



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 00258 01
DEMANDANTE: ISABEL TERESA ACEVEDO CASTILLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 11 de octubre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Protección, el 1º de mayo de 1998. En consecuencia, se ordenó su traslado a Colpensiones, con los correspondientes aportes de su cuenta individual, rendimientos e intereses, debidamente indexados. Así mismo, se condene a ésta última a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; las costas y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de marzo de 1960; se vinculó y cotizó al sistema general de pensiones, a través del Instituto de Seguros Sociales y Cajanal, el 10 de enero de 1980, a través de entidades públicas y privadas, acumulando un total de 15 años, 5 meses y

11 días, al 31 de diciembre de 1998, es decir, 786 semanas. Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., en diciembre de 1998, en donde ha cotizado hasta la fecha. Aduce que no fue informada al momento de la afiliación de las implicaciones de trasladarse de régimen, la naturaleza propia del RAIS, desventajas o riesgos, distintos escenarios comparativos de pensión, beneficios de permanecer en el Régimen de Prima Media, ni el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez. En el formato de afiliación se aprecian inconsistencias y errores, respecto de los periodos registrados en la historia laboral, en la que aparecen periodos con multifiliación. Indica que fue afiliada sin su consentimiento a partir del 2013 al Protección S.A. El 28 de junio de 2013, solicitó el traslado a Colpensiones, sin obtener gestión favorable (archivo 01, fls.6 a 10 y archivo 03, fls2 a 4-Subsanación).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la afiliación y cotizaciones al régimen de prima media y, la solicitud de traslado; manifestó que los restantes hechos y omisiones no le constan. Formuló como excepciones de mérito, la 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 causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no hizo uso del derecho de retracto y; que no se configuró vicio del consentimiento (archivo 08 fls.3 a 45).

Por auto del 2 de octubre de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por las AFP Porvenir y Protección (archivo 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 de octubre de 2023 (archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ISABEL TERESA ACEVEDO CASTILLO a la AFP PORVENIR el 10 de diciembre de 1997 y consecuencialmente los traslados horizontales a ING SANTANDER y COLMENA hoy AFP PROTECCION S.A. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante ISABEL TERESA ACEVEDO CASTILLO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ISABEL TERESA ACEVEDO CASTILLO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: Cumplido lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES deberá efectuar el estudio correspondiente al derecho pensional de la señora ISABEL TERESA ACEVEDO CASTILLO, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad y la fecha de retiro del sistema general de pensiones.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., y PROTECCION AFP. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEPTIMO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron el cumplimiento de la obligación de información, sin que con el formulario sea suficiente, por lo cual no puede predicarse la existencia del consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones, al no estar ajustado a los principios que gobiernan el Sistema de Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó la inconformidad con la condena, pues se pudo constatar que la demandante en ningún momento se vio obligada a trasladarse a un fondo privado de pensiones específico, siendo su afiliación al RAIS en el año 1998, esto es, por más de 22 años, con total ánimo de permanencia y estadía. Reprocha la condena en costas, dado que la negativa del traslado por parte de la entidad, está conforme a la norma que consagra la prohibición legal de recibir a una persona que está próxima a cumplir la edad, para acceder a la pensión por vejez; por lo que la entidad siempre ha actuado de buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores

opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al régimen de prima media con prestación definida, a través del Instituto de Seguros Sociales y de Cajanal, desde el 7 de julio de 1982 (archivo 01, fl.12 y 16 a 21); migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 10 de diciembre de 1997; posteriormente se trasladó de manera horizontal a Colmena, hoy Protección S.A., a partir del 23 de febrero de 2000; y finalmente a la AFP Santander, hoy Protección, el 28 de julio de 2003 (archivo 01, fls 26, 60 y 61).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al RAIS en el año 1998, porque iniciaron las campañas de los fondos privados, en las que los visitaban a diario 2 o 3 personas y, les decían que pasarse al fondo les iba a dar intereses y que iban a tener una pensión mejor de la que podrían tener con el Estado; que los ahorros los iban a elevar a las bolsas de valores y que iban a tener rendimientos. Nunca les hicieron comparación de valores en los regímenes. En el 2013 radicó formulario para devolverse a Colpensiones, pero nunca tuvo respuesta de ninguna entidad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que las AFP, faltaron a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores

al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineffectividad se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineffectividad en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineffectividad de la afiliación o del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta

parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 11 de marzo de 2017 (fl.11 archivo 01) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (archivo 01 fls.34 a 48), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social.

No obstante, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión y, en todo caso, no

es posible determinar el monto de la prestación, ni tampoco la fecha de disfrute, toda vez que no se tiene certeza de la última cotización realizada.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado en este punto, pero se ordenará que una vez recibidas las sumas provenientes de la AFP, proceda a reconocer la prestación pensional en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de esa anualidad.

La suscrita Ponente aclara que, si bien en decisiones anteriores similares a la que ahora se estudia, se había dispuesto el reconocimiento de la prestación por vejez a partir del día siguiente de la última cotización, ahora al reestudiar el asunto, se reevalúa la postura, para dar plena aplicación a la normatividad aplicable, al considerar que no se puede suponer la desafiliación tácita del sistema, toda vez que es una decisión inherente al afiliado, a quien no se le ha dado la oportunidad de manifestarla, así como que, se estaría subrogando la competencia de la entidad de estudiar la procedencia de la prestación, en el entendido que solo ahora, con esta decisión, se está validando su afiliación al régimen de prima media.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó efectuar el estudio correspondiente al derecho pensional de la accionante, una vez recibidos los recursos de la cuenta individual.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de octubre de 2023, para en su lugar disponer únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar y; los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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.

TERCERO: ADICIONAR la decisión en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. 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: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

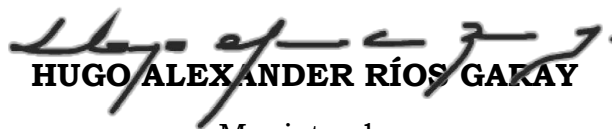
SEXTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2022 00202 01
DEMANDANTE: ALVARO ROJAS CHARRY
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de octubre de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, los cobros y gastos administrativos y, a Colpensiones, a aceptarlo como afiliado, sin solución de continuidad. Asimismo, se reconozca el derecho a la pensión de vejez, a partir de la fecha de novedad el retiro, con un monto del 80%; los intereses moratorios, la indexación; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde septiembre de 1979, cotizando para pensión a este y a Cajanal, a través de diversos empleadores. El 19 de enero de 1995 se afilió a la AFP Colfondos, a la cual continuó realizando sus aportes.

Posteriormente, solicitó a las demandadas su desvinculación del régimen del ahorro individual, a la cual se le responde negativamente por haber sobrepasado el límite de edad. Aduce que al momento de trasladarse al RAIS se encontraba en el Régimen de Transición establecido en el artículo 36 de la Ley de 1993; que los asesores de Colfondos no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento, en temas de seguridad social y, que omitieron brindarle una información clara, veraz, precisa, exacta, suficiente, oportuna, objetiva, comprensible, necesaria y, transparente y; lo indujeron de manera equivoca a vincularse al RAIS; nunca le indicaron los riesgos, ni le realizaron una simulación comparada de su mesada. De la misma forma, el ISS no procuró dar información alguna en el momento del traslado. Manifiesta que nació el 8 de noviembre de 1955 y acumula un total de 2500 semanas al sistema pensional; a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad y 1038 semanas de cotización, por lo que solicitó a Colpensiones el reconocimiento pensional, pero le fue negado por improcedente, al no estar afiliado a esta administradora (fls.5 a 18, 01Demanda y fls.2 a 16, 07Alleganadiciondemanda).

