06-2022”*) indicó que él es quien responde económicamente por su hijo, que compra el mercado, paga los

servicios, transporte y el colegio de educación especial, que su hijo es una persona compulsiva, rutinaria y presenta estados de agresividad, que su hijo está al cuidado de su hermano que también sufre de una discapacidad, que cuando descansa de sus turnos lo lleva a la institución de educación especial; señaló que la madre de Hair trabaja en una panadería desde las 5 am a las 7 u 8 de la noche, que su compañera le ayuda a comprar la leche, el pan, los huevos y el recibo del agua, y que tiene otra hija que es contadora publica y que no le ayuda con el cuidado de su hijo.

Por su parte, el testigo Robinson Ramos Loaiza (*min. 33:37 archivo “12AudioAudiencia09-06-2022)* indicó que el núcleo familiar del demandante está compuesto por la esposa Ana, el hermano del demandante que tiene una condición especial, su hijo Hair y una hija que se llama María Isabel; que la esposa del demandante trabaja en una panadería; mencionó que Hair tiene una ruta escolar que lo recoge en la mañana y lo trae en la tarde y que cuando Hair no estudia esta al cuidado de un hermano del demandante, que los ingresos del hogar provienen del demandante y su esposa Ana María, que el hermano del demandante también tiene una condición especial.

Y Arnold Fabián Sánchez (*min. 01:04:50 archivo “12AudioAudiencia09-06-2022)* en su testimonio indicó que la familia del demandante está conformada por Humberto Muñoz, la esposa Ana María Cárdenas, sus dos hijos; que Hair tiene una condición especial y estudia en un colegio especializado para personas en condiciones especiales, que el demandante asume todos los gastos del hogar, que la señora Ana trabaja en un restaurante todos los días, que no sabe si la señora Ana aporta económicamente al hogar, que el colegio donde estudia Hair es privado, que actualmente no tiene ruta pero que todos los años tiene ese problema, que es dependiente y siempre necesita de alguien, que el demandante es quien está más pendiente de su hijo y cuando no puede lo hace el hermano, que a Hair lo recogen a las 7 de la mañana y llega a las 3 o 4 de la tarde y lo recibe su tío, que el señor Humberto es quien lo lleva al colegio.

Al analizar el interrogatorio de parte rendido por el demandante y los testimonios allegados al proceso, encuentra la Sala que existen vacíos y contradicciones en las declaraciones de Arnold Fabián Sánchez Suarez y Robinson Ramos Loaiza respecto del aporte económico de la señora Ana María, así como los cuidados y atenciones que tiene con su hijo Hair. Sin embargo, de las referidas declaraciones se logra extraer que Hair depende económicamente del demandante y que dicha dependencia no es total por cuanto la madre apoya económicamente el hogar, así mismo que el hijo del demandante está bajo su cuidado y el de su hermano. Y a pesar de que se formuló tacha de sospecha contra la declaración de Arnold Fabián Sánchez Suarez, la misma no prospera, por cuanto de su dicho no se evidencia parcialidad y solo relató las situaciones que le constaban y que presenció directamente.

Conforme a lo anterior, para esta Corporación HUMBERTO MUÑOZ PUENTES acredita que su hijo, en condición de discapacidad, depende económicamente de él, sin que la dependencia y cuidado personal del hijo deba ser total o recaer única y exclusivamente sobre él, por cuanto el apoyo económico y cuidado personal está en cabeza de ambos padres.

De lo anterior, no hay duda que el demandante cumple con los requisitos establecidos en el inciso 2° del Parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido.

- Sobre la fecha de disfrute y el valor de la mesada pensional

Por regla general la pensión de vejez debe pagarse a partir del día siguiente a la fecha del último periodo cotizado al sistema; sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ante situaciones especiales y excepcionales, que deben ser verificadas por los jueces en la labor de dispensar justicia, es necesario acudir a soluciones diferentes, como definir fechas anteriores al retiro del sistema, esto es, que se pueda reconocer a partir

de la calenda en que se cumplió con los requisitos que la ley exige para acceder a esta, aunque no se hubiera reportado la desafiliación, como cuando se demuestra que la verdadera voluntad del trabajador era la de retirarse, sin que así lo hubiera podido hacer, por la actitud asumida por la administradora de pensiones (*SL2662 de 2020, SL 2607 de 2021 y SL 414 de 2022*).

Conforme la documental, se tiene que HUMBERTO MUÑOZ PUENTES solicitó a COLPENSIONES la pensión especial de vejez por hijo inválido el 20 de diciembre de 2018 (*pág. 36 a 44 archivo “01DemandaAnexos*) y Colpensiones negó la prestación solicitada mediante resolución SUB64510 del 15 de marzo de 2019 (*pág. 36 a 44 archivo “01DemandaAnexos*) argumentando lo siguiente:

“...no obstante lo anterior, el afiliado no demostró que su compañera permanente no se encontraba actualmente laborando y tampoco manifestó un total abandono de hogar por parte de su pareja y de las responsabilidades que le corresponden como madre, es decir no se tiene certeza de un incumplimiento absoluto y permanente de las obligaciones inherentes a su condición, razón por la cual no se tiene suficientes elementos probatorios para determinar la condición de padre cabeza de familia...”

Para la Sala es claro que al 20 de diciembre de 2018 (*fecha en que el demandante le solicitó la pensión especial a Colpensiones*) acreditaba los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez anticipada por hijo inválido y debido a la negativa por parte de Colpensiones continuó realizando cotizaciones al sistema hasta la fecha, sin que haya podido retirarse de la fuerza laboral para brindarle los cuidados y atención necesaria a su hijo inválido. Por lo tanto, como fecha de disfrute debe tenerse aquella en la que el trabajador cotizante demostró su voluntad de retirarse del sistema que, para el caso en concreto, lo fue el 20 de diciembre de 2018.

Con todo, no se puede pasar por alto que la sentencia de instancia fijó como fecha de disfrute el 28 de diciembre de 2018, por lo que al ser COLPENSIONES el único apelante y que la consulta se surte

a su favor, no se puede hacer más gravosa su situación, lo conlleva a confirmar la fecha de disfrute determinada por la juez de primer grado.

Teniendo clara la fecha de disfrute de la pensión especial de vejez anticipada, procede la Sala a determinar el valor de la mesada pensional para el año 2018, sumando los aportes sufragados hasta el 28 de diciembre de 2018, de la siguiente manera:

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
27/12/2008	31/12/2008	4	\$ 461.500,00	96,920000	64,820000	1,50	\$690.042,89	\$2.760.171,55
1/01/2009	31/01/2009	30	\$ 497.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$690.103,72	\$20.703.111,75
1/02/2009	28/02/2009	30	\$ 497.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$690.103,72	\$20.703.111,75
1/03/2009	12/03/2009	12	\$ 199.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$276.319,20	\$3.315.830,37
13/03/2009	31/03/2009	19	\$ 315.000,00	96,920000	69,800000	1,39	437389,6848	\$8.310.404,01
1/04/2009	15/04/2009	15	\$ 315.000,00	96,920000	69,800000	1,39	437389,6848	\$6.560.845,27
16/03/2009	28/04/2009	12	\$ 199.000,00	96,920000	69,800000	1,39	276319,1977	\$3.315.830,37
1/05/2009	31/05/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/06/2009	30/06/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/07/2009	31/07/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/08/2009	31/08/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/09/2009	30/09/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/10/2009	31/10/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/11/2009	30/11/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/12/2009	31/12/2009	30	\$ 695.000,00	96,920000	69,800000	1,39	\$965.034,38	\$28.951.031,52
1/01/2010	31/01/2010	30	\$ 710.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$966.477,53	\$28.994.325,84
1/02/2010	28/02/2010	30	\$ 715.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$973.283,71	\$29.198.511,24
1/03/2010	31/03/2010	30	\$ 715.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$973.283,71	\$29.198.511,24
1/04/2010	30/04/2010	30	\$ 715.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$973.283,71	\$29.198.511,24
1/05/2010	31/05/2010	30	\$ 715.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$973.283,71	\$29.198.511,24
1/06/2010	30/06/2010	30	\$ 715.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$973.283,71	\$29.198.511,24
1/07/2010	31/07/2010	30	\$ 719.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$978.728,65	\$29.361.859,55
1/08/2010	31/08/2010	30	\$ 719.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$978.728,65	\$29.361.859,55
1/09/2010	30/09/2010	30	\$ 719.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$978.728,65	\$29.361.859,55
1/10/2010	31/10/2010	30	\$ 720.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$980.089,89	\$29.402.696,63
1/11/2010	30/11/2010	30	\$ 720.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$980.089,89	\$29.402.696,63
1/12/2010	31/12/2010	30	\$ 720.000,00	96,920000	71,200000	1,36	\$980.089,89	\$29.402.696,63
1/01/2011	31/01/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/02/2011	28/02/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/03/2011	31/03/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/04/2011	30/04/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/05/2011	31/05/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/06/2011	30/06/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/07/2011	31/07/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/08/2011	31/08/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/09/2011	30/09/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/10/2011	31/10/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/11/2011	30/11/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53
1/12/2011	31/12/2011	30	\$ 748.000,00	96,920000	73,450000	1,32	\$987.013,75	\$29.610.412,53

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/01/2012	31/01/2012	30	\$ 790.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.004.945,53	\$30.148.365,93
1/02/2012	28/02/2012	30	\$ 790.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.004.945,53	\$30.148.365,93
1/03/2012	31/03/2012	30	\$ 790.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.004.945,53	\$30.148.365,93
1/04/2012	30/04/2012	30	\$ 790.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.004.945,53	\$30.148.365,93
1/05/2012	31/05/2012	30	\$ 790.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.004.945,53	\$30.148.365,93
1/06/2012	30/06/2012	30	\$ 790.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.004.945,53	\$30.148.365,93
1/07/2012	31/07/2012	30	\$ 606.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$770.882,27	\$23.126.468,04
1/08/2012	31/08/2012	30	\$1.038.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.320.422,10	\$39.612.663,08
1/09/2012	30/09/2012	30	\$ 991.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.260.634,20	\$37.819.026,12
1/10/2012	31/10/2012	30	\$ 995.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.265.722,54	\$37.971.676,07
1/11/2012	30/11/2012	30	\$1.025.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.303.885,02	\$39.116.550,73
1/12/2012	31/12/2012	30	\$ 987.000,00	96,920000	76,190000	1,27	\$1.255.545,87	\$37.666.376,16
1/01/2013	31/01/2013	30	\$1.078.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.338.626,01	\$40.158.780,27
1/02/2013	28/02/2013	30	\$1.109.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.377.120,82	\$41.313.624,60
1/03/2013	31/03/2013	30	\$ 950.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.179.679,69	\$35.390.390,78
1/04/2013	30/04/2013	30	\$1.156.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.435.483,92	\$43.064.517,62
1/05/2013	31/05/2013	30	\$1.058.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.313.790,65	\$39.413.719,41
1/06/2013	30/06/2013	30	\$1.098.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.363.461,37	\$40.903.841,13
1/07/2013	31/07/2013	30	\$1.052.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.306.340,04	\$39.190.201,15
1/08/2013	31/08/2013	30	\$1.089.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.352.285,46	\$40.568.563,74
1/09/2013	30/09/2013	30	\$1.050.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.303.856,50	\$39.115.695,07
1/10/2013	31/10/2013	30	\$1.042.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.293.922,36	\$38.817.670,72
1/11/2013	30/11/2013	30	\$1.161.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.441.692,76	\$43.250.782,83
1/12/2013	31/12/2013	30	\$1.113.000,00	96,920000	78,050000	1,24	\$1.382.087,89	\$41.462.636,77
1/01/2014	31/01/2014	30	\$1.120.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.364.384,11	\$40.931.523,38
1/02/2014	28/02/2014	30	\$1.131.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.377.784,31	\$41.333.529,41
1/03/2014	31/03/2014	30	\$1.110.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.352.202,11	\$40.566.063,35
1/04/2014	30/04/2014	30	\$1.081.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.316.874,31	\$39.506.229,26
1/05/2014	31/05/2014	30	\$969.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.180.435,90	\$35.413.076,92
1/06/2014	30/06/2014	30	\$1.094.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.332.710,91	\$39.981.327,30
1/07/2014	31/07/2014	30	\$1.155.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.407.021,12	\$42.210.633,48
1/08/2014	31/08/2014	30	\$1.119.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.363.165,91	\$40.894.977,38
1/09/2014	30/09/2014	30	\$1.114.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.357.074,91	\$40.712.247,36
1/10/2014	31/10/2014	30	\$1.120.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.364.384,11	\$40.931.523,38
1/11/2014	30/11/2014	30	\$1.104.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.344.892,91	\$40.346.787,33
1/12/2014	31/12/2014	30	\$1.046.000,00	96,920000	79,560000	1,22	\$1.274.237,31	\$38.227.119,16
1/01/2015	31/01/2015	30	\$1.245.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.463.142,96	\$43.894.288,83
1/02/2015	28/02/2015	30	\$1.177.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.383.228,33	\$41.496.849,76
1/03/2015	31/03/2015	30	\$1.133.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.331.518,86	\$39.945.565,66
1/04/2015	30/04/2015	30	\$1.273.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.496.048,99	\$44.881.469,63
1/05/2015	31/05/2015	30	\$1.137.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.336.219,72	\$40.086.591,49
1/06/2015	30/06/2015	30	\$1.428.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.678.207,35	\$50.346.220,44
1/07/2015	31/07/2015	30	\$1.199.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.409.083,06	\$42.272.491,82
1/08/2015	31/08/2015	30	\$1.199.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.409.083,06	\$42.272.491,82
1/09/2015	30/09/2015	30	\$1.203.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.413.783,92	\$42.413.517,64
1/10/2015	31/10/2105	30	\$1.130.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.327.993,21	\$39.839.796,29
1/11/2015	30/11/2015	30	\$1.251.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.470.194,25	\$44.105.827,57
1/12/2015	31/12/2015	30	\$1.221.000,00	96,920000	82,470000	1,18	\$1.434.937,80	\$43.048.133,87
1/01/2016	31/01/2016	30	\$1.327.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.460.679,61	\$43.820.388,42
1/02/2016	28/02/2016	30	\$1.220.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.342.900,62	\$40.287.018,74

DESDE	HASTA	# DÍAS	IBC	IPC FINAL	IPC INICIAL	IPC ACUMULADO	SALARIO ACTUALIZADO	SALARIO ACTUALIZADO X DÍAS
1/03/2016	31/03/2016	30	\$1.341.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.476.089,95	\$44.282.698,47
1/04/2016	30/04/2016	30	\$1.295.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.425.455,99	\$42.763.679,73
1/05/2016	31/05/2016	30	\$1.303.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.434.261,90	\$43.027.856,90
1/06/2016	30/06/2016	30	\$1.242.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.367.116,87	\$41.013.505,96
1/07/2016	31/07/2016	30	\$1.323.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.456.276,66	\$43.688.299,83
1/08/2016	31/08/2016	30	\$1.256.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.382.527,20	\$41.475.816,01
1/09/2016	30/09/2016	30	\$1.369.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.506.910,62	\$45.207.318,57
1/10/2106	31/10/2016	30	\$1.182.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.301.072,57	\$39.032.177,17
1/11/2016	30/11/2106	30	\$1.423.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.566.350,48	\$46.990.514,48
1/12/2016	31/12/2016	30	\$1.327.000,00	96,920000	88,050000	1,10	\$1.460.679,61	\$43.820.388,42
1/01/2017	31/01/2017	30	\$1.430.000,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.488.514,66	\$44.655.439,80
1/02/2017	28/02/2017	30	\$1.346.081,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.401.161,75	\$42.034.852,49
1/03/2017	31/03/2107	30	\$1.315.947,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.369.794,69	\$41.093.840,59
1/04/2017	30/04/2017	30	\$1.453.661,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.513.143,85	\$45.394.315,58
1/05/3017	31/05/2017	30	\$1.299.343,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.352.511,26	\$40.575.337,85
1/06/2017	30/06/2017	30	\$1.512.131,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.574.006,41	\$47.220.192,20
1/07/2017	31/07/2017	30	\$1.417.729,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.475.741,54	\$44.272.246,16
1/08/2017	31/08/2017	30	\$1.380.676,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.437.172,35	\$43.115.170,63
1/09/2017	30/09/2017	30	\$1.372.202,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.428.351,60	\$42.850.548,12
1/10/2107	31/10/2017	30	\$1.397.588,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.454.776,38	\$43.643.291,47
1/11/2017	30/11/2017	30	\$1.595.388,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.660.670,23	\$49.820.106,85
1/12/2017	31/12/2017	30	\$1.213.551,00	96,920000	93,110000	1,04	\$1.263.208,71	\$37.896.261,28
1/01/2018	31/01/2018	30	\$1.597.679,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.597.679,00	\$47.930.370,00
1/02/2018	28/02/2018	30	\$1.392.048,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.392.048,00	\$41.761.440,00
1/03/2018	31/03/2018	30	\$1.370.865,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.370.865,00	\$41.125.950,00
1/04/2018	30/04/2018	30	\$1.546.394,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.546.394,00	\$46.391.820,00
1/05/2018	31/05/2018	30	\$1.501.123,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.501.123,00	\$45.033.690,00
1/06/2018	30/06/2018	30	\$1.528.810,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.528.810,00	\$45.864.300,00
1/07/2018	31/07/2018	30	\$1.581.723,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.581.723,00	\$47.451.690,00
1/08/2018	31/08/2018	30	\$1.426.239,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.426.239,00	\$42.787.170,00
1/09/2018	30/09/2018	30	\$1.432.425,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.432.425,00	\$42.972.750,00
1/10/2018	31/10/2018	30	\$1.479.966,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.479.966,00	\$44.398.980,00
1/11/2018	30/11/2018	30	\$1.566.257,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.566.257,00	\$46.987.710,00
1/12/2018	28/12/2018	28	\$1.796.963,00	96,920000	96,920000	1,00	\$1.796.963,00	\$50.314.964,00

TOTAL DIAS	3600							\$ 4.459.396.820,18

IBL	\$1.238.721,34
SMLV 2018	\$781.242,00
No. SALARIOS	1,59
TOTAL SEMANAS	1471

r	=	65,50%	-	0,50%	*	1,58
r	=	65,50%	-	0,79%		
r	=	64,71%				
r	=	69,21%				

VALOR PENSION	\$857.257,10

TASA DE REEMPLAZO	69,21%

El valor de la primera mesada pensional para el año 2018 asciende a la suma de \$ 857.257,10, cuantía que es inferior a la liquidada por el *a quo*, por lo que se modificara el numeral primero de la sentencia de primera instancia. Y debido a que es incierta la fecha en que COLPENSIONES incluirá en nómina de pensionados a HUMBERTO MUÑOZ PUENTES no es viable liquidar el valor del retroactivo pensional, por lo que este aspecto también se modificará.