Al dar contestación a la demanda inicial, **Colpensiones** se opuso a las súplicas incoadas en su contra. Respecto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiario del régimen de transición previsto en

la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (06ContestacionColpensionesexpedienteadministrativo, fls.2 a 40).

La **AFP Colfondos** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió que el actor ostenta el estatus de afiliado a esta AFP y, manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el actor no es beneficiario del régimen de transición (fls.3 a 25, 05ContestacionColfondosSA y fls.2 a 29, 10Contestaciónreformademandanda).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de octubre de 2023 (35Audiencia), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo el señor Álvaro Rojas Charry, al régimen de ahorro individual a través de Colfondos Pensiones y Cesantías, vinculación que se hizo efectiva a partir del 1º de junio del año 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor Álvaro Rojas Charry nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello siempre estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías, a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor Álvaro Rojas Charry, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Esto significa que debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para

el Fondo de Garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a favor del señor Álvaro Rojas Charry, a partir de la fecha en que se acredite el retiro al sistema de seguridad social en pensiones, por 13 mensualidades al año, más los incrementos de ley, debiendo hacer ese reconocimiento luego de que le sean trasladados los dineros por parte de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: En el evento de que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones no interponga recurso de apelación contra esta decisión, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP probó que al momento en que la demandante suscribió la vinculación, le brindó información suficiente comparada respecto a las características de ambos regímenes pensionales, por lo tanto, no se puede tener por acreditado el cumplimiento en del deber de información.

Frente a la pensión de vejez, encontró que el demandante cumple con el requisito de la edad mínima de 60 años, solo hasta el 8 de noviembre de 2015, por lo que perdió los beneficios del régimen de transición, al haber acreditado el requisito de edad más allá del 31 de diciembre de 2014. Por ello su derecho pensional debe resolverse atendiendo lo señalado en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, acreditando los requisitos de edad y tiempo para acceder al derecho.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La **AFP Colfondos S.A.** arguyó que el demandante al momento del traslado era una persona capaz, por ende tenía conocimiento que le llevara a tomar la decisión libre, voluntaria, informal y trasladarse a Colfondos. Además se encuentra en la prohibición legal de trasladarse en razón de la edad, contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Al

accionante también le asistía al deber de estar informado y se cerciorarse sobre los servicios que se deseaba contratar o utilizar. Colfondos siempre le ha garantizado a los futuros afiliados la protección del derecho de información, siendo la misma clara, precisa, verás y suficiente, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y, siempre le garantizó el derecho de retrato, sin que ejerciera tal facultad. En caso de confirmar la decisión, debe tenerse en cuenta que el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993, que menciona cuáles son los dineros que se han trasladado cuando existe el cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda disponer la devolución de sumas diferentes a las allí referidas. Así mismo, los gastos de administración y primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, no resultan imprescriptibles.

Colpensiones manifiesta que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de individual con solidaridad de Colfondos S.A. desde junio de 1994, al vincularse de manera libre, consciente y voluntaria y suscribir en formulario de afiliación que se encontraba vigente para la época, según el Decreto 663 de 1993, cuál era el único requisito que se exigía para la época del traslado. El accionante para esa época ejerció el derecho de libre escogencia de régimen pensional del artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que elevara algún tipo de queja, petición, inconformidad o solicitud de traslado, aunado que está dentro de la prohibición legal de traslado. Con la decisión de traslado se afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones, teniendo en cuenta que se le condena también al reconocimiento de una pensión de vejez. En caso de confirmar la decisión deberá condenarse a la AFP a pagar a título de indemnización y resarcimiento de perjuicios, teniendo en cuenta que las pensiones que se reconocen en el régimen público no se financian únicamente con los aportes de sus afiliados, sino que es el Estado quien subsidia en un mayor porcentaje en la prestación.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al régimen de prima media con prestación definida desde enero de 1974 a mayo de 1994 (26HistorialaboralDemandante), fecha a partir de la cual migró al RAIS a través de la AFP Colfondos, mediante la suscripción de formulario de afiliación del 31 de mayo de 1994 (fls.2 y 3, 27Allegadocumentalrequerida).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó a mediados del año 1994, cuando lo visitaron promotores de ventas de Colfondos y le dijeron que se pasara que era lo mejor, que era privado, que iba a tener más garantías, una pensión muy superior, le iban a rendir unos intereses de los aportes y, él de buena fe aceptó y ellos se encargaron prácticamente de hacer todo el trámite; firmó porque todo lo que le dijeron era una maravilla y que a futuro iba a tener una pensión estable y buena. No solicitó el retracto; no realizó aportes voluntarios, ni ha solicitado prestación alguna a Colfondos. Se afilió voluntariamente, pero de acuerdo a lo que le propusieron y le dijeron en Colfondos. No le indicaron requisitos para pensionarse; tampoco sabía cuáles eran los exigidos en prima media, solo que tenía que cotizar y de tener un tiempo de trabajo. No se le habló sobre los rendimientos financieros, bono pensional, ni lo que pasaría con los aportes que tenía en Cajanal. No era

consciente cuando suscribió el formulario de que estaba cambiando de régimen, ni conocía las diferencias entre regímenes. No buscó retornar antes, porque solo se dio cuenta a portas de su retiro de las desventajas de pensionarse en el RAIS. Ignoraba que existía un límite de edad para trasladarse o retornar al régimen público de pensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar en su lugar la del traslado, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de

pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aparte, para indicar que la condena impuesta en primera instancia, también deberá ser por los bonos pensionales y valores utilizados en seguros previsionales. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Pensión de vejez

Establecido entonces que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que el afiliado hombre haya alcanzado los 62 años de edad y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 8 de noviembre de 2017 (fl.45 archivo 01, 01Demanda) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (26HistorialaboralDemandante), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social.

No obstante, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión y, en todo caso, no es posible determinar el monto de la prestación, ni tampoco la fecha de disfrute, toda vez que no se tiene certeza de la última cotización realizada; dado que si bien en la historia laboral aparecen cotizaciones efectivas hasta el periodo 202107, no se verifica el retiro efectivo del sistema.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado en este punto, para en su lugar, ordenar que una vez recibidas las sumas provenientes de la AFP, proceda a reconocer la prestación pensional en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema, de conformidad con los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 de esa anualidad.

La suscrita Ponente aclara que, si bien en decisiones anteriores similares a la que ahora se estudia, se había dispuesto el reconocimiento de la prestación por vejez a partir del día siguiente de la última cotización, ahora al reestudiar el asunto, se reevalúa la postura, para dar plena aplicación a la normatividad aplicable, al considerar que no se puede suponer la desafiliación tácita del sistema, toda vez que es una decisión inherente al afiliado, a quien no se le ha dado la oportunidad de manifestarla, así como que, se estaría subrogando la competencia de la entidad de estudiar la procedencia de la prestación, en el entendido que

solo ahora, con esta decisión, se está validando su afiliación al régimen de prima media.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de octubre de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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.

TERCERO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la decisión analizada, para en su lugar, ordenar a Colpensiones que, una vez recibidas

las sumas provenientes de la AFP, proceda a reconocer la prestación pensional de la actora, en el término de ley, una vez se verifique la desafiliación del sistema.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

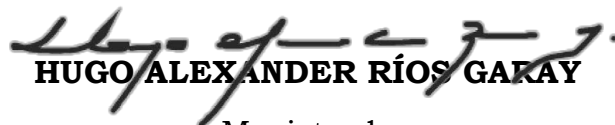
SEXTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 034 2018 00648 01
DEMANDANTE: GLORIA ADELA SEGURA SANABRIA
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ E.S.P.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se ordene el reintegro definitivo al puesto de trabajo que venía desempeñando o a otro de igual categoría, con ocasión del despido sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir; la indemnización de 180 días prevista en la ley; la liquidación laboral correspondiente; la prima legal proporcional a junio de 2018, las cesantías proporcionales causadas durante el periodo de desvinculación y, las que se causen hasta que suceda su reintegro; las cotizaciones al sistema integral de seguridad social; costas del proceso e, indexación.

De manera subsidiaria, solicita la indemnización por despido injusto y, el reconocimiento y pago de la liquidación laboral correspondiente a la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada, vigente del 17 de diciembre de 2012 al 16 de junio de 2013, para desempeñarse como operaria del proyecto Aseo; modalidad que fue modificada abruptamente a un contrato por obra o labor contratada, a partir del 17 de junio de 2013 y, que se mantuvo vigente hasta el 11 de febrero de 2018, cuando fue terminado sin justa causa por parte del empleador. El salario inicial pactado fue la suma de \$650.000, más auxilio de transporte y, el último salario percibido fue por valor \$878.190.

Adujo que tiene más de 60 años de edad, ha venido presentando dolor en las extremidades inferiores, con diagnósticos de lesiones, cambios degenerativos y, la evolución de la enfermedad y aumento del dolor; siendo difícil cumplir con su vida cotidiana. Se le han ordenado tratamientos paleativos y, valoración para cirugía de rodilla artroscopia; no obstante, ante cambio de EPS, empezó nuevamente a tratar la enfermedad con restricciones fijas y permanentes, entregadas al empleador. La EPS tratante, comunicó a la empresa demandada, las recomendaciones y restricciones para la ejecución del contrato de trabajo suscrito entre las partes. El 30 de noviembre de 2017, la EPS emitió dictamen con diagnóstico *condromalacia de la rodilla bilateral* de origen laboral; diagnóstico confirmado el 11 de diciembre de 2017, por AXA Colpatria, pero determinando un origen común de la enfermedad; por lo que se envía a la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Arguye la demandante que ha continuado recibiendo tratamiento y exámenes que denotan el deterioro de salud.

Indica que como requisito de ingreso a la empresa se realizó un examen médico laboral que demostró que estaba apta para desempeñar las funciones para las que fue contratada, toda vez que se encontraba en buen estado físico y mental; por lo que, al terminársele el contrato, acudió al Ministerio de Trabajo y a la Personería, al considerarse una persona de especial protección por parte del Estado, ubicada como una persona en circunstancias de debilidad manifiesta. Aduce que a la terminación del contrato sin justa causa, la empresa tenía pleno conocimiento de su condición de salud. Con ocasión de la terminación del vínculo contractual,

fue desafiliada de la EPS y, por ende, dejó la continuidad del tratamiento y controles médicos; no recibió liquidación laboral, porque fue girada al Fondo de empleados de la empresa, quedando un saldo a favor de \$332.153, que tampoco le ha sido entregado y, no se le han pagado 415 días de vacaciones.

Presentó acción de tutela ante el Juez 30 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, negada en primera instancia, pero revocada por el Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá, quien tuteló sus derechos, concediendo un término de 4 meses para la presentación de la demanda ante la justicia ordinaria; por lo cual fue reintegrada el 22 de junio de 2018 y, actualmente continúa en tratamientos médicos y en calificación de su enfermedad. Aduce que pertenece al Sindicato Sintraserpucol (*fls.1 a 7, 003Demanda*).

Al dar respuesta, la convocada a juicio **Aguas de Bogotá E.S.P.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la existencia de dos contratos de trabajo con la demandante, de naturaleza jurídica distinta, primero mediante contrato a término fijo inferior a un año y luego mediante contrato por obra o labor determinada, sus extremos temporales, cargo y salario; los dictámenes de origen de la enfermedad, su envío a la junta Regional de Calificación, el examen médico de ingreso, la acción de tutela interpuesta, las decisiones emitidas, el cumplimiento de la orden de reintegro y, que la demandante pertenece al sindicato Sintraserpucol. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito que denominó: improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, compensación y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses argumentó que En defensa de sus intereses argumentó que al momento de suscribirse el contrato entre las partes, se determinó la labor a realizar en forma clara, precisa y específica y que esta estaba supeditada a la vigencia del convenio interadministrativo 809 de 2012, que finalizó el 11 de febrero de 2018 y así se constituyó la causa legal de terminación del vínculo, por expiración de la obra o labor para la cual había sido contratada, en razón a que la empresa dejó de realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo, en esos orden de ideas no puede considerarse que

la desvinculación fue discriminatoria (fls. 1 a 16, 012ContestacionDeDemanda).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de agosto de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante y la entidad demandada de las siguiente manera: el primero, un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, entre el 17 de diciembre de 2012 y hasta el 16 de junio de 2013, y el segundo, un contrato de obra o labor contratada, entre el 17 de junio de 2013 y el 11 de febrero de 2018, el cual terminó con ocasión al fenecimiento del contrato interadministrativo 1071020008009 de 2012, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias elevadas por la demandante GLORIA ADELA SEGURA SANABRIA, conforme a la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la parte actora y a favor de la parte demandada, en la suma única de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000).

CUARTO: 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 la demandante.

En lo fundamental indicó que, si bien en este asunto se logra evidenciar que la demandante al momento de la terminación del contrato, sufría algunas patologías, como lo indicó tanto la EPS como Axa Colpatria en su momento, las mismas no dieron lugar a la terminación del vínculo, por lo que la causal por la cual se dio por terminado el vínculo es objetiva y no se trata de un hecho discriminatorio debido al estado de salud de la demandante, toda vez que la duración del contrato de trabajo de la actora se encontraba atada solamente a la vigencia contractual del convenio interadministrativo 1-07-10200-08009 de 2012, que fue terminado el 12 de febrero del 2018, quedando demostrada la legal causa para terminar el contrato de trabajo, conforme lo establece el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante imploró revocar la decisión al argumentar que es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada en atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, dado que existe una situación de disminución física, presentando situaciones de salud que sí afectan su normal desenvolvimiento en su actividad y, que son hechos originarios antes de la terminación de contrato, que estaban en evolución, incluso la programación de intervenciones quirúrgicas. Tampoco se tuvo en cuenta si hubo o no permiso laboral, teniendo en cuenta la información médica que existe, viable, vigente y válida, respecto de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio del recurso para definir para el momento en que terminó el contrato de trabajo la actora era sujeto de estabilidad laboral reforzada y si en consecuencia debe ordenarse su reintegro de forma definitiva.

Sea lo primero precisar que, es verdad probada que las partes estuvieron vinculadas mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 17 de diciembre del 2012 y hasta el 16 de junio de 2013, y por uno por duración de la obra o labor desde el 17 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018, pues así fue declarado por el Juzgado y no controvertido en esta instancia.

Igualmente, está demostrado que mediante fallo de tutela del 7 de junio de 2018, el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Penal del Circuito de Bogotá, amparó los derechos fundamentales de la actora a la estabilidad laboral reforzada y mínimo vital; en consecuencia, dejó sin efectos la terminación del contrato de obra o labor del 11 de febrero de 2018 y ordenó su reintegro de forma transitoria a un cargo de iguales, similares o mejores condiciones al que ejercía como Operario de Barrido y que se ajuste a sus actuales condiciones de salud (fls.61 a 88, 003Demanda).

Estabilidad laboral reforzada

Se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede

sucedan y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con*

Discapacidad”, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018 y SL711-2021).