- **De la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que el demandante solicitó a la demandada la pensión especial de vejez por hijo inválido el 20 de diciembre de 2018 (*pág. 36 a 44 archivo “01DemandaAnexos*), COLPENSIONES negó la prestación mediante Resolución SUB64510 del 15 de marzo de 2019 y la demanda fue presentada en reparto el 27 de julio de 2020 (*pág. 3, archivo “01DemandaAnexos*), es decir, antes de que transcurrieran los 3 años, motivo por el cual no prospera este medio exceptivo. Y por el resultado del estudio del objeto del litigio, tampoco tienen vocación de prosperidad las demás excepciones formuladas en la contestación.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

Frente a la inconformidad elevada por la apoderada de COLPENSIONES frente a la condena por intereses moratorios, debe

decirse que si bien existen situaciones particulares en las cuales la AFP puede exonerarse del pago de dicha condena, como cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial tal como se duele la recurrente, no es aplicable al presente caso.

A juicio de esta Sala, no es comprensible que la demandada, de forma sistemática, exija acreditar la calidad de “*cabeza de hogar*” como requisito para causar la pensión especial de vejez por hijo inválido, desconociendo que por lo menos desde la sentencia SL17898 de 2016; SL12931 de 2017 y SL1790 de 2018, la H. CSJ ha sostenido de forma unánime que no se requiere acreditar dicha condición. Por tanto, COLPENSIONES impuso una barrera administrativa que no corresponde al entendimiento normativo de la norma realizado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, incurriendo en mora en el reconocimiento de la pensión, por mantener caprichosamente una posición totalmente contraria a la regla jurisprudencial reiterada por lo menos desde hace 7 años, motivo por el cual se confirmará la condena por este concepto. Si bien el demandante solicitó a COLPENSIONES la prestación económica el 20 de diciembre de 2018 y por tanto los intereses moratorios serian procedentes a partir del 20 de abril de 2019, lo cierto es que la sentencia recurrida ordenó su reconocimiento a partir del 28 de abril de 2019, no pudiendo esta Sala agravar la situación del único apelante y en quien a su favor se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que la mesada pensional a reconocer a favor de **HUMBERTO MUÑOZ PUENTES**, a partir del 28 de diciembre de 2018, asciende a la suma \$857.257,10, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar el retroactivo pensional a favor de HUMBERTO MUÑOZ PUENTES por las mesadas causadas desde el 28 de diciembre de 2018 hasta cuando se haga efectivo el pago y su inclusión en nómina de pensionados por la prestación económica reconocida, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

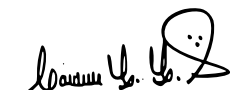
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con salvamento de voto parcial


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE: HUMBERTO MUÑOZ PUENTES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2020 00204 01

MAGISTRADA PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Con el debido respeto, se expone las razones del salvamento parcial de voto.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 787-2013 de 6 de noviembre de 2013, radicación 43602, moderó la aplicación de la posición jurisprudencial sobre la imposición de los intereses moratorios *“para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradores de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir”*.

Postura que ha sido reiterada en sentencias SL 3087- 2014 de 12 de marzo de 2014, radicación 44526; SL 3594-2014 de 19 de marzo de 2014, radicación 45312; SL12018-2016 de 27 de julio de 2016, radicación 65746, SL 5673-2021, radicación 84517, entre otras.

En el presente caso, la entidad actuó ajustada a derecho, porque se acredita en el proceso que el hijo invalido y por él que se solicita la prestación anticipada para atenderlo no depende solo del padre, porque el progenitor recibe ayuda de la madre y otro hijo.

Aunque no se desconoce que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reseñada en la sentencia que se emite,

indica que en la norma no se estipula que el padre que solicita la pensión sea padre cabeza de familia, es de anotar que la norma consagrada en el parágrafo 4 inciso 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, si fue expedida para garantizar a las madres trabajadoras responsables de la manutención del hijo afectado por invalidez física o mental la atención y dedicación a ese hijo sin perder el ingreso económico; tal como se señala en la exposición de motivos de la ley 797 de 2003 para dicho parágrafo y como se reseñó en la sentencia C-989 de 2006 emitida por la Corte Constitucional¹, al punto que era menester que ese hijo dependiera económicamente de la madre y que no tuviera otra renta.

En ese sentido la construcción jurisprudencial sobre emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral para beneficiar a los padres independientemente de que se cuente con el apoyo del otro padre o de los familiares, genera que se deba aplicar la jurisprudencia que morigera la aplicación de intereses moratorios sobre el tema.

En segundo lugar, es de anotar que la liquidación de la pensión no debió ser retroactiva al momento de la solicitud en la prestación dado que de las pruebas obrantes en el expediente se puede deducir que el actor continúa cotizando al sistema general de pensiones y por tal razón la liquidación de la pensión debía tener en cuenta hasta la última cotización como lo establece los artículos 21 y 31 de la Ley 100 de 1993.

Procedía en este caso modificar el numeral primero y revocar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia; ya que la actuación de la administración se enmarca en una de las causales señaladas por la jurisprudencia para la morigeración de la aplicación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, expresadas en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicales 43602, 44526, 45312 y 84517, esto es, cuando la actividad de la administración se debe a la aplicación estricta de la ley, y la pensión no era exigible por cuanto el actor continúa cotizando al sistema.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

¹ Sentencia C-989-2006 “En la misma exposición de motivos transcrita en algunos apartes se expresa que el objetivo de la norma era concederle el beneficio a las madres trabajadoras que eran responsables de la manutención del hijo afectado por una invalidez física o mental, lo que indica que de lo que se trata es de facilitarle a la madre que acompañe a su hijo, para lo cual se la releva del esfuerzo diario por obtener medios para la subsistencia. Y, ciertamente, la garantía de la pensión especial de vejez que confiere la norma le permite a la madre asegurar unos ingresos económicos que le posibilitan dejar su trabajo para poder dedicarse a su hijo, con el objeto de acompañarlo en su proceso de rehabilitación o de suplir sus insuficiencias.”



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 26-2021-00023-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 31 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora (*min. 59:33, archivo "021.GRABACION AUDIENCIA DE FALLO (SN)"*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, solicita se condene a dicha entidad a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, a partir del 07 de marzo de 2018

junto con intereses moratorios, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento factico indicó que nació el 07 de marzo de 1968, cotizó a COLPENSIONES 1.526 semanas, de las cuales dice que 1.500 fueron cotizadas ejerciendo actividades de alto riesgo por estar expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas; que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 11 años de cotizaciones, por lo que el 19 de marzo de 2019 le solicitó a la demandada la pensión especial por actividades de alto riesgo, quien mediante Resolución SUB95254 del 21 de abril de 2020 le negó la prestación; contra dicho acto administrativo interpuso recurso reposición y en subsidio apelación el 27 de agosto de 2020, siendo desatado el primer recurso de forma desfavorable a través de Resolución SUB193508 del 11 de septiembre de 2020 y a la fecha de la presentación de la acción no se había resuelto el recurso de apelación.

Manifestó que conforme su historia ocupacional, CRISTALERÍA PELDAR S.A. certificó que laboró en el cargo de labores varias durante 8 horas diarias expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, pero su empleador no realizó el pago del porcentaje de cotización especial (*pág. 1 a 54, archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*).

En la subsanación de la demanda, el actor solicitó la vinculación de **CRISTALERÍA PELDAR S.A.** como litis consorte necesario (*pág. 2 y 3, archivo “004.SUBSANACION DEMANDA 2021-023”*) y así se dispuso en el auto admisorio de la demanda (*archivo “005. 2021-023 SUBSANO ADMITE DEMANDA”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA**

CRISTALERÍA PELDAR S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad del demandante y expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Formuló las excepciones de *inexistencia*

de la obligación, carencia de derecho, prescripción, conciliación y cosa juzgada, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la innominada o genérica (pág. 3 a 24, archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las solicitudes presentadas y los actos administrativos que negaron la prestación pensional. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, prescripción, principio de buena fe y la innominada o genérica (pág. 3 a 14, archivo “008. CONTESTACION COLPENSIONES 10.06.2021”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 59:33, archivo “021.GRABACION AUDIENCIA...”).

El 31 de mayo de 2022, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(... PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la Litis Cristalería Peldar de las pretensiones incoadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte demandante fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000. **TERCERO:** en caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta (...)

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS prestó los servicios en CRISTALERÍA PELDAR S.A. desempeñando funciones de alto riesgo, si en tal virtud dicha entidad tenía la obligación de efectuar aportes por cotizaciones especiales, si el demandante es beneficiario del

régimen de transición y si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por el ejercicio de esas actividades, a cargo de COLPENSIONES.

Para resolver indicó que el demandante prestó sus servicios desempeñando labores de aseo y movimiento de materiales en el área de personal y en el área de formación de la empresa exponiéndose eventualmente a un ambiente contaminado por partículas cancerígenas, a pesar de que no tenía contacto de manera directa, pero que conforme con los estudios allegados al expediente no se podía determinar con certeza que la labor desempeñada por el actor en el área de personal se podía considerar como un trabajo de alto riesgo para el periodo del año 1984 al 2004.

Respecto a las tareas desempeñadas por CARLOS HERNANDO AREVALO CUBILLOS desde el 22 de abril de 2004 hasta el 10 de enero de 2014 en el área de formación indicó que se incrementó la exposición del trabajador por sustancias peligrosas como el silicio, teniendo en cuenta que en dicha área es donde se hacen los envases y se utilizan sustancias químicas que una vez procesadas dejan residuos industriales que posteriormente eran recogidos por el actor, por lo que dedujo que dicho periodo si puede ser tenido en cuenta como en ejecución de actividades de alto riesgo.

Por ello determinó que el reclamante solo acredita un total de 500 semanas laboradas bajo exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas y que las mismas resultan ser insuficientes para acceder a la pensión especial de vejez conforme al Decreto 2090 de 2003.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su totalidad. Su inconformidad radica en que el Juzgado no haya

considerado que el actor no estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 1984 hasta el 21 de abril de 2004, pues considera que con lo manifestado por los testigos y la historia ocupacional se logra establecer que si laboró en toda la planta de producción y ejecutó sus funciones expuesto a sustancias cancerígenas sin protección alguna.

Indicó que existió una exposición constante, permanente y directa por parte del actor a sustancias comprobadamente cancerígenas, y que existen un sin número de estudios que dan fe de la exposición indirecta y directa de los trabajadores que laboran en CRISTALERÍA PELDAR, que en dichos estudios se aprecia una exposición al material volátil, a polvos totales y respirables de la sílice y al asbesto; además que CRISTALERÍA PELDAR aceptó la exposición a esas sustancias comprobadamente cancerígenas conforme con la Convención Colectiva de Trabajo 2017-2019, en la cual se le reconoce un tipo de prestación económica a los trabajadores que se les ha diagnosticado silicosis, silicoandrosis o neumoconiosis, enfermedades que son generadas por el asbesto; que con la calificación realizada a Miguel Quiroga, que fue trabajador de PELDAR, se logra constatar que este trabajador también desempeñaba el cargo de labores varias en las mismas áreas que el demandante y la causa de la muerte fue una neumoconiosis y silicoandrosis.

Insiste en que los testigos dieron fe que el demandante estuvo en toda la planta de producción y expuesto de manera constante a sustancias comprobadamente cancerígenas, por lo que solicita se reconozca la prestación de conformidad con el Decreto 2090 de 2003, a partir de la cesación de aportes pensionales, y refiere que la Corte Suprema de Justicia en dos casos similares (Rad. 70.662 de 2016 y Rad. 57.666 de 2018) planteó la procedencia de este tipo de solicitudes (01:00:08 archivo “021.GRABACION AUDIENCIA DE FALLO (SN)”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de COLPENSIONES le sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J, a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de CRISTALERIA PELDAR S.A. solicitó se confirme el fallo, por cuanto en ninguno de los cargos y áreas en que laboró el demandante estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Y la apoderada de la parte demandante reiteró los argumentos planteados en la alzada, insistiendo en que la decisión debe ser revocada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo por haber estado presuntamente expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas entre el 9 de mayo de 1984 hasta el 10 de enero de 2014, mientras desempeñaba el cargo de labores varias y si, como consecuencia de ello, debe condenarse a CRISTALERÍA PELDAR S.A. a pagar el porcentaje de cotización

especial y a COLPENSIONES a pagar la prestación económica junto con su correspondiente retroactivo, intereses moratorios o indexación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** CARLOS HERNANDO AREVALO CUBILLOS nació el 07 de marzo de 1968 (*pág. 55, archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*); **ii)** COLPENSIONES mediante Resolución SUB95254 del 21 de abril de 2020 negó la pensión especial de vejez al demandante (*pág. 61 a 71, archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*), decisión que fue confirmada a través de la Resolución SUB193508 del 11 de septiembre de 2020 (*pág. 73 a 84 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*); **iv)** el actor laboró para CRISTALERÍA PELDAR S.A. desde el 29 de mayo de 1984 al 10 de enero de 2014 en la planta de Cogua (*pág. 87 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*), y cotizó en toda su vida laboral un total de 1.524 semanas entre el 30 de mayo de 1984 hasta el 10 de enero de 2014 (*pág. 61 a 71 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*).

- **De la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo**

La pensión especial por actividades de alto riesgo ampara a las personas que por su actividad, oficio o profesión están expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud al punto de generar una menor expectativa de vida o que estén enfrentados a un mayor nivel de siniestralidad (*CSJ SL 890 de 2021*).

El artículo 2° del Decreto Ley 2090 de 2003, define de manera clara aquellas actividades que tienen la connotación de ser de alto riesgo, así:

“Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos. 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites

permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes. 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes”.

Los artículos 3° y 4° del mismo Decreto, señalan que para acceder a la pensión especial de vejez se requiere un mínimo de 700 semanas de cotización especial, haber cumplido 55 años de edad y una densidad de semanas igual a las exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, disminuyéndose en un año la edad de pensión por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las exigidas en el Sistema General de Pensiones, sin que ésta pueda ser inferior a 50 años.

El mencionado Decreto fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013. En esta providencia, la Corte Constitucional precisó que: *“La inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”* (subraya la Sala).