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala

Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que

están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho

constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se verifica que la demandante aportó (003Demanda):

- (i) Comunicación emitida el 9 de junio de 2016 por Profesional de Seguridad y Salud en el trabajo dirigida a la empresa accionada, respecto de recomendaciones laborales temporales, en la que se informa que: Puede manipular cargas que no superen 5 kilos de peso, evitar actividades de sobre esfuerzo a nivel de las dos rodillas, evitar actividades de rodillas y cucullas, evitar actividades en terrenos irregulares, evitar subir y bajar escaleras de forma repetitiva y, continuar actividad física preventiva (fl.21); comunicación dirigida a la accionante, referente a la asignación de actividades de trabajo de acuerdo a recomendaciones médicas (fl.36 a 37).
- (ii) Historia clínica, en la que se diagnostica: *M224 CONDROMALACIA DE LA ROTULA BILATERAL* (fl.22 a 34).
- (iii) ESCANOGRAMIA AXIAL DE ROTULAS, del 4 de agosto de 2016, en la que se indica: *Discreta remodelación osteofitaria marginal de patelas y cóndilos femorales laterales por incipientes cambios artrósicos. No se observan otras lesiones óseas agudas o crónicas. Relaciones articulares conservadas. Tejidos blandos de apariencia usual* (fl. 35).
- (iv) Formulario de dictamen para determinación de origen de la enfermedad, emitido por Famisanar el 30 de noviembre de 2017, en donde determina un origen Laboral; así como la evaluación de origen emitida por AXA Colpatria el 1 de diciembre de 2017, en la que se determina que la enfermedad es de origen común (fls. 39 a 40).
- (v) Estudio de resonancia magnética de rodilla izquierda, practicada a la actora el 3 de febrero de 2018, con los siguientes hallazgos: *No se observan alteraciones en la intensidad de señal de la medula ósea. Rotula de morfología II de Wiberg que muestra*

disminución del espesor del cartílago articular de la faceta lateral, de 6 x 6 mm con quiste subcondral. Los demás cartílagos articulares son normales. Hiperintensidad de la grasa de Hoffa hacia el aspecto superoexterno. Leve distensión de la Bursa Gastrocnemio medial - semimembranoso. No se aprecia derrame articular. Trazo horizontal del cuerpo del menisco medial que contacta la superficie. El menisco externo es normal. Ligamentos cruzados y colaterales sin hallazgos patológicos. Tendones cuadricipital, patelar, banda iliotibial, bíceps femoral y tendones de la pata de ganso de aspecto normal. Con opinión de la médica radióloga: “PEQUEÑA LESION OSTEOCONDRALE GRADO III-IV DE LA FACETA LATERAL DE LA ROTULA. DESGARRO HORIZONTAL DEL CUERPO DEL MENISCO MEDIAL. PEQUEÑO QUISTE DE BAKER” (fls.45).

- (vi)** Estudio de GAMAGRAFIA OSEA, realizado el 8 de febrero de 2018, cuyos resultados arrojan: *“A nivel articular hay hiperfijación leve en codos (epicondilea) y en compartimento anterior de las rodillas, ligeramente superior en el lado izquierdo. Tenue en MTCTs especialmente derechas”*; y cuya conclusión del médico nuclear es: *“Cambios reactivos a fenómeno crónico inflamatorio de baja intensidad en los compartimentos articulares mencionados”* (fl.46).

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien con anterioridad al despido la accionante sufría de unas lesiones articulares en sus rodillas, que le merecieron exámenes, tratamientos de fisioterapia y recomendaciones médicas, no demostró que presentara alguna condición de salud que le impidiera ejecutar las labores a su cargo, pues lo que se desprende del material probatorio allegado, es que se trataba de *leves* lesiones, como se indica en los propios diagnósticos y conclusiones médicas; que si bien le generaron algunas recomendaciones laborales, las mismas fueron acatadas por parte de la empresa, sin que generara disminución de su capacidad laboral, antes de la terminación del contrato, pues para esa data, 11 de febrero de 2018, nada distinto se demostró en juicio.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultara realizar las funciones para las cuales fue contratada en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

Cumple precisar que, como lo ha indicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de la estabilidad reforzada por discapacidad en contratos de término fijo, como los contratados por obra y labor, la terminación del vínculo laboral se debe fundamentar en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados, y no en discriminación.

Frente al particular, se verifica inicialmente que la modalidad contractual pactada en el presente asunto por las partes, está permitida y respaldada por la legislación colombiana a la luz del artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra: *“DURACIÓN. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.”*

Asimismo, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2600 de 2018 precisó que los contratos de obra o labor se caracterizan precisamente por la naturaleza de las actividades contratadas, por lo que su demostración puede efectuarse con diferentes medios probatorios. Al punto, expuso:

“Nuevamente, en el caso del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, la ley no impone la prueba del acto jurídico a través de un medio probatorio específico, de tal suerte que su existencia puede establecerse a través de cualquier elemento de convicción. A ello vale agregar que incluso el legislador permite inferir una estipulación en tal sentido de «la naturaleza de la labor contratada», esto es, de las características de la actividad contratada.”

Luego, la vinculación del demandante con la demandada Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. se enmarca dentro de los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan el contrato de obra o labor. Es así como en

la cláusula segunda del contrato individual de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada, las partes dispusieron: *“El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o la labor contratada. Está condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No, 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP, conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato”*

Claro lo anterior, de conformidad con la misiva del 11 de febrero de 2018 (fl.47, 003Demanda), se verifica que dicho contrato finalizó por la siguiente circunstancia: *“En razón de la terminación del **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO** 1.7-10200-809-2012 perteneciente al **Proyecto Aseo**, hecho público y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del artículo 61 del CST literal D, le informo que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero de 2018 se dará por terminado en forma legal, el contrato de trabajo que por duración de la obra o por la naturaleza de la labor contratada que tenemos suscrito con usted”.*

Así las cosas, al tratarse de un contrato de obra o labor, en efecto, el citado precepto legal permite la terminación de la relación laboral cuando se trata de contratos de obra o labor, de ejecución de trabajo accidental, ocasional o transitorio, sin que sea necesaria la intervención previa de una autoridad judicial; pues como quedó visto, se trata de una causa legal de terminación, que fue debidamente determinada desde su contratación, al haberse demostrado por la empresa empleadora demandada, que la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial y, no por discriminación alguna frente a las condiciones propias de salud de la trabajadora ahora demandante.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido como se aspira con la demanda, por lo que se confirma el fallo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de agosto de 2022.

SEGUNDO No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2022 00267 01
DEMANDANTE: LUCERO SANCHEZ REYES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Colfondos y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad por ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Colfondos y, las efectuadas posteriormente con Porvenir, Protección y Skandia. En consecuencia, se ordené a las AFP demandadas a trasladar todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como gastos de administración, comisiones o de cualquier otro tipo, junto con los rendimientos que se hubieran generado, a Colpensiones y; a ésta

última a registrarla como afiliada, sin solución de continuidad. Así mismo, se condene a las demandadas en costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de enero de 1966. El 9 de abril de 1986, se afilió al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones. Aduce que el 1º de julio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Colfondos, como consecuencia de información falsa suministrada por el asesor comercial, quien le dijo que el ISS se iba a acabar y se limitó a diligenciar el formato preestablecido, sin entregarle información completa, comprensible, transparente, veraz, adecuada, cierta y suficiente respecto a las prestaciones económicas y beneficios, comparados en cada uno de los regímenes; asegurándole que sería más beneficioso trasladarse. Posteriormente se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir, luego a Skandia y finalmente a Protección; quienes tampoco le suministraron información sobre las verdaderas características del RAIS. Atendiendo una solicitud, Protección entregó un estudio actuarial en donde arroja como mesada pensional la suma de \$1.305.257 en el RAIS y de \$4.988.486,64 en el Régimen de Prima Media (fls.6 a 17, archivo 01).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y su afiliación al régimen de prima media. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son situaciones fácticas. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se encuentra válidamente

afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y, no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (fls.32 a 70, archivo 09).

La **AFP Colfondos** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos dijo no constarle o no ser ciertos. 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea de la demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, la actora no es beneficiaria del régimen de transición (fls.2 a 21, archivo 14).

La **AFP Porvenir** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y, las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación y la vinculación a varias administradoras de fondos de pensiones privadas, sin que ejerciera su derecho de retracto; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (archivo 07, fls.1 a 28).

La **AFP Protección** negó las pretensiones. Aceptó la data de natalicio de la accionante y la proyección de la mesada pensional

realizada; indicó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. Propuso 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 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, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y, la innominada o genérica. En su defensa expuso que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento, siendo su traslado válido, sin que existan vicios en el consentimiento; además nunca ejerció la facultad de regresar al RPM y por el contrario, se vinculó a otras administradoras de fondos de pensiones privadas (archivo 11 fls.3 a 21).

Skandia S.A., al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo ser cierta la fecha de nacimiento de la actora y, no ser ciertos o no constarle los demás. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos y, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; que la demandante también tenía el deber de informarse sobre el traslado de régimen y sus consecuencias; que durante su vinculación como afiliada de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 12 fls.3 a 23).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** en virtud de los contratos de seguro previsional

vigentes entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 (fls.95 a 105, archivo 12); quien al contestar la demanda inicial manifestó no oponerse ni allanarse a las aspiraciones de la demanda inicial. Indicó que los hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: *“Las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles”* y, las demás declarables oficiosamente.

Al dar respuesta al llamamiento en garantía, se opuso al mismo. Admitió la presentación de la demanda ordinaria, la suscripción del contrato de seguro previsional, su vigencia para los años 2014 a 2016 y, los pagos correspondientes a las primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes. Propuso las excepciones que denominó: **i)** *«El llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones.»*, **ii)** *«Inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia»*, **iii)** *«Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados»*, **iv)** *«A Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna»*, **v)** *prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y*, **vi)** *las demás declarables oficiosamente*. Expuso en su defensa que la ineficacia del traslado de régimen no se encuentra amparada por los seguros contratados (archivo 16 fls.2 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 30 de agosto de 2023 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora Lucero Sánchez Reyes hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por

la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 2 de junio de 1994, y los traslados horizontales que hizo a Skandia, Porvenir y Protección, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la señora Lucero Sánchez Reyes, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reactivar la afiliación de la señora Lucero Sánchez Reyes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir los valores provenientes de las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al pago de las costas del presente proceso, dentro de las que deberá incluirse una suma equivalente a 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas.

SEXTO: ABSOLVER al llamado en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., de las pretensiones formuladas en el llamamiento en garantía por parte de Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. al pago de las costas del presente proceso, dentro de las que deberá incluirse una suma equivalente a 2 SMLMV, por concepto de agencias en derecho, al no prosperar sus pretensiones frente al llamamiento en garantía.

OCTAVO: Si no fuere apelada la presente decisión, **CONSÚLTESE** con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que las demandadas, inicialmente Colfondos y luego las demás, no cumplieron con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría, dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen; carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante, como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia; sin que con el formulario de afiliación y con la manifestación de suscribirlo de manera libre y voluntaria, pueda tenerse como prueba del

consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al régimen de ahorro individual.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colfondos, Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Colfondos S.A. reprocha lo relativo a devolver los aportes de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que se trata de descuentos realizados como consecuencia de una disposición legal válida, a su vez se administraron los recursos de la cuenta individual del demandante, generando rendimientos que, de haber permanecido en el régimen de prima media, no se hubieran generado. Considera injusto que se ordene la devolución de los seguros previsionales, por cuanto se trata de un concepto que se está pagando de buena fe, bajo un acto jurídico válido y que está protegiendo a los afiliados; aunado a que no reintegrar estas sumas, no afecta el número de semanas cotizadas de la afiliada.

Skandia solicita se revoque la condena impuesta tendiente a devolver los gastos de administración, seguros previsionales y demás, teniendo en cuenta que son conceptos que no están destinados a financiar la pensión de los afiliados; además, el gran porcentaje de los recursos que obran en la cuenta individual de la actora, es por concepto de rendimientos que no se hubieran generado de haber permanecido en Colpensiones, generando un enriquecimiento sin causa en cabeza de ésta última. De otra parte, debe tenerse en cuenta que el llamamiento en garantía radica en una norma legal, en virtud de una condena que se imponga dentro de un proceso, por los seguros colectivos pagados a la aseguradora, por lo que la AFP no cuenta con estos recursos que ya fueron pagados.

Colpensiones arguye que la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual ocurrió de forma espontánea y libre, tanto así que estuvo en cuatro fondos privados totalmente distintos. Esta entidad ha sido un tercero de buena fe, que nada tiene que ver una responsabilidad

en las determinaciones de terceros. Aduce que la demandante se encuentra en la prohibición legal de trasladarse en razón de la edad, preceptuada en el 797 en el año 2013.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones, desde el 9 de abril de 1986 al 30 de junio de 1994 (expediente administrativo, fls.9 a 10); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 2 de junio de 1994 (archivo 14, fls.22 y 24); se trasladó de manera horizontal a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., a partir del 13 de agosto de 2010 (archivo 07 fls.71 y 75); posteriormente, cambio a la AFP Skandia mediante vinculación del 28 de octubre de 2014 (archivo 12, fls.24 y 29) y; finalmente, se trasladó a la AFP Protección el 26 de julio de 2016 (archivo 11, fls.22 y 24); administradora en la que se encuentra en la actualidad.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó al RAIS a través de Colfondos en el año 1994, cuando trabajaba en caracol Radio y el jefe de personal hizo una reunión grupal y les informó que debían pasarse a ese fondo porque era una empresa del

Grupo santo Domingo, en la cual iban a tener una seguridad de sus aportes por ser un grupo grande económicamente; no le dieron información adicional de cómo funcionaba el fondo privado de pensiones. Luego llegó un asesor a su oficina y le dijo que para la época en que ella se fuera a pensionar, el seguro social no iba a estar y no iba a tener una garantía o quien fuera a pagarle, porque como habían empezado los fondos privados, todas las personas afiliadas estaban en los fondos y cada quien tenía su plata disponible en esos fondos; le dijo que se iba a pensionar a cualquier edad y que sería mejor que si estuviera con el Seguro Social; que sus aportes existentes en el seguro, los recogerían y pasarían a Colfondos; que sus aportes que eran hereditarios. No le indicó sobre la existencia de rendimientos. Aduce que firmó el formulario de afiliación de manera voluntaria, pero lo hizo a raíz de la información que fue engañosa por parte del asesor, en la cual le indicaron una serie de beneficios que iba a tener al trasladarse, pero no lo que iba a tener en contra en el futuro.