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que el trabajador que aspira a acceder a una pensión especial de alto riesgo debe demostrar que prestó sus servicios expuestos o desempeñando alguna de las actividades catalogadas como de alto riesgo. También ha reiterado que si el trabajador acredita que la actividad cumplida pertenece a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el trabajador quien

corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez, sin perjuicio de que ésta pueda reclamarle al empleador que no cumplió la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley (*SL 398 de 2013, SL 9013 de 2017, SL999 de 2020, entre otras*).

Así mismo, ha adoctrinado el máximo órgano de cierre que no basta con que en la empresa demandada se desarrollen actividades de alto riesgo, o que la empleadora misma esté calificada como tal, pues lo realmente relevante de cara a obtener la prestación pensional especial es que el trabajador particularmente considerado haya estado realmente expuesto a ese tipo de sustancias comprobadamente cancerígenas (*SL 035 de 2021 y SL 2884 de 2022*).

Ahora bien, sobre las cotizaciones especiales conviene precisar, que para sufragar los costos que implica el anticipo de este tipo de prestaciones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

CASO CONCRETO

Al descender al caso bajo estudio se tiene que CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS nació el 07 de marzo de 1968 (*pág. 55 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”*), por lo cual la norma aplicable es el Decreto 2090 de 2003 que exige para acceder a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo 1.300 semanas cotizadas y de éstas un mínimo de 700 con cotización especial por actividades de alto riesgo.

Es importante recordar que le correspondía a la parte demandante probar la prestación efectiva del servicio y que durante

dicho interregno estuvo expuesto a actividades catalogadas como de alto riesgo. Con esa aclaración, procede la Sala a valorar los medios de prueba existentes en el proceso para verificar si el actor estuvo laborando en actividades expuestas a sustancias comprobadamente cancerígenas durante la relación laboral, de la siguiente manera:

CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS en el interrogatorio (*min. 20:16, archivo “019.GRABACION AUDIENCIA Art. 80 (SN)”*) indicó que laboró para CRISTALERÍA PELDAR desde el 29 de mayo de 1984 hasta el 10 de enero de 2014, en la planta de Zipaquirá donde desempeñó el cargo de labores varias; dijo que en el año 2004 le asignaron el área de formación vidrio plano, sus funciones eran la de recoger residuos de vidrio, asbesto, desechos de las máquinas de producción para llevarlos a un centro de acopio y reciclaje, soplar las maquinas, preparar el asbesto en polvo y remojarlo para sellar las máquinas de producción de vidrio.

Gustavo Adolfo Velasco en su testimonio (*min. 30:47, archivo “019.GRABACION AUDIENCIA Art. 80 (SN)”*) señaló que conoce al actor hace 30 años porque trabajaba en CRISTALERÍA PELDAR, que CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS desempeñaba el cargo de labores varias y últimamente como remplazante en algunos oficios, las funciones que desarrollaba eran hacer aseo a las oficinas, bodegas, baños, áreas de producción o el área que le asignen; refiere el testigo que laboró en la planta hasta el año 2004, los elementos usados por el demandante eran productos de aseo y limpieza, en los procesos de producción se produce desperdicio de sílice, asbesto, polvo, fibra de vidrio y todos los elementos de materia prima; sobre el cargo de labores varias refirió que deben hacer aseo desde la portería hasta terminar en planta de arena y tienen que barrer corredores, lavar baños y en las áreas de producción pasar y recoger los desechos donde hay retal de vidrio, aceite, polvo y de todo lo que se produce en la fábrica; y que en el área de formación el demandante manipulaba materias primas, recogiendo restos de vidrio, polvo, madera, papeles y comida.

Elvo Armando Pinzón Murcia en su declaración (*min. 54:17 archivo “019.GRABACION AUDIENCIA Art. 80 (SN)”*) precisó que se retiró de PELDAR en el año 2009 y estaba asignado al área de producción vidrio plano; respecto a CARLOS HERNANDO dijo que hacía aseo en todas las áreas y específicamente en su área hacia aseo a las oficinas, los baños, los pasillos y siempre dentro de las áreas de producción porque las oficinas están en el área de producción y en ocasiones el supervisor podía disponer del actor para suplir ausencias o por razones de operación en las máquinas; dijo que los materiales usados por el demandante eran la escoba, los cepillos, los detergentes, trapos y demás elementos para la limpieza de los baños que se encontraban dentro el área productiva; que cuando están en producción portaba casco, overol, botas, una bayetilla al cuello para el polvo, que veía al demandante en otras áreas de producción y siempre estaba haciendo aseo en inmediaciones de producción; sobre el cargo de labores varias indicó que es inherente a la producción, que debe barrer cerca de las máquinas, barrer baños, barrer pasillos, que en el área de formación las funciones del operario de labores varias son limpiar los baños, barrer pasillos y ayudar a sacar escombros.

Edwin Alejandro Cano Parra (01:23:51 *archivo “019.GRABACION AUDIENCIA Art. 80 (SN)”*) en su testimonio manifestó trabajar para la demandada PELDAR y conocer al demandante; precisó que las funciones del cargo de labores varias son prestar apoyo de aseo a algunas áreas, que la empresa suministraba los elementos de tapabocas, tapa oídos, overol y botas de seguridad, que el cargo de labores varias hace tareas en distintas áreas del proceso, que el demandante hacía sus labores de aseo en la parte administrativa donde quedaban las oficinas de recursos humanos.

Finalmente, Ricardo Torres López (*min. 07:24 archivo “019.GRABACION AUDIENCIA Art. 80 (SN)”*) al rendir su testimonio manifestó que conoce al demandante porque estuvo en la planta de Zipaquirá desde el año 2007 y el actor se retiró en el 2014; que el actor desempeñó el cargo de labores varias, que por su cargo de gerente de

recursos humanos tiene conocimiento de que CARLOS HERNANDO desde su vinculación hasta el 2004 estuvo asignado en el área administrativa de oficinas y del año 2004 al 2014 apoyó el área de formación vidrio plano; que en el área de producción vidrio plano no se manejan sustancias comprobadas como cancerígenas sino vidrio, calor y ruido; que los elementos de trabajo de CARLOS eran una escoba y los elementos de protección brindados por la empresa, que el área de formación vidrio plano por tema del proceso productivo hay envases que se rompen y el vidrio salta alrededor de las plataformas donde se realiza el proceso de fabricación de los envases y estas personas pasaban y barrían esos pedazos de vidrios que quedaban en el piso y eso era lo que el demandante usualmente hacía, que para hacer la limpieza las maquinas no se paraban porque el vidrio caía por fuera de las plataformas.

Al expediente fueron allegadas las siguientes pruebas documentales, que se valoraran según su contenido:

- Historia Ocupacional de CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS (pág. 85 a 86 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”)

En este documento elaborado por la Directora de Recursos Humanos de CRISTALERÍA PELDAR S.A., menciona que CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS desempeño el cargo de labores varias desde el 29 de mayo de 1984 al 21 de abril de 2004 en el departamento de personal y sus funciones eran *ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza y movimiento de materiales...en cualquiera de las dependencias de la planta*; y desde el 22 de abril de 2004 al 10 de enero de 2014 el actor fue asignado al área de formación general donde sus funciones eran *ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza y movimiento de materiales*.

- Certificación laboral del 06 de octubre de 2015 expedida por CRISTALERÍA PELDAR S.A. (pág. 87 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”)

CRISTALERÍA PELDAR S.A. certificó que CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS prestó sus servicios para esa empresa desde el 29 de mayo de 1984 hasta el 10 de enero de 2014 y se hace mención a que estuvo afiliado a distintas ARL como ISS, Sura y Bolívar.

- Convención Colectiva de Trabajo CRISTALERÍA PELDAR 2017-2019 (pág. 88 y 89 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”).

Si bien en el artículo 99 prevé una pensión equivalente al 100% del salario devengado al momento de ser jubilado para aquellos trabajadores afectados de silicosis o neumoconiosis que tengan carácter de enfermedad laboral adquirida al servicio de la empresa, lo cierto es que se aportó el documento incompleto y sin la correspondiente constancia de depósito, en cumplimiento de artículo 469 del CST.

- Estudios de polvos totales y respirables realizado por el Instituto de Higiene Ambiente y Salud Ltda, en el año 1994, en la Planta de Cogua de la CRISTALERÍA PELDAR S.A. (pág. 96 a 143 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”).

A pesar de que se concluyó que “*Las operaciones de aseo de bandas, áreas comunes y el pesaje de sustancias primas mayores y menores utilizadas en el proceso de fabricación del vidrio, exponen a los Ayudantes y a los Operadores a un alto riesgo de contraer enfermedades de tipo profesional*” y que “*Todo el personal que labora en planta Térmica, molinos, Materias Primas y Planta de Arena, están expuestos a concentraciones de Polvos Silíceos*”, en el estudio no se menciona el área en la que se desempeñaba el actor para esa época (*Departamento de Personal*), las funciones realizadas por este y así como tampoco su grado de exposición.

- Informe de evaluaciones ambientales de material particulado elaborado por SURATEP en la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A., Planta de Zipaquirá, año 1996 (pág. 144 a 170 “archivo “001 DEMANDA Y ANEXOS”).

En el numeral 5.1.3 sobre el cargo de labores varias se refiere lo siguiente:

“este es uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador menos utiliza equipos de protección”

Un aspecto a tener en cuenta es que durante el segundo muestreo realizado al señor Gonzalo Rodríguez se presentó una saturación de la muestra, de la cual no fue posible identificar la causa”

“Durante el desarrollo de esta labor, el trabajador se encuentra expuesto a diferentes materiales, por lo que se optó por evaluarle en esta fase de la asesoría por parte de SURATEP, material particulado total”

Si bien se habla sobre los riesgos de exposición del cargo de labores varias, no se menciona el área en la que se desempeñó CARLOS HERNANDO AREVALO CUBILLOS, tampoco sus funciones y el grado de exposición. Este apartado hace referencia a un trabajador de nombre Gonzalo Rodríguez.

Por su parte, la demandada CRISTALERÍA PELDAR S.A. aportó, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

- Acta de conciliación entre CRISTALERÍA PELDAR S.A. y CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS ante el Ministerio de Trabajo (pág. 27 a 29 archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”).

En el acta de conciliación no se encuentran consignadas las funciones y el grado de exposición del actor a sustancias comprobadas como cancerígenas.

- Informe de Espirometrías en CRISTALERÍA PELDAR S.A. junio de 2001 (*pág. 68 a 95 archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”*).

Si bien el informe refiere algunos trabajadores a los cuales se les realizó el estudio, no habla de la situación particular del demandante, más aún cuando el análisis se limitó a la exposición de algunos trabajadores de la Sección de Vidrio Plano.

- Informe de evaluaciones de humo de soldadura tomado del estudio de higiene industrial septiembre de 2003 (*pág. 96 a 97 archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”*).

En el informe no se menciona el cargo de labores varias ni sobre el caso particular de CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS.

- Informe de evaluaciones de compuestos químicos PNOS y humos de soldadura tomado del estudio de higiene industrial 2004 (*pág. 98 a 99, archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”*).

En el informe no se menciona el cargo de labores varias ni sobre el caso particular de CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS.

- Informe de evaluaciones ambientales de material particulado – dióxido de silicio tomado del estudio de higiene industrial marzo 2011 (*pág. 100 a 101 archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”*).

En el informe no se menciona el cargo de labores varias ni sobre el caso particular de CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS.

- Informe de evaluaciones aerosoles sólidos – PNOS respirable e inhalable tomado del estudio de higiene industrial 2005 (*pág. 102 a 103 archivo “006.Contestacion Demanda Cristalería Peldar S.A”*).

En el informe no se menciona el cargo de labores varias ni sobre el caso particular de CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS.

Analizados en conjunto todos los medios de prueba existentes en el proceso, se constata que CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS laboró para la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A. desde el 29 de mayo de 1984 al 10 de enero de 2014; durante el periodo comprendido entre el 29 de mayo de 1984 hasta el 21 de abril de 2004 estuvo asignado al departamento de personal y a partir del 22 de abril de 2004 al 10 de enero de 2014 en el área de formación vidrio plano. Si bien los testigos referenciaron que el actor, en el área de vidrio plano, debía recoger residuos de vidrio, asbesto y demás desechos y llevarlos a un centro de acopio y reciclaje, así como desarrollar funciones de aseo, nada se habló sobre las funciones desarrolladas en el departamento de personal, al cual estaba asignado.

Ahora, el actor en el área de formación vidrio plano sí estuvo expuesto a las materias primas usadas para la fabricación de vidrio, entre ellos, residuos de vidrio, polvo, madera y asbesto, pues entre sus funciones tenía que recoger los desechos que las máquinas producían en dicha área y todos los testimonios coinciden que los elementos usados por el demandante eran los propios de una persona de aseo.

Por tanto, para la Sala CARLOS HERNANDO ARÉVALO CUBILLOS, en el área de vidrio plano, sí estuvo expuesto y en contacto con material particulado que dejaban las máquinas de producción. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el departamento de personal donde estuvo cumpliendo laborales desde el 29 de mayo de 1984 hasta el 21 de abril de 2004.

En efecto, de la prueba testimonial nada se extrae sobre las funciones que desarrolló el demandante mientras estuvo asignado al departamento de personal. Tampoco de las pruebas documentales, referidas en la alzada, como la historia ocupacional o los informes aportados al proceso se logra demostrar que el demandante estuvo expuesto directa o indirectamente a sustancias comprobadamente cancerígenas en el periodo comprendido entre el 29 de mayo de 1984 al 21 de abril de 2004.

El hecho de que la empresa demandada este catalogada como de alto riesgo, no implica que se tenga por probado que el trabajador estuvo expuesto a sustancias cancerígenas, sino que obliga al interesado a demostrar que efectivamente durante la prestación del servicio fue destinatario de este tipo de sustancias, aspecto que no se acreditó en este juicio respecto de todo el periodo reclamado.

Frente a las sentencias mencionadas en el recurso (SL18578-2016 y SL1442-2018), las mismas no resultan aplicables al presente asunto, por cuanto el precedente reciente del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha señalado que es necesario demostrar en cada caso el cumplimiento de funciones con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, no siendo posible aplicar el análisis realizado en asuntos similares.

Bajo el anterior escenario, CARLOS HERNANDO AREVALO CUBILLOS tan solo acreditó labores con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas desde el 22 de abril de 2004 hasta el 10 de enero de 2014, es decir, durante 3.498 días que equivale a 499,71 semanas, cantidad que resulta ser insuficiente para causar la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, conforme los presupuestos señalados en el Decreto 2090 de 2003, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en segunda instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. Secretaría de la Sala proceda de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.26-2021-00190- 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de **NELLYS ELENA BARRIOS HURTADO** contra la sentencia del 28 de junio de 2022 proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la actora (*min. 31:00 archivo "016.GRABACION AUDIENCIA ART. 77 y 80 (SN)"*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

NELLYS ELENA BARRIOS HURTADO llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez con su correspondiente retroactivo a partir del 29 de octubre de 1997, intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen DML No. 45453397 del 25

de abril de 2013 le determinó una PCL del 68.65% estructurada el 13 de enero de 2009 por las patologías de artritis reumatoide e insuficiencia venosa crónica; que cotizó 222 semanas hasta el 29 de octubre de 1997, por lo que le solicitó a COLPENSIONES la pensión de invalidez y dicha entidad por medio de la Resolución GNR135167 del 19 de junio de 2013 le negó la prestación reclamada (*pág. 7 a 14, archivo “001.DEMANDA Y ANEXOS”*).

CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y las patologías que padece la demandante, la solicitud de pensión de invalidez y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *compensación*, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (*pág. 22 a 33, archivo “010. CONTESTACIÓN COLPENSIONES 08-11-2021”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 31:00, archivo “016.Grabacion Audiencia Art. 77 y 80 (SN)”*).

El 28 de junio de 2022, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora Nellys Barrios Hurtado conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 600.0000 pesos. **TERCERO:** en caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (...)

El juzgado fijó como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, estableciendo la fecha de causación del mismo, la procedencia del retroactivo pensional y demás pretensiones contenidas en la demanda.

Para resolver indicó que a la fecha de la estructuración de la invalidez no se registran semanas cotizadas por cuanto el ultimo aporte se hizo hasta el 31 de diciembre de 1997, por lo que la accionante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez ya que no reúne el requisito de las 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la estructuración, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003.

Indicó que en aquellos casos en que los afiliados padecen de enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha permitido excepcionalmente que sea tomada como fecha para el estudio de la causación de la pensión de invalidez no solo la de la estructuración, sino también el momento en que se emitió el dictamen, la fecha de presentación de la solicitud pensional o la última cotización y por ende permite tener en cuenta los aportes realizados con posterioridad a la estructuración de la invalidez.