A Horizonte se trasladó en el 2010, porque la visitó un asesor y le informó que tenían un ranking mejor que los demás fondos, fue la única información que le dio; trabajaba en la Rama Judicial y la dirección ejecutiva tenía la gran mayoría de empleados con este fondo y por eso le dio mayor seguridad trasladarse. A Protección en el 2016 se trasladó porque la visitó una asesora, que le mostró una tabla en la que decía que estaba en los mejores lugares en el manejo de pensiones; la motivó a trasladarse la estabilidad que tenían y el respaldo económico, además que ya no podía retornar a Colpensiones por la edad. Quiere retornar al régimen de prima media porque se enteró que su pensión sería muy inferior en el RAIS y se siente engañada en la información recibida desde el primer momento de parte de Colfondos, quien le dijo que podría recibir en cualquier momento la pensión; en una oportunidad, la asesora de Protección la visitó y al preguntarse sobre cuál sería el monto de su pensión, le dijo que hacían una proyección de vida de 110 años y que no le alcanzaría un mínimo. A Skandia se afilió igualmente, porque cuando la visitó un asesor le mostró las tablas que estaban en ese momento dentro de los primeros lugares del ranking con relación a los demás fondos privados.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte, pero se adicionará en el sentido de indicar que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Igualmente, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el

detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Sin costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de agosto de 2023, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar y; los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. 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. Asimismo, **CONDENAR** a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras estuvo vinculada a cada uno de estos fondos. 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.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 003 2017 00694 01.
DEMANDANTE: ROSALBA MAGDALENA BERROCAL PÉREZ
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, a partir del 11 de abril de 2006, fecha de fallecimiento de su compañero permanente Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.); las mesadas pensionales causadas, reajustes, intereses e indexación; la indemnización moratoria y, las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió e hizo vida marital continua y permanente por más de 34 años y, hasta la fecha de su fallecimiento, ocurrida el 11 de abril de 2006, con el señor Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.); unión de la cual procrearon 2 hijos: Adalberto Joaquín y Ayda Ramona de la Ossa Berrocal, nacidos el 24 de diciembre de 1972 y el 1° de abril de 1975, respectivamente. Que mediante Resolución N°28.962 de 30 de noviembre de 2000, la Caja Nacional de

Previsión Social E.I.C.E., Cajanal E.I.C.E.- en liquidación, le reconoció pensión de jubilación al señor de la Ossa Díaz (q.e.p.d.). Aduce que, en su calidad de compañera permanente, solicitó el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión, la cual le fue negada por Resolución N° PAP 009187 de 17 de agosto de 2010, confirmada por Resolución N° PAP 024264 de 29 de octubre de 2010 (fls.3 a 14 y 36 a 48).

Al contestar, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte de Cajanal, la data de deceso del causante y, los actos administrativos que negaron la prestación de sustitución pensional a la demandante. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de falta de integración de Litis consorcio necesario por activa, inexistencia de la obligación y, prescripción. En su defensa señaló que en el presente caso, estamos frente a dos compañeras permanentes que alegan tener igual o mejor derecho para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del señor Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.), no siendo la UGPP la entidad competente para determinar a quién le asiste el derecho a dicha sustitución pensional y el porcentaje del mismo (fls.56 a 61).

Por auto dictado en audiencia del 25 de abril de 2022, el juzgado de conocimiento negó la integración del Litis consorcio necesario con la señora Adelaida de la Rosa Matías, por cuanto la convocada falleció desde el 12 de octubre de 2010 y fue la misma entidad quien lo informó y allegó el registro civil de defunción (archivo 03¹).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de mayo de 2022, absolvió a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de todas las pretensiones

¹ 03Audiencia11001310500320170069400

incoadas por la demandante, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, e impuso costas a la actora (archivo 06²).

Como sustento de su decisión señaló que, de las pruebas analizadas y obrantes en el expediente, la demandante no logró establecer que efectivamente haya convivido en el tiempo mínimo requerido por la norma para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente solicitada, esto es, no acreditó que hacía vida marital en los 5 años anteriores al deceso del causante, requisito indispensable para las compañeras permanentes y, sin que sea viable acceder a la pensión, posterior a la muerte de Adelaida de la Rosa Matías, quién sí acreditó en oportunidad ante Cajanal, que era la compañera del causante.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Rosalba Magdalena Berrocal Pérez en calidad de compañera permanente supérstite, tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.).

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que mediante Resolución N.º 028962 de 30 de noviembre de 2000, la extinta Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal, reconoció al señor Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.), pensión de jubilación, en cuantía inicial de \$135.707,85 a partir del 2 de mayo de 1994 (expediente administrativo, archivo 28³).

² 06AudienciaFallo

³ 28-Acto administrativo con Notificación-Causante.

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En el presente caso, Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.) falleció el 11 de abril de 2006, según consta en registro civil de defunción (fl.15); por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca. A su vez, el literal a) del artículo 47 ibídem, indica que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. En caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.**

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si la demandante en calidad de compañera permanente supérstite, acredita los requisitos para sustituir la pensión.

En este orden de ideas, si bien la ley concede dicho beneficio a la compañera permanente, para determinar si tiene derecho, es necesario

establecer, en primer lugar, la convivencia efectiva con el causante al momento de su fallecimiento, además de la vida marital, ello por lo menos durante cinco años continuos, con anterioridad al deceso. Bajo este entendimiento, ha de tomarse en consideración la real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, pues en el derecho a la sustitución pensional, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito.

Para el efecto, la demandante allegó⁴: (i) copia del registro civil de defunción de Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.) (fl.15); copia de su registro civil de nacimiento (fl. 17); registros civiles de nacimiento de los hijos procreados por la pareja: Adalberto Joaquín y Aida Ramona, nacidos el 24 de diciembre de 1972 y el 1º de abril de 1975, respectivamente (fls.19 y 21).

Ahora bien, a solicitud de parte se decretaron los testimonios de Elías Ramiro Otero Oyola y Faneth Mildred Vergara Vergara, no obstante, los mismos no fueron escuchados ante la no comparecencia a ninguna de las audiencias, ni de ellos, ni de la demandante o su apoderado, por lo que dispuso la preclusión de la prueba.

Por la parte demandada se aportó el expediente administrativo que resuelve la pensión del causante, en donde se observa que la señora Adelaida Rosa de la Rosa Matías (q.e.p.d.), se presentó a reclamar la sustitución de la pensión del causante, el 4 de julio de 2006, en calidad de compañera permanente⁵; en este sentido allegó: **(i)** declaración extra proceso de fecha 4 de julio de 2006, rendida por Cristóbal Enrique Pallares Álvarez y Nelly del Rosario Andosilla Erazo, ante la Notaría Segunda del Círculo de Montería, en la que dan fe de que Guido Joaquín de la Ossa Díaz convivió en unión libre y permanente con la señora Adelaida Rosa de la Rosa Matías, por más de 30 años, y que de esta unión nacieron 5 hijos, para la fecha todos mayores de edad⁶; **(ii)** aviso de prensa del diario La República del 1º de septiembre de 2006, en el que Cajanal publicó acerca

⁴ Expediente digital/Carpeta: 03SubsanacionDemanda20210514//Archivo: DEMANDA DEF (1)

⁵ 54-Formato o comunicacionde Solicitud de prestación económica-Conyuge

⁶ 57-Decraracion extrajuicio de terceros-Otro

del fallecimiento del señor Guido Joaquín de la Ossa Díaz (q.e.p.d.), y como compañera se presentó Adelaida Rosa de la Rosa Matías⁷; **(iii)** Resolución 62079 del 14 de diciembre de 2006 en cuantía del 100% por valor de \$538.953.96, a partir del 12 de abril de 2006⁸. Finalmente, se tiene que la señora De la Rosa Matías, falleció el 12 de octubre de 2010, como se demuestra con el registro civil de defunción obrante a folio 23 del expediente digital.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, bajo el criterio de la sana crítica, no se puede colegir el cumplimiento de los requisitos reseñados en la normatividad que regula la materia, por quien pretende la pensión de sobrevivientes.