Sin embargo, concluyó que en el caso bajo estudio no era posible aplicar una fecha de estructuración diferente, bajo la tesis de una capacidad laboral residual por cuanto, conforme al dictamen No. 45453397 del 25 de abril de 2013, la PCL de la actora se estructuró el 13 de enero de 2009 y la última cotización a pensión fue hasta el 31 de diciembre de 1997.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad. Adujo que la demandante acredita con suficiencia los requisitos mínimos de ley y al aplicar el principio de la condición más beneficiosa, cumple con facilidad los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 en su texto original, principio fundamentado en la sentencias de unificación de la Corte Constitucional como la SU 442 de 2016 que permite trasladarse a regímenes o leyes anteriores, y la sentencia SU 005 de 2018; que con base en las pruebas allegadas como la historia laboral, el dictamen y la reclamación administrativa la demandante acredita las 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la última notificación (sic), puesto que la jurisprudencia ha establecido que estas semanas se

pueden tomar a partir de la última semana efectivamente cotizada sin importar que el dictamen haya sido emitido con posterioridad, puesto que la capacidad laboral residual de la actora solo fue hasta el año 1997 y es a partir de allí que se pierde de manera definitiva la capacidad de trabajo (*min. 31:36 archivo “016.GRABACION AUDIENCIA ART. 77 y 80 (SN)”*).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de COLPENSIONES le sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J a quien se le reconoce personería para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos solicitó se confirme el fallo de primera instancia.

Por su parte, el apoderado de la demandante reiteró los argumentos plasmados en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de invalidez, en aplicación del principio de la condición beneficiosa o por capacidad laboral residual y de ser, así, se estudiarán las demás pretensiones elevadas por la parte actora.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la Junta Nacional de Calificación de Invalidez le determinó a NELLYS ELENA BARRIOS HURTADO una PCL del 68.65%, estructurada el 13 de enero de 2009 (*pág. 1 a 7 archivo “GEN-ANX-CI-2015_2977156-20150407114548”, carpeta “009. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO CC-45453397”*); **ii)** NELLYS ELENA BARRIOS HURTADO cotizó 215,29 semanas entre el 27 de

diciembre de 1989 al 04 de noviembre de 1997 (*pág. 34 a 36, archivo “010. Contestación Colpensiones 08-11-2021”*); **iii)** la actora le solicitó a COLPENSIONES la pensión de invalidez el 05 de junio de 2013, quien mediante Resolución GNR135167 del 19 de junio de 2013 le negó la prestación reclamada (*pág. 16 a 18, archivo “001.DEMANDA Y ANEXOS”*).

- **Sobre la pensión de invalidez.**

La H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de forma pacífica y reiterada ha indicado que la norma aplicable a la pensión de invalidez es la vigente al momento de su estructuración, salvo en los eventos de la condición más beneficiosa, tal y como reafirmó recientemente en las sentencias SL4567 de 2019, SL4020 de 2019, SL1010 de 2020, SL1018 de 2020, entre otras.

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993, establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *ibidem*, fueron modificados por la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar un 50% de pérdida de capacidad laboral y haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

- **Sobre la condición más beneficiosa**

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que eventualmente es posible acudir a la norma inmediatamente anterior, y para ello ha establecido algunas reglas para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y poder estudiar la prestación pensional bajo los postulados de la Ley 100 de 1993 en su texto original, así:

1. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) *Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) *Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.*
- c) *Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) *Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y*
- e) *Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.*

2. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
- d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.

3. Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

4. Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa.

Línea jurisprudencial que se ha reiterado en sentencias SL 2358 de 2017, SL 4294 de 2022, SL 3550 de 2022, entre otras.

- Sobre la capacidad laboral residual

La misma Corporación ha determinado que en tratándose de enfermedades originadas en contingencias relacionadas con enfermedades catalogadas como crónicas, degenerativas o congénitas resulta válido contabilizar las semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez tales como i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización; lo anterior, por cuanto resulta razonable entender que, dadas las características especiales de estas patologías, y la manera en que cada una de ellas puede exteriorizarse y tener repercusión en la salud

de la persona, la misma puede darse o presentarse en las oportunidades antes anotadas y hacerse notoria su manifestación en la integridad del afiliado (a), impidiéndole o limitándola ser laboralmente productiva, y de contera, generando la condición invalidante (*SL 781 de 2021, SL 1172 de 2021 y SL3480 de 2022*).

Igualmente, ha reiterado que para que sea procedente el conteo de semanas en una fecha diferente a la estructuración de la invalidez se requiere que las cotizaciones realizadas con posterioridad sean producto de una verdadera capacidad laboral que le permita al afiliado desempeñar una labor y, en esa medida, trabajar y cotizar (*SL 782 de 2021 y SL 2332 de 2021*). Idéntico razonamiento se plasmó en la sentencia SU-588 de 2016 por parte de la Corte Constitucional.

CASO CONCRETO.

Descendiendo al caso bajo estudio se tiene que NELLYS ELENA BARRIOS HURTADO fue calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 25 de abril de 2013, donde resolvió un recurso de apelación que interpuso la parte interesada con ocasión de la calificación realizada por COLPENSIONES el 21 de agosto de 2012, y por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar el 11 de diciembre de 2012. La Junta Nacional en ese dictamen le determinó a la demandante una PCL del 68.65% estructurada el 13 de enero de 2009 (*pág. 1 a 7, archivo “GEN-ANX-CI-2015_2977156-20150407114548”, carpeta “009. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO CC-45453397*). Por tanto, al haberse estructurado la invalidez en vigencia de los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificados por la Ley 860 de 2003, es esta normativa la que en principio regula la situación jurídica de la parte actora.

Este precepto exige como requisitos para causar la pensión de invalidez acreditar, además del estado invalidante, 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración. Conforme con la historia laboral de la demandante (*pág. 34 a 36, archivo “010. CONTESTACIÓN COLPENSIONES 08-11-2021”*) se tiene que entre el 14 de enero de 2006 y el 13 de enero de 2009, no cotizó ni una semana, por lo que no cumple con los presupuestos normativos para acceder a la pensión de invalidez bajo dicho precepto.

Frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, tal como se mencionó en la parte considerativa de la presente sentencia, solo se permite la aplicación de dicho principio siempre y cuando se hubiere estructurado condición de invalidez entre el 29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2006, así mismo estableció unas subreglas en cuanto al requisito de semanas de cotización, requisitos que a todas luces no cumple la actora. Si bien en la alzada se hace alusión a dos sentencias de la H. Corte Constitucional, SU 442 de 2016 y SU 005 de 2018, la primera de ellas hace mención a que el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima. Mientras que en la segunda providencia analizó la aplicación de este principio en pensiones de sobrevivientes, aspecto diferente al estudiado en el presente juicio.

Teniendo en cuenta que el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha fijado los parámetros y las reglas sobre las cuales procede la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no resulta aplicable el razonamiento fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 442 de 2016. En todo caso y en gracia de discusión, admitiendo dicho criterio, la demandante tampoco cumpliría los requisitos normativos puesto que no reúne las 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración.

Finalmente, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han señalado que la capacidad laboral residual sucede en aquellos eventos en los cuales, si bien el estado de invalidez se estructuró en una fecha, el afiliado continúa laborando y cotizando y es en virtud de ello que se pueden tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a esa estructuración, situación que no ocurrió en el presente caso. Lo anterior, por cuanto la última cotización realizada por NELLYS ELENA BARRIOS HUERTADO lo fue para el año 1997 y la fecha de estructuración se fijó para el 13 de enero de 2009, es decir, que no se cumplen los presupuestos para aplicar la teoría de la capacidad laboral residual.

Es importante resaltar que en numerosas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la existencia de una experticia emitida por alguna de las entidades competentes en el procedimiento de determinación de invalidez en el sistema de seguridad social no es vinculante ni ata al juez al momento de resolver en sede jurisdiccional las controversias que se susciten respecto al mismo (SL4571-2019, SL1958-2021 y SL3008-2022).

Por eso, y en virtud de que no se desconoce el estado de salud de la demandante, que la hace un sujeto de especial protección constitucional, la Sala revisó cada uno de los medios de prueba aportados por las partes, sin que los mismos sean suficientes para modificar o establecer una fecha de estructuración diferente a las fijadas por las entidades que la calificaron.

En efecto, además del dictamen, en el proceso obra historia clínica de la demandante con fecha de atención 12 de agosto de 2020 (*pág. 19 y 20 archivo “001.DEMANDA Y ANEXOS*), donde como antecedentes se indican los siguientes:

...HISTORIAL 22 AÑOS DE EVOLUCIÓN, CON IMPORTANTE LIMITACIÓN FÍSICA, INCAPACITANTE. TAC DE TORAX. CARDIOMEGALIA // FIBROSIS PULMONAR HA RECIBIDO TRATAMIENTO CON METOTREXATE 15 MG SEMANAL, ADALIMUMAB, ETANERCEPT 50 MGS C/8 DIAS SIN RESPUESTA TERAPÉUTICA, SE CAMBIA A CERTOLIZUMAB COM BUENA RESPUESTA, PERO LA INCONSISTENCIA DE LA ENTREGA DEL BIOLOGICO HACE QUE SU ENFERMEDAD ESTE SIEMPRE ACTIVA M DEL DOLOR OXICODONA BISACODILO AMITRIPTILINA KETOPROFENO HEMATOLOGIA HIERRO I.V + ERITROPOYETINA SUB...

Del referido documento se extrae que la actora padece de enfermedades con 22 años de evolución, es decir, desde aproximadamente el año 1998, sin que en el plenario obren pruebas adicionales que demuestren que esos diagnósticos pudieron desencadenar en la pérdida paulatina de la capacidad laboral de NELLYS ELENA BARRIOS HURTADO y su estado de salud, que la conllevara a la pérdida de oportunidades para la consecución de empleo y su incorporación al mercado laboral, pues dejó de prestar servicios subordinados con derecho a cotización al sistema pensional a partir de noviembre de 1997, supuestos que no se encuentran acreditados en el

juicio, lo que descarta el establecimiento de una fecha de estructuración diferente a la mencionada en la presente providencia, para el estudio de la pensión de invalidez.

Bajo el anterior análisis, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en segunda instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se remitirá copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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 de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

TERCERO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No. 28 2016 00037 01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante **DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO** contra de la sentencia del 28 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a la parte pasiva de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 20:55, archivo “69.1 Audiencia”*).

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO llamó a juicio a **PROYECTAR VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA** y solidariamente a **HOLMMAN ENRIQUE ORTIZ GONZALEZ y FIDUACIARIA DEL PAIS S.A.** como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de **PROYECTAR VALORES** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y, en consecuencia, pide que se condene al

pago de 180 días de indemnización por despido sin autorización del Ministerio de Trabajo, indemnización moratoria, indexación, reliquidación de aportes pensionales entre el 1° de septiembre de 2008 a 1° de enero de 2010, condenas ultra y extra *petita* y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que inició a trabajar para PROYECTAR VALORES el 1° de septiembre de 2008, con un salario de \$5.999.500 más comisiones, firmando el contrato de trabajo el 07 de octubre de 2008; que entre el 1° de septiembre de 2008 y el 1° de enero de 2010, su empleador dejó de reportar el salario realmente devengado; que en octubre de 2010, el mercado de valores empezó a llenarse de rumores acerca de los malos negocios de PROYECTAR VALORES, por lo que el estrés y la presión a los trabajadores aumento de forma desbordada, resintiendo su estado de salud y así continuo laborando, recibiendo incapacidades entre el 03 de octubre de 2011 y el 31 de agosto de 2012, por lo que recibió intensas presiones por parte del empleador para que renunciara a su trabajo.

Afirmó que, 31 de agosto de 2012, PROYECTAR VALORES elevó ante el Ministerio de Trabajo solicitud de autorización para despedirla, la cual fue negada mediante Resolución No.000184 del 26 de febrero de 2013, al estimarse que tenía una limitación en salud, decisión que fue recurrida por la parte demandada y confirmada posteriormente a través de la Resolución No.000600 del 14 de mayo de 2013; que pese a que el sistema de salud le siguió otorgando incapacidades, el 14 de junio de 2013 PROYECTAR VALORES dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, fecha en la cual se encontraba incapacitada, despido que le intensificó su enfermedad, le causó perjuicios económicos y no se le pagó la indemnización correspondiente a 180 días de salario.

Manifestó que COLPENSIONES en dictamen del 4 de mayo de 2015 le determinó una pérdida de capacidad laboral del 65.85% de origen común; que el 25 de enero de 2016 le remitió al liquidador de PROYECTAR VALORES reclamación administrativa solicitando el pago de las sumas adeudadas, la cual fue devuelta, y el 29 de enero siguiente

elevó igual solicitud a FIDUCIARIA DEL PAÍS, quien en comunicación del 22 de febrero de 2016 negó la petición (*pág. 1 a 11, archivo “003Demanda”*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HOLLMAN ENRIQUE ORTIZ GONZALEZ se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, salvo la relacionada con la existencia del contrato de trabajo. Aceptó la firma del contrato de trabajo, la existencia de incapacidades de la demandante, el recurso de apelación formulado contra la Resolución No.000184 del 26 de febrero de 2013 y el acto administrativo confirmatorio de la negativa de autorización para despido. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, ausencia de buena fe por parte de la actora, falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, compensación, autonomía de la voluntad y la innominada o genérica (*pág. 1 a 32, archivo “030ContestacionDeDemanda”*).

SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECIARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. se opuso a las pretensiones y no aceptó ninguno de los hechos, afirmando que actúa única y exclusivamente como vocera y administradora del “*FIDEICOMISO REMANENTES CARTERA COLECTIVA ESCALONADA “PROYECTAR FACTORING”*”, por lo que manifestó que no recibió por parte del Cedente ningún contrato laboral, pues su objeto social se estableció a favor de las personas naturales o jurídicas que tenían la calidad de inversionistas de la cartera colectiva Proyectar Factoring y Fidupetrol S.A. (*pág. 1 a 9, archivo “048ContestacionDeDemanda”*).

En auto del 24 de septiembre de 2019, se indicó que el apoderado actor informó que la Superintendencia Financiera ordenó la cancelación de la inscripción de la sociedad FIDUPAIS S.A. y los negocios fiduciarios fueron distribuidos entre varias agencias, entre ellas FIDUAGRARIA

S.A., pero en esa misma decisión se aclaró que FIDUAGRARIA S.A. no había sido convocada al juicio, por lo que declaró sin valor y efecto tanto la notificación como el auto que tuvo por contestada la demanda (*archivo “053AutoQueDeclaraNulidad”*).

Mediante providencia del 28 de noviembre de 2019, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la vinculación como litis consorcio necesario a la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PROYECTAR VALORES (*archivo “056AutoVinculandoOtrosAccionados”*).

FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX, como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PROYECTAR VALORES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, salvo la relacionada con la existencia del contrato de trabajo. Aceptó la firma del contrato de trabajo, la existencia de incapacidades de la demandante, el recurso de apelación formulado contra la Resolución No.000184 del 26 de febrero de 2013 y el acto administrativo confirmatorio de la negativa de autorización para despido. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*, cobro de lo no debido, pago, buena fe, ausencia de buena fe por parte de la actora, falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, compensación, autonomía de la voluntad y la innominada o genérica (*pág. 1 a 36, archivo “063ContestacionDeDemanda”*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 20:55, archivo “69.1Audiencia”*)

El 28 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo que se denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda y buena fe de la demandada. **SEGUNDO: ABSOLVER a FIDUCOLDEX** como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes PROYECTAR VALORES S.A. y al señor HOLLMAN ENRIQUE ORTIZ GONZALEZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO, todo conforme a la parte motiva de esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la demandante, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en cuanto le resultó totalmente adversa a los intereses de la demandante.”

La Juez definió el problema jurídico en determinar la existencia de contrato de trabajo con PROYECTAR VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, el pago de las diferencias en los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, la indemnización de 180 días de salario por no mediar autorización del Ministerio de Trabajo y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Para resolver indicó que no hubo discusión sobre la existencia de la relación laboral y sus extremos, pues así fue aceptado por el liquidador y FIDUCOLDEX. Frente a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, señaló que a la demandante le expidieron incapacidades entre el 14 de septiembre de 2011 y el 05 de agosto de 2013; que con los testimonios se evidencia que la actora estuvo incapacitada entre los años 2011 a 2013 y cada mes se la hacían pagos por incapacidad, además que el 31 de agosto de 2012 el liquidador de la empresa PROYECTAR VALORES solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el vínculo de la accionante, por lo que conocía de su estado de salud. Pero que ante la liquidación de PROYECTAR VALORES y su extinción a partir del 31 de agosto de 2015, dicha entidad no tenía capacidad jurídica para hacer parte del juicio dado que la demanda fue presentada el 30 de noviembre de 2015 y en el contrato de fiducia se celebró para atender los procesos que se habían presentado con anterioridad a la finalización del proceso

liquidatorio; y a pesar de que la demandante afirmó haber continuado prestando labores de carácter administrativo posterior a la orden liquidatoria, no hay prueba que lo acreditara, por tal razón concluyó que si bien la actora al momento de la terminación del contrato de trabajo gozaba del fuero de protección por estabilidad laboral reforzada, el vínculo laboral no finalizó por esa condición, sino que la terminación deviene de una fuente legal como fue la intervención forzosa administrativa de la Superintendencia Financiera.

Además, adujo que FIDUCOLDEX como vocera del patrimonio autónomo tenía plenamente delimitadas las obligaciones dentro del proceso liquidatorio para el pago de las prestaciones oportunamente reclamadas, reconocidas y graduadas antes de la extinción de PROYECTAR VALORES, por lo que dijo que se hacía imposible reconocer obligaciones reclamadas con posterioridad, como ocurre en el presente caso al radicarse dicha reclamación el 22 de enero de 2016, fecha en que ya había fenecido la personería jurídica del empleador y no existían rubros para responder por obligaciones adicionales a las reconocidas en la liquidación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Para sustentar el recurso alegó que en el presente proceso si hay responsabilidad y lugar a que se condene a FIDUCOLDEX, en calidad de vocera del patrimonio autónomo, pues la jurisprudencia laboral no distingue si la solidaridad tiene lugar durante la vigencia de la sociedad, puesto que la norma protege al trabajador de la pérdida de las acreencias laborales y facilita su cobro judicial, por lo que no se puede aplicar el inciso segundo del artículo 252 del Código de Comercio, pues ello conllevaría a desconocer la solidaridad prevista en el artículo 36 del CST; que en este proceso se logró probar que la

demandante fue despedida y en estado de incapacidad antes de la terminación de la liquidación, por lo cumple el requisito para el administrador del patrimonio autónomo de remanentes FIDUCOLDEX responda por las obligaciones que bien pudiera adeudársele a DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO.

Sostuvo que conforme con la declaración de Dixe Peña y la declaración extrajuicio rendida por la fallecida Anunciación Torres León, se desprende que la actora a la fecha del despido contaba con incapacidad expedida por su médico tratante y la pasiva fue informada electrónicamente de la incapacidad, por lo que en virtud del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, existe la protección especial; que al no pagarse la indemnización de 180 días, también debió pagarse la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.; y finalmente que la demandada incumplió con su obligación de reportar el salario realmente devengado por la demandante al sistema de seguridad social en salud entre el 1° de septiembre de 2008 y el 1° de enero de 2010 (*min. 22:16, archivo “69.1Audiencia”*).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandada solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

No hubo pronunciamiento de la parte actora.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala definir si la demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación del contrato, la procedencia de la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en salud y, en caso de alguna condena, la responsabilidad de la parte pasiva en el cumplimiento de la obligación.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre **DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO** y su empleador **PROYECTAR VALORES S.A.** existieron dos contratos de trabajo a término indefinido: el primero, celebrado el 02 de septiembre de 2008 (*pág. 14 a 27, archivo “003Demanda”*); y el segundo, suscrito el 07 de octubre de 2008, para desempeñar el cargo de “*Promotor de Negocios*”, vínculo que se mantuvo vigente hasta el 14 de junio de 2013, fecha última en que se dio por terminado el contrato de forma unilateral por parte del empleador, con el reconocimiento de la respectiva indemnización (*pág. 29 a 35, 72 y 115, archivo “003Demanda”*); **ii)** mediante Resolución No.1714 de 04 de octubre de 2011, el Superintendente Financiero de Colombia dispuso la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de PROYECTAR VALORES S.A., con el fin de proceder a su liquidación forzosa administrativa, por lo que posteriormente FOGAFIN designó a HOLLMAN ENRIQUE ORTIZ GONZALEZ como su liquidador (*pág. 33 a 38, archivo “030ContestacionDeDemanda”*); **iii)** el 31 de agosto de 2012, el liquidador de PROYECTAR VALORES S.A. solicitó al Ministerio de Trabajo autorización para despedir a la demandante, petición que fue negada con Resolución No.00000184 de 26 de febrero de 2013, decisión posteriormente confirmada mediante Resolución No.00000600 de 14 de mayo de 2013 (*pág. 50 a 62, archivo “003Demanda”*); **iv)** **DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO** presentó diferentes incapacidades médicas entre el 14 de septiembre

de 2011 a 19 de agosto de 2013 (*pág. 66 a 68, archivo “003Demanda”*); **v)** el 27 de julio de 2015, el liquidador de PROYECTAR VALORES S.A. suscribió contrato de fiducia mercantil para la administración y pagos con FIDUCIARIA PAÍS S.A. FIDUPAIS S.A. (*pág. 58 a 85, archivo “030ContestacionDeDemanda”*) y mediante Resolución No.0027 de 31 de agosto de 2015 el liquidador ordenó declarar por terminada la existencia y representación legal de PROYECTAR VALORES S.A. (*pág. 33 a 47, archivo “030ContestacionDeDemanda”*); **vi)** y el 5 de diciembre de 2016, FIDUPAIS S.A. suscribió con **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX** contrato de cesión de la posición contractual de fiduciario dentro del patrimonio autónomo denominado PAR DE REMANENTES PROYECTAR VALORES (*pág. 1 a 10, archivo “061EscritoRecursoDeReposición”*).

- **Sobre la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición, según la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente válidas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001,

tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en las sentencias SL2841 de 2020, SL5109-2020 y SL487-2021, donde indicó que en vigencia del precitado Decreto los trabajadores aforados por salud eran los que tenían una PCL del 15% o más.

Así las cosas, el actual concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

Dicha definición concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, reiterada en la sentencia SL2548-2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el Ministerio de Trabajo. Y la misma Corporación en

la sentencia C-200 de 2019 estableció que los trabajadores que sufren de alguna afectación de salud gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los casos en que su afectación dificulta su desempeño laboral, incluso cuando no existe acreditación de alguna discapacidad.

El actual entendimiento del concepto discapacidad permite activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del Ministerio de Trabajo; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso interpuesto, siendo relevante precisar, que el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud protege a los trabajadores en situación de discapacidad, calidad que en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hizo referencia a aquellos calificados con una PCL del 15% o más, pero que luego de derogada dicha norma paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

En cuanto la carga de la prueba, conforme indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360 de 2018, corresponde al trabajador demostrar su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que ésta fue discriminatoria, caso en el cual el empleador asume la carga de la prueba de acreditar que la terminación lo fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud so pena de que se declare que fue ineficaz.

Así las cosas, considerando que la terminación del contrato, 14 de junio de 2013, acaeció antes de que fuera derogado el Decreto 2463 de 2001, lo cual ocurrió el 26 de junio de 2013 con la publicación del Decreto 1352 de 2013, correspondía a la demandante acreditar la calificación de una pérdida de capacidad laboral del 15% o más o, en su defecto, demostrar que sufrió una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que le imposibilitó o dificultó sustancialmente la prestación del servicio.

Para el efecto, se allegó al expediente, como pruebas relevantes, historia clínica y exámenes diagnósticos, que dan cuenta de las

patologías sufridas por la actora, relacionadas con lumbalgias, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y artrosis primaria de otras articulaciones, desde diciembre de 2011 a septiembre de 2012, (pág. 37, 38, 41 a 45, archivo “003Demanda”); relación de incapacidades medicas otorgadas de forma interrumpida entre el 14 de septiembre de 2011 hasta el 19 de agosto de 2013, por los diagnósticos de D259, N993, T818, N907, R102, M791, G560, M353, R458, S901, M353, M332, D27, S609, J941, M624, N761, N771, J068, R51X, H813, R42 y F432 (pág. 66 a 68, archivo “003Demanda”); certificado de licencia o incapacidad que advierte que el 14 de junio de 2013, la demandante se encontraba incapacitada (pág. 53, archivo “003Demanda”); y copia de dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado por COLPENSIONES el 4 de mayo de 2015 donde le determinan a **DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO** una PCL de 65,85, como consecuencia de una deficiencia del 30%, discapacidad de 9.1% y minusvalía del 26,75%, por origen de enfermedad común, con fecha de estructuración del 10 de marzo de 2015, por el diagnóstico de *demencia no especificada*.

Igualmente, se recaudó el interrogatorio a la demandante quien manifestó que cumplía su función como asesor financiero, que no tenía puesto de trabajo y a pesar de ello continuó prestando sus labores hasta el día antes del despido, cumpliendo nuevas funciones con ocasión de la intervención, incluso en algunas ocasiones prestaba el servicio estando incapacitada (min. 25:20, archivo “66.1Audiencia”). También se escuchó la declaración de Dixe Peña Bonilla, quien manifestó conocer a la demandante desde el año 2010, cuando entró a trabajar en el área de nómina en PROYECTAR y para ese entonces la actora trabajaba como comisionista de bolsa, pero de su dicho no se puede extraer la forma en que **DORIS AMPARO** prestó el servicio durante los años 2012 a 2013, pues la testigo fue contratada por un tercero para prestar apoyo al área de nómina de PROYECTAR y solo puede dar fe de los pagos que se la hacían a la trabajadora, de la liquidación de sus incapacidades y de la terminación del vínculo contractual (min. 01:30, archivo “66.4Audiencia”). Y finalmente, se recepcionó la declaración de Jesús

Sepúlveda Salazar, quien dijo haber trabajado en la liquidación de PROYECTAR VALORES como contador, señaló que la demandante prestaba el servicio pero que se incapacitaba constantemente y ella ayudaba *con algunas cosas muy pequeñas* y afirmó que el día de la terminación del contrato la actora no se encontraba en incapacidad (*min. 19:15, archivo “66.4Audiencia*).

Del análisis en conjunto de las pruebas mencionadas, y las demás que reposan en el expediente, para la Sala es evidente que durante el curso de la relación laboral **DORIS AMPARO RODRÍGUEZ BAQUERO** presentó un deterioro en su salud, por cuya afección recibió tratamiento médico, no solo durante la vigencia del vínculo contractual sino con posterioridad.

Sin embargo, debe recordarse que no cualquier tipo de afectación en salud conlleva el reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada. Tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han reiterado que esta garantía cobija a todas las personas que su estado de salud les impida o dificulte sustancialmente el cumplimiento de su labor, independientemente que hayan o no sido calificadas.

En el presente asunto la demandante no acreditó que con anterioridad a su despido, el 14 de junio de 2013, haya sido calificada con una PCL del 15% o más, esta solo fue realizada en el año 2015 con fecha de estructuración en la misma anualidad. Y tampoco demostró que su estado de salud le imposibilitara o dificultara sustancialmente prestar su servicio.

Y si bien para la fecha de terminación del contrato de trabajo la accionante se encontraba incapacitada, y pese que no se acreditó que la misma se puso en conocimiento del empleador, pues la sola afirmación de la testigo Dixe Peña Bonilla, y lo mencionado en las declaraciones extraproceso, no son suficientes para probar este supuesto, dado que difieren de la narración del otro declarante, ha

dicho la Corte Suprema de Justicia que para que proceda la protección es necesario que el trabajador, para el momento del despido, se encuentre en una situación de discapacidad o pérdida de la capacidad laboral en un grado significativo, razón por la cual el beneficio no opera para quienes tengan afecciones de salud o simples incapacidades médicas, así lo reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia SL4632 de 2021.

En efecto, a pesar de sus afecciones de salud, las patologías que sufre la demandante no le impedían el normal cumplimiento de sus labores, pues así ella lo sostuvo en el interrogatorio de parte, cuando indicó que para la fecha del retiro estaba prestando sus servicios (*min. 25:20, archivo “66.1 Audiencia*).

Además, no se allegaron recomendaciones medico laborales o ergonómicas que señalaran la incompatibilidad de las dolencias de la demandante con las actividades a desarrollar al interior de la compañía, de suerte que en este asunto no operó el fuero de estabilidad laboral reforzada.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la parte demandante no probó que la terminación del contrato obedeció a un trato discriminatorio generado por sus condiciones de salud, para trasladar la carga de la prueba a la demandada de demostrar razones objetivas en la extinción del vínculo contractual, en los términos del artículo artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta claro que la terminación del contrato obedeció a la liquidación forzosa administrativa de PROYECTAR VALORES S.A. y no al estado de salud de la trabajadora.

En esos términos, dado que no se estructuró derecho a estabilidad laboral reforzada a favor de la demandante, se confirmará la decisión de primera instancia.

Respecto del pago de aportes al sistema de seguridad social en salud, como se reclama en la alzada, al revisar el expediente no se encuentra ninguna pretensión que apunte a ese propósito, pues una de las peticiones contenidas en la demanda va encaminada a la reliquidación de aportes pensionales entre el 1° de septiembre de 2008 al 1° de enero de 2010, situación que al no ser apelada releva a la Sala de su estudio, en virtud del principio de consonancia.

Al no existir acreencias laborales que reconocer a la demandante, no hay lugar a estudiar si FIDUCOLDEX era la responsable del pago y la solidaridad reclamada respecto de quien fungió como liquidador de PROYECTAR VALORES S.A.

Sin costas en segunda 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

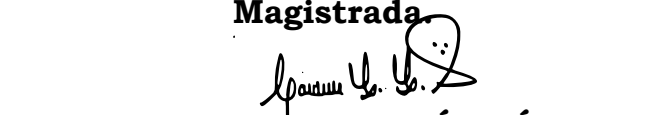
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado No.30-2020-00378-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el **DEMANDANTE** contra la sentencia del 11 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones e impuso costas a la parte actora (*min. 01:42:36, archivo “26. AUDIENCIA DE FALLO 11-11-2021”*).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA**

EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN llamó a juicio a la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EQUIPAJEROS DE AEROPUERTOS Y TERMINALES AÉREOS DE COLOMBIA - ASONALEQUIPAJEROS** y a la sociedad **OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. OPAIN S.A.** para que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la responsabilidad solidaria de OPAIN y, en consecuencia, se

condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a salud y pensión, salarios, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que desde el 14 de diciembre de 2006, se vinculó con ASONAL para trabajar como *Equipajero Aeroportuario*, cargo que ejecutó de forma personal, en las instalaciones del Aeropuerto El Dorado bajo la subordinación, horario, parámetros y órdenes de ASONAL, quien diariamente pagaba el salario; que su trabajo era supervisado por Marlon Chaparro Santos, coordinador designado por ASONAL y bajo las reglas impartidas por OPAIN, y desde su ingreso pagó seguridad social con recursos propios por orden de su empleador.

Manifestó que el 08 de junio de 2017, la demandada lo sancionó por cinco días, por no pagar su seguridad social; que el 26 de julio de 2017 solicitó copia del contrato de explotación laboral comercial que tiene ASONAL con el concesionario administrador del aeropuerto El Dorado, y no obtuvo respuesta satisfactoria, motivo por el cual presentó acción de tutela, sin que le fuera posible acceder al contrato con ocasión a las cláusulas de confidencialidad.

Señaló que la directiva de ASONAL lo citó el 1° de agosto de 2017 en la sede de la demandada donde le notificó que sería cambiado de grupo de trabajo; que el 25 de agosto siguiente ASONAL lo acosó laboralmente con un comunicado, donde solicitó cuota de dinero a todos sus compañeros de trabajo y a él por la tutela que interpuso; que el 06 de septiembre de 2017, fue citado por la demandada donde le informaron que le sería retirado el permiso de estudio, por falta de personal en las áreas de trabajo, contra la cual manifestó su inconformidad pues estaba cursando sexto semestre y ya había pagado la universidad al momento de dicha comunicación.

Y finalmente, que el 09 de septiembre de 2017, fue citado a comisión de disciplina porque con la tutela había infringido el capítulo XIII, artículo 49 de los estatutos; el 30 de octubre de 2017, fue citado a una comisión de disciplina extraordinaria para el día siguiente, oportunidad en la cual la comisión de disciplina determinó su expulsión por no presentarse a trabajar en razón de sus estudios y las sanciones continuas de no pago de las cuotas extraordinarias exigidas para los carros de equipaje que funcionan en el Aeropuerto El Dorado (pág. 1 a 19, archivo “02. Demanda”).

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad **OPERADORA AEROPORTUARIA INTERNACIONAL S.A. OPAIN S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, buena fe, prescripción, falta de título y causa y abuso del derecho (pag.1 a 11, archivo “06. CONTESTACIÓN OPAIN”).

La **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EQUIPAJEROS DE AEROPUERTOS Y TERMINALES AÉREOS DE COLOMBIA – ASONALEQUIPAJEROS** se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación del demandante, el cargo desempeñado y el horario, la supervisión del coordinador, el pago de aportes a seguridad social realizados directamente por el actor, las sanciones impuestas, las peticiones presentadas, el permiso de estudio, las citaciones a descargos y su expulsión. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y la innominada genérica (pag.1 a 8, archivo “08. CONTESTACION”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:42:36, archivo “26. AUDIENCIA DE FALLO 11-11-2021”)

El 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción denominada **INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS** propuesta por la parte demandada, de las demás se hace inocuo cualquier pronunciamiento, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la parte demandada de las pretensiones incoadas en su contra. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante. Líquidense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de **CIEN MIL PESOS (\$100.000)** a favor de cada una de las demandadas. **CUARTO: CONCEDASE** el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora por salir adversa a sus intereses. (...)”.

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si entre el demandante y ASONAL EQUIPAJEROS existió un contrato de trabajo, la procedencia del pago de acreencias laborales, la responsabilidad solidaria de OPAIN y la prosperidad de los medios exceptivos.

Como sustento del fallo, el Juez indicó que de conformidad con las pruebas aportadas y las recaudadas en el juicio, se demostró que el demandante se vinculó, de forma libre y voluntaria, como asociado participe y socio de ASONAL, asociación gremial que reúne a trabajadores independientes y presta las labores de equipajeros; que los ingresos del actor provenían únicamente de las propinas que recibía de los usuarios del aeropuerto y no recibió dinero alguno directamente de la organización gremial, con quien tenía acordado el horario para la prestación del servicio; que en su condición de afiliado se le otorgó unos permisos para adelantar estudios y se le autorizó para prestar el servicio en horas específicas, por lo que consideró que no se podía tener al sindicato con un verdadero empleador dado que no existe el elemento subordinación, no hubo órdenes directas e incluso los coordinadores eran sus propios compañeros que tenían la misma vinculación con la organización sindical.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó la revocatoria de la sentencia para que, en su lugar, se accedan a todas las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso adujo que de conformidad con el artículo 25 Constitucional el demandante debe gozar de la protección por parte del estado, pues conforme con el plenario se están vulnerando sus derechos dada la realidad del contrato laboral; que según CSJ SL Rad. 48448 del 25 de julio de 2018, debe prevalecer a realidad sobre las formas y en este caso pese a ser un contrato de prestación de servicios, recibía órdenes a expensa de sus compañeros de trabajo y estaba sujeto al cumplimiento de un horario en las instalaciones del Aeropuerto El Dorado, por lo que solicita que se analicen las pruebas recaudadas en el expediente, tanto las documentales como las testimoniales, con las cuales dice que se demostró que esas labores eran realizadas anteriormente por trabajadores de OPAIN.

Indicó que OPAIN y ASONALEQUIPAJEROS celebraron un contrato de explotación para realizar esas actividades en el Aeropuerto Internacional El Dorado, donde los equipajeros recibían eran unas comisiones por el servicio que estaban prestando, pero la beneficiaria por ese servicio era OPAIN, por lo que considera que hubo fue un contrato simulado, porque si bien las organizaciones pueden celebrar contratos sindicales, estos tienen un objeto específico y deben cumplir los requisitos de los artículos 482 y 483 del CST y del Decreto 1429 de 2010; además, solicita se tenga en cuenta la sentencia del Consejo de Estado con radicado 11001032500020100024000, relacionada con este tipo de contrato.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **OPAIN** solicitó la confirmación de la sentencia, al señalar que entre esa Sociedad y el

demandante no existió vínculo laboral alguno y no le consta las condiciones pactadas con ASONALEQUIPAJEROS.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se accedan a las pretensiones, señalando que entre las demandadas no tenían por qué celebrar un contrato de explotación y mucho menos hacerle un contrato de prestación de servicios al actor, ya que ninguno de los dos contratos se ajusta a la naturaleza jurídica, se ve claramente un mecanismo para encubrir una verdadera relación subordinada o más aún de precarización laboral para incumplir obligaciones propias de un contrato de trabajo. Además, reiteró los planteamientos expuestos en la alzada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se configuró un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada ASONALEQUIPAJEROS; en caso afirmativo, establecer sus extremos temporales, salario y procedibilidad o no de condenar al pago de las acreencias, indemnizaciones laborales reclamadas y la responsabilidad solidaria de OPAIN, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *1)* el 14 de diciembre de 2006, **EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN** se vinculó como socio con **ASONALEQUIPAJEROS** para desempeñar el cargo de Equipajero Portuario en el Aeropuerto Internacional El Dorado (*pág. 20 a 30,*

archivo “005Demanda”); **ii)** y fue expulsado de la Asociación el 31 de octubre de 2017 (*pág. 19, archivo “18. APORTE SEGURIDAD SOCIAL”*).

- Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o

medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

- Sobre los indicios de relación de trabajo subordinada consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Sobre este punto, la Recomendación 198 de 2006 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT, referida a la relación de trabajo¹, exhorta a los Estados a *“luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”*.

Además, que la existencia de una relación de trabajo *“debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”*, con la posibilidad de que los Estados:

1. Admitan una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
2. Consagren una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
3. Determinen previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué

¹ La Corte Constitucional, en sentencia SU555 de 2014, reiteró que las recomendaciones, por regla general, no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de sus países.

trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

4. Y consideren la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1439-2021, SL3436 de 2021, entre otras, ha reiterado que solo algunos de los *indicios* o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho artículo hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, entre otros, que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479 de 2020), la exclusividad (SL460 de 2021), la disponibilidad del trabajador (SL2585 de 2019), la concesión de vacaciones (SL6621 de 2017), aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555 de 2015), cierta continuidad del trabajo (SL981 de 2019), el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (SL981 de 2019) y la terminación libre del contrato (SL6621 de 2017).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró probada la excepción de inexistencia de la relación laboral y absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte **DEMANDANTE**, siendo relevante considerar que, conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral implica que una vez

reunidos los tres elementos esenciales del contrato de trabajo se configure el mismo, independientemente del nombre que le hubieran asignado las partes; así mismo, cuando se acredita por el demandante que prestó personalmente su servicio se activa la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 24 CST, caso en el cual la parte pasiva deberá desvirtuarla demostrando que no existió subordinación laboral.

Así las cosas, en el presente asunto se acreditó que el 14 de diciembre de 2006 EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN se vinculó con la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EQUIPAJEROS DE AEROPUERTOS Y TERMINALES AÉREOS DE COLOMBIA - ASONALEQUIPAJEROS, en virtud de la cual el demandante prestó sus servicios como Equipajero Aeroportuario, relación que se mantuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2017, extremos temporales que señaló el demandante, aceptó la Asociación demandada y se acredita con la certificación expedida por ASONALEQUIPAJEROS el 22 de agosto de 2013 (*pág. 60, archivo “03 Anexos”*) y el informe de comisión de disciplina extraordinaria de 31 de octubre de 2017 (*pág. 19, archivo “18. APORTE SEGURIDAD SOCIAL”*).

Los anteriores elementos de prueba demuestran que el demandante prestó personalmente su servicio, lo cual activa la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 22 del CST.

Correspondía a la demandada desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, la cual admite prueba en contrario, por lo que le corresponde al Juez, en virtud de la facultar prevista en el artículo 61 del CPTSS, analizar el material probatorio para determinar las verdaderas condiciones en las que se prestó el servicio.

En tal sentido, de las pruebas documentales aportadas por ASONALEQUIPAJEROS, además de las citadas y una vez revisadas las demás, se destacan las siguientes:

1. Certificación del 12 de abril de 2021, expedida por la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de Trabajo, que da cuenta que la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EQUIPAJEROS DE AEROPUERTOS Y TERMINALES AÉREOS DE COLOMBIA – ASONALEQUIPAJEROS, es una organización sindical de primer grado y de gremio, con personería jurídica desde el 17 de abril de 1944 (*pág. 1, archivo “13. Documentales”*).
2. Contrato de explotación comercial No. OP-DC-EC-T2-0085-12 suscrito entre OPAIN S.A. y Asonal Publix Car S.A.S., en virtud del cual, OPAIN, a cambio del pago de una contraprestación, otorgó a este último el derecho a explotar los servicios de carros de equipaje de pasajeros en algunas áreas delimitadas del Aeropuerto El Dorado. Contrato que fue cedido en su integridad por Asonal Publix Car S.A.S. a favor de ASONALEQUIPAJEROS el 09 de enero de 2013 y posteriormente modificado en diferentes oportunidades (*archivos 12, 14, 15, 16 y 17 del expediente digital*). En dicho contrato se menciona que en virtud del contrato de concesión que celebró OPAIN con la Aeronáutica Civil Colombiana, tiene derecho a llevar a cabo la explotación comercial del Aeropuerto El Dorado.
3. Permisos de estudios presentados por el actor a la demandada, de fecha 10 de diciembre de 2007, donde solicita llegar a un mutuo acuerdo para el horario de trabajo (*pág. 15 a 17, archivo “13. DOCUMENTALES”*).
4. Solicitud de licencia de dos meses presentada por EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN a la demandada, el 20 de septiembre de 2016, para cumplir obligaciones académicas (*pág. 18, archivo “13. DOCUMENTALES”*).
5. Comunicación de la Junta Directiva de ASONALEQUIPAJEROS, calendada el 6 de septiembre de 2017, donde le notifican al actor la imposibilidad de seguir colaborándole con el permiso de estudio, dada la falta de

personal por el retiro de afiliados (*pág. 5, archivo “13. DOCUMENTALES”*).

Por su parte, en las pruebas de la demanda (*archivo “03. ANEXOS”*), se adjuntaron los Estatutos y Manual de Ética de la agremiación ASONALEQUIPAJEROS, año 2005 (*pág. 30 a 58, archivo “03. Anexos”*), fotocopia de carnet que identifica al demandante como Equipajero Aeroportuario (*pág. 62 y 63*), comunicaciones de la accionada sobre la obligatoriedad del pago oportuno a aportes a seguridad social (*pág. 67 y 68*), memorandos y citaciones a comisión de disciplina del actor (*pág. 64, 70, 73, 81 a 85*), memorando del 1° de agosto de 2017 donde le informan a EDUARDO HUMBERTO que pasó a ser integrante del Grupo H (*pág. 71*), solicitud de pago de cuota por concepto de asesorías jurídicas (*pág. 72*) e informe de novedades en los turnos (*pág. 76 a 80*).

Ahora, en audiencia pública se recepcionó el interrogatorio al representante legal de ASONALEQUIPAJEROS, Mario Ángel Niño Fonseca, quien señaló que EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN se afilió a la Asociación, tenía horario pero era igual para todos los afiliados y en beneficio de la misma organización, había un coordinador que se encargaba de verificar la hora de llegada de los asociados a los turnos, que no faltara personal en las áreas de trabajo, que no habían trabajadores de OPAIN que hicieran esa labor, que al actor se le colaboró y duró 10 años con permisos de estudios, se le hicieron varios llamados de atención por incumplimiento del estatuto y del manual de ética, y que la función de todos los afiliados es ayudarle a los pasajeros del Aeropuerto El Dorado a transportar el equipaje, a cambio de una propina que le da el usuario (*min. 26:09, archivo “22. AUDIENCIA ART. 77 DEL CPTSS 08-10-21”*).

Por su parte, el demandante EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN manifestó que se vinculó mediante contrato de prestación de servicios, se comprometió a cumplir los estatutos y el manual de ética de la organización, el dinero que recibía era producto de las

propinas que entregaban los pasajeros y los usuarios del aeropuerto, que el coordinador verificaba el horario de trabajo, hacia llamados de atención si no llevaba el uniforme puesto o el carnet, que pagaba la seguridad porque de eso dependía que OPAIN le entregara el carnet, y que ingresó a la Asociación recomendado de su padre quien también trabajo allá (*min. 45:28, archivo “22. AUDIENCIA ART. 77 DEL CPTSS 08-10-21”*).

Marlon Chaparro Santos declaró que se vinculó a ASONAL desde 2011 a 2018 por medio de su suegro, pues explicó que cuando va dejando el puesto un socio deja a un pariente en reemplazo de él; que trabajan por las propinas que le daban los pasajeros y de ahí sacaban para pagar los gastos administrativos y la seguridad social, la afiliación la hacían como independientes; tenían dos uniformes, los cuales eran pagados por cada uno de los asociados; que todos sin distinción, sea directivo, coordinador o socio prestan el mismo servicio; que al comienzo cuando estaba el aeropuerto antiguo si habían trabajadores que cumplían esa labor; el demandante solo trabajaba en la mañana porque tenía permiso especial de estudio; los carros portaequipajes fueron comprados por todos los afiliados; que se prestaba el servicio por turnos conjuntos y se distribuían unos en llegadas nacionales y otros en internacionales y el valor del préstamo del carro en ese tiempo era de \$4.000 o 2 dólares o 2 euros y si el carro no era devuelto por el usuario ese dinero se lo quedaban los equipajeros; que lo que se vendía en el turno, al final del mismo se repartía entre esos 8 o 10 personas que cumplían esa labor y ese era el sueldo que tenían ese día; y que cada 6 meses tenían que renovar el carnet (*min. 01:19:25, archivo “22. AUDIENCIA ART. 77 DEL CPTSS 08-10-21”*).

Michel Ángel Cucaita Murcia, en su testimonio, dijo que había laborado para ASONAL desde noviembre de 2000 hasta octubre de 2018, pero que solo compartió turno con el demandante aproximadamente un mes; sin embargo, su declaración es coincidente con la demás recaudadas al señalar la forma de vinculación por el mecanismo de referidos, las funciones de los equipajeros, los ingresos

que tenían únicamente por propinas de los usuarios y la forma en que se distribuían los recursos que quedaban por el préstamo de los carros al finalizar la jornada, el establecimiento de turnos para la prestación del servicio y el pago de seguridad social que se hacía como independientes para la afiliación a la ARL (*min. 01:53:23, archivo “22. AUDIENCIA ART. 77 DEL CPTSS 08-10-21”*).

Frente a los testimonios de Jaime Torres Cubillos y Jaime Guzmán Martínez, y a pesar de formularse en su contra tacha de sospecha, sus declaraciones son coincidentes con las demás recaudadas en el juicio, por lo que no se puede tener como parcializadas, en la medida en que narraron la forma en que se ingresa a la asociación, la existencia de contratos de prestación de servicios para poder afiliarse a la ARL, decisión que adoptó la Asamblea, la renovación del carnet, las funciones del coordinador y la contraprestación del servicio condicionada a la propina que dieran los pasajeros (*min. 02:12:47 y 02:36:15, archivo “22. AUDIENCIA ART. 77 DEL CPTSS 08-10-21”*).

Al analizar las pruebas en su conjunto, para la Sala la demandada **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EQUIPAJEROS DE AEROPUERTOS Y TERMINALES AÉREOS DE COLOMBIA - ASONALEQUIPAJEROS** logró desvirtuar la subordinación.

En este caso es claro que EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN se vinculó como asociado a la organización sindical **ASONALEQUIPAJEROS** y por ello empezó a prestar sus servicios como equipajero en el Aeropuerto Internacional El Dorado. Posteriormente, la Asociación celebró un contrato de explotación comercial con OPAIN para la puesta a disposición de carros de equipaje de pasajeros. Con ocasión de esa vinculación el demandante atendía un horario para el cumplimiento del turno, debía portar uniforme y carnet para poder prestar el servicio, se encontraba supeditado a los turnos que organizara ASONAL, se le exigía el pago de seguridad social para obtener el ingreso a las zonas de explotación comercial y tenía control

por parte del coordinador designado por el contratista, por lo que en principio podría pensarse que se cumplen algunos indicios señalados por la jurisprudencia para configurar la existencia de un contrato laboral subordinado.

Sin embargo, existen características particulares del vínculo que existió entre las partes que desvirtúan la naturaleza laboral que pretendía estructurar el recurrente. Basta escuchar las declaraciones recaudadas en el presente proceso para demostrar que desde la vinculación con la asociación sindical se presentan elementos ajenos a un contrato de trabajo.

El primero de ellos, es que no cualquier persona puede ser afiliada a ASONAL. A pesar de que su ingreso, conforme con los estatutos, requiere la aprobación de la Junta Directiva y de la Asamblea (*artículo cuarto*), al unísono, las afirmaciones de los testigos frente a la vinculación tienen algo en común, que cada uno de ellos ingresó con ocasión de un referido, es decir, recomendado por alguno de los socios. Para la situación en estudio, EDUARDO HUMBERTO GÓMEZ PULGARÍN ingresó por recomendación de su progenitor que dejó la vacante por causación del derecho a pensión.

Lo segundo, no existe remuneración alguna – comisión, bonificación, auxilio, salario - que haya cancelado **ASONALEQUIPAJEROS** directamente o indirectamente a los afiliados, en este caso al demandante, por la prestación de su servicio en la zona de explotación comercial que tienen asignada en el Aeropuerto El Dorado. Tampoco se demostró que la organización sindical tenga control de las sumas que reciben los equipajeros durante el cumplimiento de cada uno de los turnos y sea ella la encargada de distribuir las gratificaciones que reciben los asociados por propinas que entregan los pasajeros o por el costo del préstamo de los carros de equipajes no devueltos. Al contrario, y a pesar de lo afirmado en la demanda, quedó plenamente demostrado en el juicio que lo único que recibió el demandante durante todo el tiempo que duró esa vinculación

asociativa fueron propinas, las cuales obtuvo directamente de los pasajeros y usuarios del Aeropuerto, y sumas provenientes de la distribución que los mismos compañeros hacían al finalizar el turno con ocasión de los dineros remanentes por la puesta a disposición de los carros maleteros.

Otro elemento distintivo que se presentó en la relación que se cuestionaba como laboral, es la facultad que tenía el asociado demandante en cuanto a la programación de los turnos y al acceso a permisos de estudios. Conforme con la prueba documental, EDUARDO HUMBERTO desde el 20 de diciembre de 2007 (*pág. 15, archivo “18. APOORTE SEGURIDAD SOCIAL”*) presentó permisos de estudios y propuso un acuerdo para el cumplimiento del turno, con el fin de beneficiarse y adelantar estudios universitarios, situación que así se mantuvo, pues solo cumplió turnos en jornadas matutinas, hasta por lo menos el 06 de septiembre de 2017 (*pág. 74, archivo “03. ANEXOS”*) cuando la Asociación le comunicó la imposibilidad de continuar colaborándole con el permiso dada la disminución de personal. Si bien no se puede colegir que tenía total autonomía frente a estos supuestos, lo cierto es que el testigo Michel Ángel Cucaita Murcia afirmó que, si el demandante no podía ir, tenía que cambiar el turno con otro asociado para que no tuviera problemas. Además, ese horario no es indicativo de la presencia de subordinación pues era el tiempo empleado por el demandante para cumplir la actividad de equipajero conforme lo exigía el vínculo asociativo.

Y finalmente, se destaca que fueron los propios asociados, entre ellos el actor, quienes compraron los carros para equipajes, pagaban las cuotas ordinarias y extraordinarias, compraban sus uniformes, asumían los costes del carnet y participaban activamente en la asamblea general de forma directa o delegada.

Por otra parte, no hay prueba de que ASONALEQUIPAJEROS recibiera contraprestación por parte de OPAIN, por la puesta a disposición de carros y servicio de equipaje en la terminal aérea, que

pudiera determinar un análisis diferente. Tampoco se acreditó de forma contundente que OPAIN tuviera contratado personal de forma directa para realizar esta actividad. No es suficiente la mención que hizo el demandante en el interrogatorio y lo señalado por el testigo Marlon Chaparro Santos para acreditar este supuesto, pues se requería establecer los nombres, el modo, tiempo y lugar de las personas que cumplieron estas funciones, que en todo caso no garantizaban la prosperidad de los pedimentos, puesto que la declaración de existencia del contrato de trabajo recaía únicamente en ASONALEQUIPAJEROS.

Se advierte que en el presente asunto no se configuró la existencia de un contrato sindical, al no reunirse los presupuestos establecidos en el artículo 482 del CST, en especial porque no se está ante la presencia de ese tercero empleador. Lo que se vislumbra en este asunto es que el contrato de explotación comercial que celebró ASONALEQUIPAJEROS, independiente de la facultad que tenía la organización sindical para su celebración y la forma en que se ejecutó, que no es objeto de este litigio, fue en beneficio de sus asociados para garantizar el ejercicio de su actividad profesional.

Ahora, la afiliación colectiva a seguridad social de trabajadores independientes, como sucedió en este asunto (*pág. 2, archivo “18. APOORTE SEGURIDAD SOCIAL”*) es válida en virtud de lo señalado en el Decreto 3615 de 2005, por lo que no desnaturaliza los pagos realizados por el demandante en esas condiciones.

De suerte que no se estructuraron indicios suficientes, en la forma señalada jurisprudencialmente, que permitan descubrir una relación contractual diferente a la que existió entre las partes, no siendo de recibo los argumentos expuestos en el recurso.

Por las anteriores consideraciones, concluye esta Sala que las pruebas aportadas al juicio permiten evidenciar que entre las partes se desarrolló una relación diferente a la laboral, que desvirtúa la

presunción de existencia de un contrato de trabajo, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones.

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 de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2019-00493-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 14 de diciembre de 2022 del Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivar la afiliación en el RPM y autorizó a **COLPENSIONES** a obtener el recaudo de los dineros correspondientes, declaró que el **DEMANDANTE** tiene derecho a la pensión de vejez desde el 1° de enero de 2020, condenó al pago del retroactivo con descuento de aportes a salud y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (36:01 archivo “15AudienciaFalloSegundaParte”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 61 a 65 archivo “01Expediente).**

RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ solicitó declarar nulo su traslado al RAIS, en consecuencia, ordenar el traslado de su CAIP, reconocer la pensión de vejez a partir del 20 de diciembre de 2019, pago de retroactivo, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de diciembre de 1957, se afilió al RPM del 05 de junio de 1987 al 08 de agosto de 1995, que en agosto de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no le suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que se le designó afiliado al RAIS en virtud del Decreto 3995 de 2008. Manifestó que el 25 de agosto de 2011 solicitó su traslado al RPM mediante formulario de afiliación, frente al cual la AFP guardó silencio, por lo que empezó a cotizar al ISS y hasta el 10 de noviembre de 2012 recibió comunicación de **PORVENIR S.A.** negando el traslado sin explicación alguna, por lo cual el 12 de noviembre de 2012, radicó petición reclamando su traslado al RPM, sin recibir respuesta. Informó que el 20 de mayo de 2019, se le informó que su pensión en la AFP sería de 1 SMLMV, lo cual afecta su mínimo vital porque la pensión debe ser proporcional al IBC, por tanto, el 29 de octubre de 2019 solicitó su pensión de vejez a **COLPENSIONES**, la cual se rechazó de plano por no ser afiliado de dicha administradora.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que fue decisión libre e informada del afiliado su traslado al RAIS mediante vinculación a la AFP, tras ser asesorada sobre las características de los regímenes pensionales y las consecuencias de su decisión, de lo que se dejó constancia escrita en el formulario de afiliación, documento que se presume autentico, de otra parte, las condiciones de cada régimen están consagradas en la Ley y son de público conocimiento y no se puede alegar el desconocimiento de la Ley a favor, siendo válido el traslado, en todo caso, de haber condena, no procede la devolución de los gastos de administración porque son un concepto no cobijado por el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, norma que señala los valores que se deben trasladar al RPM en caso de traslado de régimen, así mismo, son un cobro autorizado legalmente por el artículo 20 *ibidem*

y son cobrados en ambos regímenes y en caso de restitución mutua el **DEMANDANTE** debería devolver los rendimientos a cambio de dichos gastos. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Pág. 2 a 28 archivo “04ContestacionPorvenir”, archivo “08SubsanacionContestacion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del **DEMANDANTE**, su vinculación al RPM, su multivinculación y que rechazó la solicitud de pensión. Indicó que no hay prueba de vicio del consentimiento ni otra irregularidad que cause la nulidad del traslado al RAIS ni se demostró el uso del derecho de retracto, por el contrario, las pruebas documentales contienen la manifestación expresa de un consentimiento informado en el acto de traslado libre y voluntario, sin que sea válido el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y acceder a las pretensiones afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social públicas, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por **COLPENSIONES**, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria y la genérica (Pág. 3 a 44 archivo “06ContestacionColpensiones”).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (36:01 archivo “15AudienciaFalloSegundaParte”).

El 14 de diciembre de 2022, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ identificado con la cédula de ciudadanía No.

19.274.273 expedida en Bogotá, afiliado el 08 de septiembre de 1995 a PORVENIR S.A. **SEGUNDO: DECLARAR** que el señor RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensiones de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ al Régimen de Prima Media Integral en su totalidad la historia laboral del mismo. **QUINTO: CONMINAR** a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior. **SEXTO: DECLARAR** que el señor RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ es beneficiario de una pensión de vejez de conforme con lo regulado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de enero de 2020, en cuantía de \$1.442.965 por 13 mesadas al año, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **SÉPTIMO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional por mesadas causadas a favor del demandante en la suma de \$37'819.111, calculado a partir del 1° de enero de 2020 hasta diciembre del año 2022, el cual deberá ser indexado desde su causación hasta su pago, atendiendo lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión. **OCTAVO:** COLPENSIONES deberá descontar de las sumas reconocidas en el numeral anterior los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. **NOVENO: CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión para el 2023 y en adelante de acuerdo con los incrementos establecidos por el Ministerio del Trabajo. **DÉCIMO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las DEMANDADAS, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia. **DÉCIMO PRIMERO: COSTAS** quedan a cargo de PORVENIR. Sin costas para Colpensiones. Agencias en Derecho cuatro (04) SMLMV a cargo de PORVENIR y en favor del DEMANDANTE. (...)."

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede declarar ineficaz el traslado al RAIS, el reconocimiento de la pensión de vejez y demás pretensiones.

Para resolver indicó que a la fecha del traslado al RAIS, el deber de información en su primera fase exigía ilustrar las características comparativas de cada régimen y cómo acceder a la pensión en cada uno, siendo la AFP la responsable de dar a conocer el impacto del traslado y el formulario de afiliación acreditó un consentimiento, pero no que fuera informado y las otras pruebas no acreditan la

información suministrada ni hubo confesión del afiliado, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS. De otra parte, reconoció la pensión de vejez desde el 1° de enero 2020 en 13 mesadas por \$1.442.965, ya que el **DEMANDANTE** cumplió la edad, semanas cotizadas e informó en su interrogatorio que no cotiza desde los 62 años, ordenó pagar el retroactivo pensional y lo liquidó hasta diciembre de 2022, negó la prescripción y condenó en costas a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que el afiliado tenía plena capacidad para celebrar negocios jurídicos y el conocimiento previo para tomar una decisión libre e informada de traslado al RAIS, de otra parte, no puede retornar al RPM por la restricción de traslado por edad, siendo responsable de constatar las condiciones y restricciones del traslado que realizó. Aseguró que la fijación del litigio no incluyó la indexación de condenas, la cual aplica para corregir la devaluación monetaria y ésta no se generó porque hubo rendimientos, en todo caso, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece los montos a trasladar al RPM y sólo incluyó el saldo de la CAIP, por lo que cualquier otro monto no financia la pensión y ordenar su devolución causa un enriquecimiento sin causa (40:01 archivo “15AudienciaFalloSegundaParte”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que para la fecha del traslado la Ley 100 de 1993, exigía la aceptación libre y espontánea del afiliado en el formulario de afiliación, requisito que se cumplió, violando los principios de legalidad, debido proceso y confianza legítima reclamar obligaciones no vigentes y que fueron adoptadas hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues hasta 2016 las AFP solo tienen el formulario de afiliación para demostrar el consentimiento informado y exigir requisitos adicionales es una carga imposible y se afectó a **COLPENSIONES**, quien si ser parte del acto declarado ineficaz es llamada a asumir la prestación pese el principio de relatividad jurídica, lesionando tal condena el equilibrio financiero del sistema porque se desconoce la prohibición de

traslado por edad, afectando el fondo común, en todo caso, el Tribunal Superior de Bogotá D.C. revoca el reconocimiento pensional porque indica que dicha obligación surge hasta el traslado de los recursos y consolidación de las cotizaciones, instante a partir del cual se pueden definir los aspectos esenciales del derecho pensional (44:25 archivo “15AudienciaFalloSegundaParte”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** reclamó confirmar el fallo. Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Finalmente, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Henry Darío Machado, identificado con CC 77.091.125 y TP 248.528 del CSJ, quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo y, de forma subsidiaria, mantener la condena a la AFP de retornar el saldo de la CAIP sin descuentos y condicionar las condenas de **COLPENSIONES** a que la AFP cumpla primero el reintegro y actualice la información del afiliado.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los demás en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ** nació el 20 de diciembre de 1957 (Pág. 56 archivo “*01Expediente*”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 05 de junio de 1987 al 30 de septiembre de 1995 (archivo “*02ExpedienteAdministrativo*”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 08 de septiembre de 1995, efectivo a partir del 1º de octubre de 1995, AFP donde permanece vinculado y acumula 1456 semanas cotizadas a diciembre de 2020 (Pág. 62 y 63, 105 archivo “*04ContestacionPorvenir*”).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de

régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de

permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación ni al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que la asesora de la **AFP DEMANDADA** se limitó a indicar que el ISS iba a liquidarse y que convenía efectuar el traslado al RAIS y afirmó que se trasladó sin conocer ni recibir asesoría sobre las consecuencias de tal decisión, manifestaciones que no benefician a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la

ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se confirmará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

De otra parte, le asiste razón al apoderado de **COLPENSIONES** en su inconformidad frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cuanto el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 condiciona el reconocimiento de dicha prestación al traslado de las sumas ordenadas a la **AFP DEMANDADA**, quien también debe gestionar el registro de la historia laboral del afiliado desde el RAIS al RPM, instante a partir del cual es viable fijar aspectos determinantes de la prestación, como lo son

el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión. Así las cosas, se revocará el reconocimiento pensional efectuado en el fallo bajo estudio.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales sexto, séptimo, octavo y noveno de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: SE ORDENA remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Con aclaración de voto


CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RICARDO SANCHEZ SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

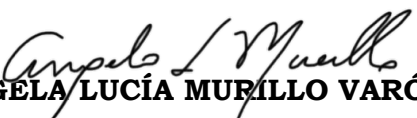
RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00493 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 33-2019-00717-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 28 de febrero de 2022, que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió de las pretensiones, conminó a la **DEMANDADA** a incorporar en la capacitación anual de profesores y personal administrativo instrumentos de enfoque de género, derecho de igualdad y no discriminación y condenó en costas al **DEMANDANTE** (40:18 archivo “09AudienciaTerceraParte”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (Pág. 4 a 14 archivo “01Expediente”).**

RODRIGO ANDRÉS CAMARGO FRANCO solicitó declarar un contrato de trabajo a término indefinido que terminó por causa imputable al empleador, ordenar el reintegro, pago de salarios, prestaciones legales y extralegales, intereses moratorios y costas, en subsidio, declarar que la terminación no generó efectos por no seguir el parágrafo 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y condenar a la indemnización del artículo 64 CST y costas.

Como fundamento fáctico indicó que el 1º de agosto de 2013 celebró contrato de trabajo a término indefinido con **TILATA S.A.S.** para el cargo de profesor, salario de \$3.006.223 más prestaciones sociales y jornada de 8 horas diarias y 48 a la semana, impartiendo la asignatura de educación física a estudiantes de secundaria y de fútbol categoría infantil, labor que prestó de forma personal y siguiendo las instrucciones del empleador, relación que se mantuvo por 06 años, 03 meses y 09 días. Aseguró que el 03 de mayo de 2019, fue llamado a diligencia de descargos para explicar los hechos del 29 de abril de 2019, consistente en dar a conocer a un profesor de otra sección información confidencial y reservada de un estudiante, sin autorización previa, realizando comentarios indebidos sobre la misma situación, tras lo cual, el 09 de mayo de 2019 se le comunicó la terminación del contrato de trabajo, alegando el incumplimiento de las obligaciones legales y reglamentarios del trabajador al revelar información confidencial y hacer comentarios irrespetuosos de un caso confidencial de un estudiante a su cargo, sin su autorización, fecha para la cual su salario ascendía a \$4.159.379. Afirmó que el empleador no cumplió el Parágrafo 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 ni canceló la indemnización del artículo 64 CST.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 57 a 66 archivo “01Expediente”).**

TILATA S.A.S. se opuso a las pretensiones condenatorias en su contra. Aceptó los hechos relativos a la celebración del contrato de trabajo, salario inicial y final, cargo, fecha de audiencia de descargos y de terminación de la relación laboral. Indicó que el trabajador no siguió las instrucciones de su empleador frente al manejo de la información confidencial y privilegiada de estudiantes, por lo cual se adelantó proceso disciplinario que permitió verificar que divulgó información de un estudiante del curso a su cargo sin autorización y realizó comentarios irrespetuosos y denigrantes sobre un caso confidencial de un estudiante a su cargo, de otra parte, aseguró que informó al **DEMANDANTE** que podía reclamar copia de la planillas de aportes y parafiscales de los últimos 03 meses de relación en la

Dirección de Talento Humano, pero éste nunca se presentó, en todo caso, siempre canceló de forma oportuna los aportes, de otra parte, no canceló la indemnización por despido porque la relación terminó con justa causa imputable al trabajador. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones de naturaleza económica, buena fe y pago de lo no debido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (40:18 archivo “09AudienciaTerceraParte”).

El 28 de febrero de 2022, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER al colegio TILATÁ S.A.S. de las pretensiones planteadas por RODRIGO CAMARGO FRANCO conforme a lo expuesto en parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación. TERCERO: CONMINAR al COLEGIO TILATÁ a que incorpore en la capacitación anual de sus profesores y cuerpo administrativo, dé instrumentos relativos al enfoque de género y derecho a la igualdad y no discriminación. CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandante, agencias en derecho 0.5 smlmv. (…)”

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo que terminó el empleador sin justa causa y procedencia del reintegro y pago de acreencias laborales, de forma subsidiaria, si procede la indemnización por despido.

Para resolver indicó que el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo y acuerdo de confidencialidad establecen que el trabajador debe mantener la confidencialidad de los datos objeto de reserva que conozca con ocasión de su labor, como la identidad y orientación sexual de los alumnos, por ende, pese no estar presente en la reunión entre el psicólogo y docentes, los compañeros profesores que le informaron el caso le indicaron que era información sensible, pese lo cual la reveló. De otra parte, indicó que el trabajador si conoció la situación fáctica por la cual fue indagado, reconociendo en descargos que la información del estudiante no debía divulgarse, rechazando la tesis de que el comentario del **DEMANDANTE** era fuera de contexto, porque a pesar de haber sido realizado días después de

que el trabajador dio a conocer la situación del estudiante, estaba interrelacionado y tenía un evidente nexo causal con la relevación del cambio de sexo del alumno, evidenciando transfobia, por cuanto pese a carecer de un aparente sentido agresor, en realidad era una frase ofensiva y discriminatoria, que generó molestia en el compañero docente a quien fue dirigida y el riesgo de un ambiente hostil y de burla contra el estudiante pese a no haber sido mencionado directamente, reconociendo el **DEMANDANTE** que no era correcta su manifestación, por tanto, el colegio tenía el deber de evitar que dichas situaciones se presenten y escogió hacer uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo con justa causa, sin que para ello debiera individualizar al trabajador la presunta causal, por cuanto bastaba con indicar la situación fáctica por las cuales fue indagado, carga que se acreditó, sin poder el Juez laboral valorar la proporcionalidad o gravedad de la falta porque previamente las partes la calificaron lo suficientemente grave como para constituir justa causa de terminación del vínculo laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo. Alegó que se está ante un caso nuevo en la legislación laboral, donde el debate sobre *habeas data* y cambio de género de menores no puede invisibilizar los derechos del trabajador, a quien se le imputó una responsabilidad por un acto de discriminación y segregación frente a un estudiante, pero la información por la cual fue despedido la conocían los docentes, por lo cual no era un hecho secreto, siendo informado el **DEMANDANTE** por sus compañeros profesores y no por la institución, siendo aquellos los primeros en infringir el estatuto de confidencialidad, incumpliendo el plantel el numeral 1 del artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo y la legislación laboral, al no informar los cargos imputados y en su lugar generar un sentimiento de culpa preguntando al trabajador del que creían infractor, pasando por alto que debía comunicar formalmente los cargos imputados. De otra parte, se pretenden enmarcar el comentario en un contexto global, a pesar de

que nunca se señaló el nombre del alumno, sino que se trató de una pregunta casual a un docente del mismo área días después de la reunión, por lo cual es extremo calificarla como homofóbica, más aún cuando en la carta de terminación **de** habla de una presunta falta, lo que demuestra la falta de claridad de si sucedió la infracción y aceptar lo contrario es dar patente de corso para que cualquier expresión se catalogue como violación de la confidencialidad (40:18 archivo “09AudienciaTerceraParte”).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso y revocar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de la **DEMANDADA**, a través del doctor Miguel Ángel Salazar Cortés, solicitó confirmar el fallo apelado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez de la terminación unilateral con justa causa imputable al trabajador del contrato de trabajo, para establecer la procedencia de las pretensiones principales o subsidiarias, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre el demandante **RODRIGO ANDRÉS CAMARGO FRANCO** y la demandada **TILATA S.A.S.** se celebró contrato de trabajo a término

indefinido, vigente del 1° de agosto de 2013 al 09 de mayo de 2019 (Pág. 72 a 75, 77 a 79 archivo “01Expediente”).

- El despido con justa causa no es sanción disciplinaria.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido, de forma pacífica en el tiempo, que el despido con justa causa no es una sanción disciplinaria, por lo cual no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se haya pactado en el contrato de trabajo, reglamento interno, pacto o convención colectiva o laudo arbitral, tal y como ha señalado en las sentencias SL10137-2015, SL20778-2017, SL1981-2019, SL-2351-2020, SL496-2021, SL679-2021, entre otras.

En las precitadas providencias, la H. CSJ indica que solo cuando se ha previsto un procedimiento para despedir y aquel no es acatado, se vulnera el derecho al debido proceso y defensa del trabajador. Del mismo modo, la terminación del contrato por justa causa debe ser explícita, concreta y tempestiva u oportuna desde el momento que el empleador conoce los hechos constitutivos de justa causa, última condición que ha sido identificada como el requisito de inmediatez. De otra parte, la Alta Corte ha advertido que la citación a descargos no es un requerimiento formal inexcusable en todas las causales de terminación con justa causa, por no tratarse de un requisito previsto en la Ley, motivo por el cual el alcance fijado en la sentencia C-593 de 2014 se circunscriben específicamente a la facultad disciplinaria, por lo cual no aplican al despido unilateral efectuado por el empleador.

Por su parte, la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-449 de 2020 unificó la interpretación conforme a la Constitución del artículo 62 CST y todas las causales de terminación unilateral con justa causa por parte del empleador, estableciendo 06 garantías obligatorias a favor del trabajador:

1. Inmediatez: relación temporal de cercanía o inmediatez o término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato.

2. Causales taxativas: la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en las justas causas, expresa y taxativamente previstas en la Ley.

3. Comunicación de motivos concretos, claros y específicos: se debe comunicar al trabajador las razones y motivos concretos, claros y específicos que justifican la terminación del contrato, conforme el parágrafo del artículo 62 y 66 CST.

4. Existencia y aplicación de procedimiento específicos de terminación del vínculo contractual: obligación de seguir los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.

5. Exigencias de cada causal y preaviso respecto de algunas de ellas: se debe acreditar las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, destacando el inciso final del literal a) del artículo 62 CST, relativa al aviso con anticipación no menor de 15 días.

6. Respeto debido a la relación laboral: garantizar al trabajador el **respeto** debido como sujeto de la relación laboral, a través del derecho a ser escuchado y no ser menospreciado por el empleador antes de que éste ejerza su potestad de terminación unilateral, en virtud de la dignidad humana, igualdad de trato y respeto, lo cual no puede ser entendido, de ninguna manera, como un escenario de agotamiento del debido proceso.

A su vez, la H. CSJ, en las sentencias SL2351-2020 y SL496-2021, señaló que los requisitos para dar por terminado el contrato por justa causa son: **i)** comunicación al trabajador en la que se individualicen los motivos o razones por los que se da por terminado,

ii) Inmediatez en la decisión, **iii)** Configuración de alguna de las justas causas señaladas en el CST, **iv)** Si es del caso, agotar el procedimiento previo al despido incorporado en la convención colectiva, en el reglamento interno de trabajo o en el contrato individual y **v)** La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.

- Sobre la terminación del contrato de trabajo con justa causa y la posibilidad del Juez para calificar la gravedad de la conducta.

El artículo 62 CST consagra las justas causas para terminar de forma unilateral con justa causa el contrato de trabajo, por parte del trabajador o empleador. Dicha norma señala que la parte que finaliza unilateralmente el contrato debe manifestar a su contraparte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causas o motivos distintos, prohibición que ratificó el artículo 66 CST.

La H. CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, tal y como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

En cuanto la justa causa de terminación del contrato de trabajo consagrada en el numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, que refiere a la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículo 58 y 60 CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contrato o reglamentos, la H. CSJ considera que tal norma refiere a dos supuestos fácticos como justa causa: **i)** la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador, caso en el cual el Juez debe calificar la gravedad de la conducta, **ii)** la comisión de una conducta que las partes previamente calificaron como graves, evento en el cual el Juez se limita a verificar si ocurrió la conducta enrostrada al trabajador. Dicha regla jurisprudencial ha sido señalada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013,

SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el apoderado del **DEMANDANTE** alegó en su recurso de apelación que no se pueden invisibilizar los derechos del trabajador, a quien se le imputó un acto de discriminación y segregación por una información que no era secreta, al ser conocida por los docentes, siendo aquellos los primeros en infringir el estatuto de confidencialidad, incumpliendo el plantel el procedimiento reglamentario disciplinario, porque no comunicó formalmente los cargos imputados, intentando enmarcar su comentario en un contexto global, a pesar que nunca señaló el nombre del alumno y que se **trato** de una pregunta casual a un compañero docente, siendo extremo calificar tal acto como homofóbico, además no hubo claridad de si sucedió la infracción y aceptar lo contrario permite catalogar toda expresión como violación de la confidencialidad.

De la revisión de los argumentos expuestos en su recurso de apelación, resulta notorio que el apoderado del **DEMANDANTE** confunde la facultad del empleador de terminar unilateralmente con justa causa el contrato con una sanción, pues reclama que no se siguió el proceso disciplinario consagrado en el Reglamento Interno de Trabajo, ni hubo comunicación formal de los cargos imputados, sin que tal inconformidad sea motivo suficiente para revocar el fallo de primera instancia, por cuanto los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos señalan con claridad que la facultad del empleador de terminar con justa causa el contrato no es una sanción.

En efecto, la H. Sala de Casación Laboral y H. Corte Constitucional coinciden en señalar que el despido con justa causa no es sanción disciplinaria, por lo cual no está sujeto a un trámite previo, a menos que así se haya pactado en el contrato de trabajo, reglamento interno, pacto o convención colectiva o laudo arbitral. Así las cosas, las previsiones consagradas en la sentencia C-593 de 2014, no aplica a dicha forma de terminar el vínculo laboral, tal y como se indicó en las

sentencias SL10137-2015, SL20778-2017, SL1981-2019, SL-2351-2020, SU449 de 2020, SL496-2021, SL679-2021, entre otras.

Así las cosas, en nada interesa si la **DEMANDADA** siguió o no el procedimiento disciplinario consagrado en su reglamento de trabajo, el cual solo aplica a los casos donde el empleador ejerce poder disciplinante sobre su trabajador, que no es el caso bajo estudio.

De otra parte, el apoderado del **DEMANDANTE** controvierte la proporcionalidad de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por el empleador, señalando que es extremo calificar de homofóbico el comentario del trabajador y que la información revelada por éste a un compañero profesor no era secreta, al ser de conocimiento de todo el equipo docente.

La Sala rechaza la precitada tesis del apelante, con la cual pretende que el operador judicial califique la gravedad de la conducta enrostrada al trabajador, actuación que no procede en el caso concreto conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ que señala que si las partes califican una conducta de tal gravedad que da lugar a la terminación del contrato con justa causa, le esta vedado al Juez calificar la gravedad de dicha conducta porque **la** partes ya lo hicieron previamente, limitándose entonces a verificar su ocurrencia.

En efecto, la H. CSJ ha señalado que el numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST consagra como justa causa de terminación del contrato por parte del empleador dos supuestos fácticos distintos: **i)** la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador, caso en que el Juez califica la gravedad de la conducta, **ii)** la comisión de una conducta previamente calificada como grave por las partes, evento en que el Juez se limita a verificar la ocurrencia de la conducta enrostrada al trabajador. Dicha regla jurisprudencial ha sido reafirmada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras.

En el caso bajo estudio, es evidente que las partes, en el desarrollo de la relación laboral, convinieron por lo menos en dos ocasiones el deber del trabajador de proteger la información confidencial reservada que conociera con ocasión de su cargo como profesor, sancionando el incumplimiento de tal deber como falta grave constitutiva de justa causa para terminar el contrato de trabajo:

1. El contrato de trabajo suscrito el 1º de agosto de 2013, en su literal d) de la cláusula **curta**, señala como falta grave que da lugar a la terminación del contrato la revelación de secretos e información que sea reservada o que se le haya suministrado con este carácter en razón de sus funciones (Pág. 74 archivo “01Expediente”).

2. El acuerdo de confidencialidad suscrito el 04 de agosto de 2017, que convinieron es parte integral del contrato de trabajo, cuyo objeto es garantizar la seguridad de todo dato personal e información que el trabajador pueda llegar a conocer en el cumplimiento de sus funciones, define como información confidencial todo dato personal relativo la preferencia, identidad y orientación sexual de la persona, así mismo, consagra como obligación del trabajador mantener reserva sobre la información que pueda llegar a conocer en desarrollo del contrato, sancionando el incumplimiento de tal obligación como falta grave constitutiva de justa causa para dar por terminado el contrato (Pág. 89 a 91 archivo “01Expediente”).

Así las cosas, en el presente asunto se acreditó que el **DEMANDANTE**, a través de los compañeros docentes JOSÉ ASPRILLA y CLAUDIA SALAZAR, conoció información confidencial relativa a la orientación sexual de un alumno del grado décimo y su decisión de practicar cambio de sexo, quienes le indicaron que se trataba de un tema confidencial, tal y como reconoció el propio **DEMANDANTE** y la testigo CLAUDIA SALAZAR en sus declaraciones bajo juramento (40:44, 02:05:55 archivo “07AudienciaPrimeraParte”).

Del mismo modo, se demostró que el **DEMANDANTE** reveló la información antes referida a su compañero docente EDGAR EDUARDO CANTOR, quien no era docente del estudiante, además, al día siguiente

el **DEMANDANTE** preguntó al mismo compañero qué nombre se pondría en caso de ser mujer, manifestación que incomodó a EDGAR al punto de informarla al superior del área de educación física, hechos que confirmaron el **DEMANDANTE**, MARÍA ISABEL CASAS ANDRADE como representante legal de la **DEMANDADA** y el propio señor EDGAR EDUARDO CANTOR en sus declaraciones (23:35, 40:44, 01:12:24, 01:17:30 y 01:202:20 archivo “07AudienciaPrimeraParte”).

El propio **DEMANDANTE**, en diligencia de descargos del 03 de mayo de 2019, señaló que revelar información relativa a la identidad y orientación sexual de un alumno y preguntar a su compañero profesor EDGAR EDUARDO CANTOR que nombre se pondría si fuera mujer constituyó “*un comentario totalmente inapropiado*” y que “*sabía que esa información no debía divulgarse*” (Pág. 81 y 82 archivo “01Expediente”).

Los anteriores elementos de prueba permitieron inferir, de forma razonable, al Juez de primera instancia que se configuró la falta grave constitutiva de justa causa para terminar el contrato de trabajo informada en la carta de terminación del trabajo del 09 de mayo de 2019, en la cual el empleador informó a su contraparte los motivos de su determinación, a saber, el presunto incumplimiento del trabajador de sus obligaciones legales y reglamentarios por revelar información confidencial de un estudiante sin autorización para ello (Pág. 77 a 79 archivo “01Expediente”).

Así las cosas, independientemente de si la finalidad con la cual el **DEMANDANTE** preguntó a su compañero docente que nombre se pondría de ser mujer era irrespetuosa, al empleador le bastaba con demostrar la existencia de una sola de las varias causales de despido con justa causa para que tal decisión sea válida, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL RAD 36.558 del 20 de octubre de 2009, SL8643-2014, SL3823-2020, entre otras.

Por las consideraciones expresada, esta Corporación comparte la decisión adoptada por el *a quo* y confirmará el fallo apelado.

Sin costas en esta instancia.

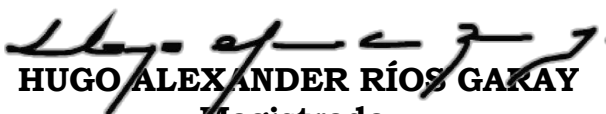
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

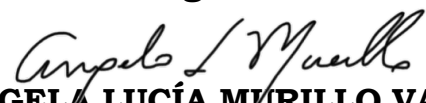
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ
Magistrada.