En efecto, aun cuando se puede establecer que la promotora de este juicio, procreó dos hijos con el causante en los años 1972 y 1975, lo cierto es que no demostró la convivencia efectiva, al menos dentro de los 5 años anteriores a su deceso, así como tampoco se aprecia que hubieses existido lazos familiares entre la pareja.

Es así como, ni siquiera asistió a las audiencias procesales a las que fue citada, ni realizó las gestiones pertinentes para la comparecencia de quienes llamó como testigos de su situación, careciendo el proceso de un total desinterés en la probanza de sus argumentos.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la accionante no cumplió con el deber que impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no aportó los medios probatorios que lleven a la certeza de que en calidad de compañera permanente, convivió con el pensionado, al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso.

En consecuencia, tal como concluyó la a quo, no tiene derecho a sustituir la pensión que en vida le fue reconocida a Guido Joaquín de la

⁷ 66-Publicación de aviso de prensa por fallecimiento del causante. - Sobrevivencia-Conyuge

⁸ 73-Acto administrativo con Notificación-Causante

Ossa Díaz (q.e.p.d.); por lo que se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2020 00189 01.
DEMANDANTE: FLOR MIREYA CALDERÓN PINZÓN
DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare al fondo accionado responsable del reconocimiento y pago de la sustitución pensional en su favor, en su condición de compañera supérstite de su compañero permanente fallecido Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d.); en consecuencia, se condene a la demandada, al pago de las mesadas causadas desde su fallecimiento hasta que se realice el respectivo pago; la indexación y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el señor Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d.) fue pensionado por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución No. 1828 de 12 de julio de 2011, sin la inclusión de beneficiarias en el sistema. Aduce la demandante que constituyó unión marital de hecho con el causante, la cual fue protocolizada el 16 de mayo de 2018 en la Notaría Única de

Cimitarra, mediante escritura pública No. 0288, en la que se manifestó que fue establecida desde el año 2012, que ninguno tenía vínculo matrimonial, ni existía sociedad conyugal sin liquidar, que conllevara la imposibilidad de existencia de la sociedad patrimonial de hecho; el causante la incluyó como beneficiaria en la Nueva EPS, en el año 2014.

Manifiesta que, el señor Aguirre Toro falleció el 24 de febrero de 2019; por lo que la actora solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional el 8 de abril de 2019 y, luego nuevamente en julio de 2019, adjuntando la documentación para acreditar su condición de compañera permanente supérstite; cumpliendo todos los requerimientos efectuados por el fondo accionado; no obstante, la prestación fue negada por Resolución No 2692 del 12 de noviembre de 2019, bajo el argumento de no demostrar la condición de compañera permanente durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante; decisión contra la que interpuso recurso de reposición, resuelto por Acto Administrativo 0272 del 3 de marzo de 2020, confirmando la decisión (archivo 08, fls.5 a 14).

Al contestar, el **Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de deceso del señor Aguirre Toro, su calidad de pensionado de la demandada, la no inclusión de beneficiarias en el sistema, la solicitud y trámite de reconocimiento de la sustitución pensional, y los actos administrativos que negaron la prestación. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. En su defensa señaló que las versiones presentadas en sede administrativa, no permiten acreditar en realidad que la actora sea beneficiaria de la sustitución pensional pretendida, de conformidad con los derechos legales contenidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la ley 747 de 2003 en sus artículos 12 y 13, que han definido quienes son beneficiarios de dicha pensión (archivo 29, fls.1 a 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de julio de 2022, absolvió Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de todas las pretensiones incoadas por la demandante; declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y; condenó en costas a la demandante (archivo 82).

Como sustento de su decisión, señaló que pese a estar acreditada la condición de compañera permanente supérstite, la reclamante no demostró haber convivido con el causante dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante, aduce que no debió dársele credibilidad al testimonio de la señora Luz Edilma Sánchez, toda vez que hay varias inconsistencias en su declaración. Además, de acuerdo a la foto donde se están celebrando los 42 años de la demandante, aunque no hubo alguien que certificara que efectivamente esa persona sí era el causante, se cae de todo peso, toda vez que hay suficiente material fotográfico anexo por ambas partes, así como fotocopias de las células donde se puede evidenciar que la persona que está ahí con la señora Flor Mireya es exactamente el mismo que aparece en la cédula del señor Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d.). Por lo tanto, solicita se tome toda la documentación donde se demostró cada una de las falencias que presentaba la señora Luz Edilma Sánchez en su testimonio y, se reconozca la sustitución pensional.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Flor Mireya Calderón Pinzón en calidad de compañera permanente supérstite, tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d.).

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que mediante Resolución N.º 1828 de 12 de julio de 2011, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles

Nacionales de Colombia reconoció pensión proporcional de jubilación – pensión sanción, al causante Aguirre Toro (q.e.p.d.), a partir del 1º de marzo de 2008, en cuantía correspondiente al salario mínimo legal vigente (archivo 29, fls.172 a 181).

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adocinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En el presente caso, Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d) falleció el 24 de febrero de 2019, según consta en registro civil de defunción (fl.47, archivo 47); por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca. A su vez, el literal a) del artículo 47 ibídem, indica que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. En caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberán acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.**

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si la demandante en calidad de compañera permanente supérstite, acredita los requisitos para sustituir la pensión.

En este orden de ideas, si bien la ley concede dicho beneficio tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, para determinar quién tiene derecho, es necesario establecer, en primer lugar, la convivencia efectiva con el causante al momento de su fallecimiento, además de la vida marital, ello por lo menos durante cinco años continuos, con anterioridad al deceso. Bajo este entendimiento, ha de tomarse en consideración la real convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, pues en el derecho a la sustitución pensional, la ley concede especial relevancia a la convivencia responsable y efectiva al momento del óbito.

Para el efecto, la demandante allegó¹: (i) copia del registro civil de nacimiento de ella y de Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d.), con nota marginal donde se encuentra registrada la unión marital de hecho (fls.19 y 21); (ii) copia auténtica de la escritura No. 0080 de 26 de febrero de 1995, de la liquidación de la sociedad conyugal del de cujus con la señora María Nelly Díaz de Aguirre (fl.22 a 35); (iii) escritura No. 0288 del 16 de mayo de 2018, donde se declara la unión marital de hecho entre el causante y la demandante, desde el 30 de noviembre de 2012 (fls.43 a 45); (iv) certificado de la Nueva EPS (34Anexo2); (v) contrato de inhumación y arrendamiento de una tumba o bóveda para depositar el cuerpo del occiso (35Anexo3) y; (vi) fotos de quienes parecen ser la demandante y el causante (36Anexo4).

Al absolver interrogatorio de parte, la promotora del juicio manifestó que conoció al de cujus el 15 de enero del 2012, y empezaron vida marital el 30 de noviembre de 2012 hasta el 24 de febrero de 2019, cuando falleció; no tuvieron hijos; vivían en Cimitarra, en la calle 5ª No. 7-45, Barrio Centro. Respecto a las escrituras públicas que suscribió en el año 2015, en donde indica que para ese momento residía en el municipio de La Dorada Caldas, ello obedeció a que estaba acompañando a su madre para la compra de una casa en Guaduas y la secretaria del Notario le dijo que

¹ Expediente digital/Carpeta: 01ESCRITODEDEMANDAYANEXOS

pusiera esa dirección, que no había problema. Que se demoraron 6 años en suscribir la escritura de declaración de la unión marital, porque vieron que tenían un hogar consolidado y ya era tiempo de hacer un documento y; que esos documentos se firmaron en el apartamento a domicilio, porque 20 días antes le habían hecho una cirugía al señor y no podía caminar bien.

Igualmente, se recibieron los testimonios de **Segundo Siervo Cifuentes, Cesar Augusto Aguirre Díaz y Luz Edilma Sánchez**. El primero, dijo que el causante era el esposo de la demandante; que lo conoció aproximadamente en el año 2014, porque le arrendaba un local a la cuñada de su esposa; posteriormente, para el año 2016, le arrendó un local a él directamente y allí se empezó a relacionar con ellos, después de eso fue varias veces a su apartamento; sabe que convivieron hasta la fecha de fallecimiento del señor. Cuando los conoció él le presentó a la demandante como su esposa y siempre los veía juntos, como pareja.

Cesar Augusto Aguirre Díaz, indicó ser el hijo menor del causante. Que nunca tuvo conocimiento que la demandante fuera pareja sentimental de su padre; la conoció porque su padre le dijo que ella comenzó a llegar a la casa porque sufrió un accidente en un brazo o clavícula, y él la dejaba quedar ahí porque vivía en una finca y, que esporádicamente lo acompañaba al médico, porque ella también tenía que ir. Que ella iba a la casa por lapsos, pero la conoció aproximadamente 13 o 14 meses antes del fallecimiento de su padre. Que supo de la existencia de la escritura de unión marital de hecho, después del funeral, cuando la señora la presentó y quiso abrir el juicio de sucesión 2 días después del deceso. Manifiesta que Luz Edilma Sánchez Zapata fue esposa de su padre, con ella convivió aproximadamente 12 a 15 años, más o menos hasta el año 2015; ella es profesora, por lo que lo tenía como beneficiario del seguro de ella.

Luz Edilma Sánchez afirmó haber sido pareja sentimental del señor Julio Cesar Aguirre Toro, desde noviembre de 1995 y se terminó en agosto del 2015; fue una convivencia pública, de relación mutua, fue una convivencia; todos sus compañeros en el colegio lo identificaban a él como su compañero, como su pareja; fue una relación de 20 años, más o menos;

convivimos en la casa que él tenía anterior, porque él era separado, divorciado, vivían en la carrera 5ª No. 7-45, ahí vivieron todo el tiempo; en vacaciones siempre se desplazaban para la finca, vacaciones de junio y diciembre, iban para arreglar la finca, limpiar potreros, todo lo relacionado con el ganado; también salían a vacaciones o en los tours que hacían del colegio. Lo tuvo afiliado a los seguros donde ella estuvo; para la afiliación debía llevar la constancia de convivencia, que la firmaban en la Notaría. No procrearon hijos; él ya tenía sus hijos del matrimonio anterior, ella también tenía unos hijos de otra relación, pero se criaron con el de cujus, y cuando terminaron colegio, se fueron a vivir a la casa de los hijos del causante, en Bogotá. La relación se terminó a raíz de la enfermedad que padeció el causante, le dio cáncer de estómago y, las cosas se pusieron difíciles, ella lo cuidó y acompañó hasta el año 2015, cuando prefirió separarse porque también se estaba enfermando, pero nunca dejó de estar pendiente de él.

Conoció a la señora Flor Mireya Calderón cuando Julio César estuvo muy enfermo, que utilizó el caminador; la veía con él, pero no como pareja, era más bien como que ella lo estaba ayudando, como la enfermera; eso fue en el año 2018. Pero ella no vivía con él, porque a él le tocaba conseguir una empleada, que era la señora Elvia Villarreal, que era la que hacía aseo y organizaba la casa.

Ahora bien, por parte de la demandada se aportó: (i) Copia de la declaración extra proceso No. 205 del 09 de abril de 2019 realizada por la señora Luz Edilma Sánchez Zapata, que indica que la convivencia con el señor Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d) fue hasta el mes de agosto de 2015; (ii) copias de las actuaciones dentro del proceso penal por el delito de obtención de documento público falso, fraude procesal y estafa en grado de tentativa contra la demandante y, del proceso de nulidad absoluta de escritura pública por la presunta obtención de la Escritura Pública No. 0288 del 16 de mayo de 2018, en la que se declara la unión marital de hecho ahora alegada².

² 29ContestacionDemandaAnexos

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, bajo el criterio de la sana crítica, no se puede colegir el cumplimiento de los requisitos reseñados en la normatividad que regula la materia, por quien pretende la pensión de sobrevivientes.

En efecto, aun cuando se puede establecer que Flor Mireya Calderón Pinzón pudo haber convivido con el causante por un tiempo, lo cierto es que no logró demostrar dicho requisito dentro de los 5 años anteriores a su deceso, así como tampoco se aprecia que existieran lazos familiares entre la pareja.

Es así como, la única prueba testimonial que trae al proceso, se trata de un arrendatario de un local, quien, pese a que afirma haber conocido a la pareja desde el año 2014, solo tuvo relación cercana a ellos desde el año 2016, esto es, menos de 3 años antes del fallecimiento y, en realidad, no da puntual conocimiento de la relación; careciendo de suficiente fuerza probatoria para demostrar la tesis de la demandante. En tanto que, el dicho de los otros dos testigos contradice esta versión.

Nótese que de las declaraciones del hijo del de cujus y de la ex compañera permanente, se desprende que la demandante en realidad iba a casa del causante de manera ocasional; que, si bien si vivía en ocasiones allí y lo acompañaba al médico, ello no era de manera permanente y, ni siquiera era de conocimiento, de la propia familia del señor Aguirre Toro, que tuviera algún tipo de relación de pareja con la señora Calderón Pinzón, menos aun, por al menos 5 años anteriores al acaecimiento.

Tampoco puede tenerse como efectiva tal convivencia, con la foto del cumpleaños número 42 de la demandante, ni de ningún otro documento del registro fotográfico, pues, aunque aparentemente allí aparecen el causante y la demandante departiendo algunos momentos, nada se deriva con certeza respecto de una real y efectiva convivencia permanente, y con el ánimo de hacer vínculo de pareja, bajo el mismo lecho, techo y mesa.

Y respecto de la escritura pública en la que se declara la unión marital de hecho, importante resulta precisar que se trata de una prueba

documental, que, como tal, admite prueba en contrario. A este punto, del conjunto del material probatorio allegado, se logra desprender que, aun cuando en el referido documento se indica que la pareja inició su unión desde el 30 de noviembre de 2012, también obra otra declaración extra proceso que la contradice, en donde se indica que el causante convivía con la señora Luz Edilma Sánchez hasta agosto del año 2015, relación que sí reconoce la familia del occiso; aunado a lo anterior, del certificado de la EPS allegado por la propia demandante en donde aparece como beneficiaria del señor Aguirre Toro, se indica que su afiliación solo ocurrió el 1º de junio de 2017.

De esta manera, no logra la demandante acreditar que la convivencia con el causante haya ocurrido al menos antes de agosto de 2015, que fue cuando culminó la convivencia con su anterior pareja; sin que pueda tampoco hablarse de una convivencia simultánea, pues la misma accionante fue enfática en decir que no existió tal y, que cuando lo conoció, estaba soltero.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la accionante Flor Mireya Calderón Pinzón no cumplió el deber que impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no aportó los medios probatorios que lleven a la certeza de que en calidad de compañera permanente, convivió con el pensionado, al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso.

En consecuencia, tal como concluyó el a quo, no tiene derecho a sustituir la pensión que en vida le fue reconocida a Julio Cesar Aguirre Toro (q.e.p.d.); por lo que se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

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

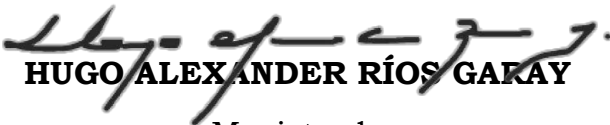
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada