

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

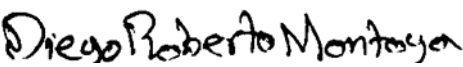
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLARA INES BERMUDEZ SALADEN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 06 2018 00783 01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. (fl. 96 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante y de Colpensiones (fls. 85 a 87, 95 y 96), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 29 de octubre del 2020 (Cd. fl. 80, record: 20:33 acta a folio 79), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante vencida en el proceso se fija la suma de 800 000 por concepto de agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, señalando que dentro del proceso si se encuentra probada la doble cotización que realizo la señora Clara Inés Bermúdez, la cual se ve reflejada en el reporte de semanas cotizadas de pensiones expedido por la entidad aquí demandada, señalando que en la columna donde dice IBC reportado o cotización pagada, se evidencia que a partir del año 2009 hay dos pagos para el mismo mes, por ejemplo en mayo se encuentra la cotización de \$752.800 y la de \$492.300, esto es, una doble cotización pagada para los periodos desde el 2009 hasta el año 2014, por cada uno de los salarios reportados, razón por la cual considera esas dobles cotizaciones si debían ser tenidas en cuenta para la liquidación del IBL, refiriendo si la juez de instancia consideraba que no se encontraba el hecho probado debió solicitar a Colpensiones que certificara si en efecto se realizó un doble aporte por concepto de pensiones, en el evento de que los reportes de semanas que obran dentro del expediente no fueron lo suficientemente claros para el despacho, no obstante ello no se realizó. (Cd. fl. 80 record: 20:57)¹

¹ “Gracias su señoría, su señoría con todo el respeto me permito interponer el recurso de apelación el cual se ha sustentado en esta misma diligencia.

Interpongo el recurso de apelación en el sentido en de reiterar que este extremo procesal considera que si fue probado la doble cotización que realizo mi representada la señora Clara Inés Bermúdez esto se evidencia en el reverso del folio 41 obrante en el expediente judicial en donde se encuadra dentro del reporte de semanas cotizadas de pensiones, reporte expedido o certificación expedida por la entidad aquí demandada, toda vez que se encuentra también visible en este folio las columnas donde exactamente dice IBC reportado-cotización pagada, en esta cotización pagada se evidencia que a partir del año 2009, se evidencia esta cotización pagada para el mismo mes, de tal manera, entonces para el mes de mayo por ejemplo aparece una cotización pagada de 752 800 como primer lugar , luego en la casilla más abajo aparece la cotización pagada para el mismo mes de mayo por el concepto de 492 300, reitero durante el mismo mes de mayo del año 2009, por lo que en efecto se considera que si existe la evidencia o el material probatorio en donde se manifiesta que si hay una doble cotización pagada para los periodos desde el 2009 hasta el año 2014, además pues como se indicó esto también es una costumbre de la embajada británica que realizar el pago a partir del año número 50 de la empleada este doble pago y en cuanto a la legitimidad del doble pago pues esta visto porque además también esta este certificado nos contempla dicho pago reportado, como también nos está contemplando la cotización pagada, luego entonces si se encuentra probada esta cotización doble por concepto de cada salario.

En segundo lugar pues su señoría la carga dinámica de la prueba en cuanto a estos eventos está dado por el artículo 164 y 167 del CGP en donde pues se dice que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”* esto es el artículo 164 del CGP. Y respecto del artículo 167 del CGP nos dice que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos”*. Sin embargo pues con el debido respeto si la juez de esta instancia consideraba que no se encontraba el hecho probado aún más atendiendo a un derecho

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora CLARA INES BERMUDEZ SALADEN las pretensiones consignadas a folio 3, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 4 a 8, pretendiendo de manera principal se disponga la revisión, reajuste y/o reliquidación de la pensión de vejez reconocida a partir del 1° de mayo del 2014, teniendo en cuenta para la liquidación del IBL la totalidad de los aportes efectuados a la entidad, para una mesada pensional de \$6.494.644 y en consecuencia se condene al pago del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales pagadas con el correspondiente ajuste monetario o indexación, junto con los intereses moratorios y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió de las pretensiones incoadas, tras considerar que el empleador de la parte actora debía acreditar el salario devengado por esta año por año, señalando no existir correlación entre el salario devengado y el aporte efectuado, asegurando no**

fundamental que es la pensión debió solicitar como lo indica la norma a la parte que se encuentra en la posición más favorable es decir Colpensiones que certificara si en efecto se evidencio o se realizó un doble aporte por concepto de pensiones , si en el evento repito de que las certificaciones en comento reverso folio 41 que ya obra dentro del expediente no era lo suficientemente clara para el despacho y que con base a ella no se podía tomar una decisión, debió solicitar una prueba de oficio en donde Colpensiones certifique si se realizó o no se realizó esta doble cotización como aporte a la pensión pues teniendo en cuenta repito que es un derecho fundamental que tiene mi procurada que es su pensión y que el mismo sea Reliquidado de conformidad con lo que ella cotizo que es este doble aporte. Continuo con el artículo 167 carga de la prueba que dice *“La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”*. Luego entonces concluyo que si hacía falta material probatorio para tomar esta decisión la parte que tenía esta carga de la prueba por su cercanía es directamente Colpensiones pese a que esta apoderada judicial o el apoderado judicial principal dentro del libelo demandatorio aporto el certificado de reporte de cotización en donde se evidencia que si hubo lugar a esta doble cotización, doble cotización que debe ser tenida en cuenta dentro de este ingreso base liquidación.

En cuanto el ingreso base doble de liquidación que debe ser tenido en cuenta encontramos jurisprudencia como el radicado 35865 a 09 de julio del 2010 poniente Gusta José Mendoza que hace también referencia del ingreso base de cotización más favorable, es decir aquel que se debe tener en cuenta con base a una doble cotización, también tenemos el radicado 27246 del 22 de enero del 2003 ponente Luis Gabriel Miranda en donde se hace un estudio sobre la aplicación de los requisitos del artículo 21 de la ley 100 del año 1993, como también encontramos lo que es la normatividad que he citado dentro de estos alegatos de conclusión y que también se ha mencionado en el proceso como por ejemplo el artículos 21, 31 y 36 de la ley 100 de 1993, el artículo 58, 53 y 203 de la constitución política que pues son base de la reclamación para sea tenido en cuenta esta doble cotización que como insisto ya fue demostrada en el plenario, pues que se realizó con base a las certificaciones que expidió la entidad correspondiente para lo mismo , así las cosas su señoría dejo sentado mi recurso de apelación para ante el Tribunal Superior y que con base a estos argumentos los honorables magistrados tomen la decisión correspondiente que sea acceder a las suplicas de la demanda teniendo en cuenta los hechos y las pretensiones se encuentran debidamente probadas. Gracias.”

acreditarse que el doble pago tuvo su causa en un salario doble devengado con su ex empleador.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia, la calidad de pensionada de la actora, conforme se acreditó con la copia de la resolución GNR 153742 del 6 de mayo del 2014 (fls. 17 a 21), con la cual se reconoció el derecho pensional a partir de 1° de mayo del 2014, a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta un total de 1363 semanas de cotización, y un monto de IBL de \$4.770.989, al que se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 90%, resultado como primera mesada pensional la suma de \$4.293.890.

Así las cosas, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la apoderada que representa los intereses de la parte accionante, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (*artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.*), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En ese orden, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su prestación pensional, teniendo en cuenta el valor total de los IBC reportados ante COLPENSIONES.

Conforme a lo anterior, procede la Sala a verificar el reporte de semanas cotizadas por la actora, allegado por COLPENSIONES en medio magnético (fl. 58) e impreso para mayor claridad a folios 80 a 92, el cual se encuentra actualizado al 6 de marzo del 2018 y de donde se puede extraer del DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS A PARTIR DE 1995, concretamente a folios 91 vto a 92 vto, la señora CLARA INES BERMUDEZ SALADEN en efecto tiene cotizaciones con CICLOS DOBLES desde mayo del año 2009 a febrero del 2014, precisándose dichas cotizaciones fueron efectuadas por la EMBAJADA DE LA GRAN BRETAÑA, indicándose por la propia accionada en cada uno de los meses del periodo atrás señalado dos (2) IBC reportados por dicho patronal y en consecuencia registrando el pago de dos (2) cotizaciones –una por cada IBC reportado-, por ejemplo:

Periodo	IBC reportado	Cotización pagada
2009-05	\$ 4.705.000	\$ 752.800
	\$ 3.077.000	\$ 492.300
2010-01	\$ 4.799.000	\$ 767.777
	\$ 3.139.000	\$ 502.200
2011-02	\$ 3.356.000	\$ 536.990
	\$ 4.799.000	\$ 767.777

Nótese, que la propia accionada registra en las casillas 38 y 39 de la citada Historia Laboral, la fecha de pago y la referencia de pago de tales cotizaciones, por ende se encuentran recibidas a satisfacción por la pasiva y sin asomo de duda es claro que la ex empleadora de la demandante, efectuó dos cotizaciones para el mismo mes a partir de mayo del 2009, situación que contrario a lo expresado en primera instancia no puede ser desconocida, pues las semanas correspondientes a los ciclos simultáneamente cotizados, deben adicionarse al ingreso base de liquidación de la pensión en aras de incrementar el valor de la pensión, como se solicita en la demanda.

Sobre este punto la Máxima Corporación en sentencia SL 4237 del 30 de septiembre del 2019, señaló:

“Entonces, la intelección otorgada por el fallador de segundo grado a la norma, o por mejor decir, su aplicación al caso concreto, no es la que se le ha dado por esta corporación a la preceptiva que regula lo concerniente a los períodos dobles de cotización; al respecto, en la sentencia CSJ SL 8717-2014, se expresó:

Aclarado lo anterior se encuentra que no aparece ninguna equivocación en el conteo de las semanas cotizadas por el actor en el período comprendido entre el 2 de diciembre de 1968 y el 30 de junio de 1994, por cuanto que en las relaciones de semanas visibles a folios 30 y 56 se descuentan 17 días por licencia y, también, 116 días de semanas simultáneas, lo que no es equivocado conforme a los artículo 81 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año y 18, parágrafo 1, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003.

Por su parte, en la sentencia CSJ SL7885-2015, se dijo:

*En este contexto, importante es recordar que de conformidad con los arts. 18 de la L.100/93, 20 del D. 692/94 y posteriormente con el art. 30 del D. 1406/99, no es posible sumar semanas de cotización que se hubiesen hecho de manera simultánea en la doble calidad de afiliado dependiente e independiente, **toda vez que dichas disposiciones consagran, la sumatoria de salarios para efectos de incrementar el monto de la pensión, no para acumular semanas.***

*Se hace énfasis en lo anterior en razón a que el demandante, como se vio en precedencia, durante los ciclos correspondientes a los meses de marzo a noviembre de 1996 (fl. 234), enero a diciembre de 1997; enero a diciembre de 1998; enero a diciembre de 1999; y febrero a mayo de 2000 (fls. 234 a 236), cotizó como trabajador independiente, razón por la que no es posible sumarlas a las que ya se calcularon teniendo en cuenta su condición de servidor del I.S.S., pues, se itera, **lo que se puede sumar son los ingresos bases de cotización para efectos de incrementar el monto de la pensión, no para completar el número de semanas exigidas.** (Negrillas fuera de texto)*

Y en la SL 21409-2017 Radicación N° 64093 del 5 de diciembre del 2017 expresó: “(...) los posibles pagos dobles que se efectúen durante la relación de afiliación al sistema, solo pueden incrementar o mejorar el IBL, más no cargarse al tiempo de cotización (...)”.

En esa medida, al ser procedente la sumatoria del IBC de los ciclos dobles cotizados por quien fuere el empleador de la demandante, sin que se discuta la tasa de remplazo aplicable del **90%** en atención a que al tenor del mismo Acuerdo 049 de 1990 artículo 20² con el cual se reconoció el derecho pensional, para tal tasa de remplazo se requería contar con 1250 semanas de cotización, acreditando la actora tener 1414,14 semanas (fl. 88 vto), resulta procedente la reliquidación pretendida.

Así las cosas una vez efectuadas las operaciones aritméticas teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años cotizados el cual no fue objeto de reproche por la actora, aplicándole la tasa de remplazo del 90% teniendo en cuenta como ya se dijo el valor del IBC de los ciclos dobles, arroja una primera mesada de **\$6.125.247,77** para el año 2014³, fecha en la cual se le reconoció la prestación pensional a la actora (ver. fl. 20), la cual resulta ser superior a otorgada por COLPENSIONES de \$4.293.890 (fl. 20), siendo por ende la actora merecedora la mesada reliquidada.

En lo que respecta a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por Colpensiones⁴, se tiene que la pensión fue reconocida a mediante Resolución

² a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,
b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

³

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2004	270	76,029	113,98	1,499	\$ 3.371.000,00	\$ 5.053.788,58	\$ 45.484.097,24
2005	360	80,209	113,98	1,421	\$ 3.613.416,67	\$ 5.134.924,91	\$ 61.619.098,96
2006	360	84,103	113,98	1,355	\$ 3.793.750,00	\$ 5.141.573,21	\$ 61.698.878,49
2007	360	87,869	113,98	1,297	\$ 3.980.916,67	\$ 5.163.996,32	\$ 61.967.955,78
2008	360	92,872	113,98	1,227	\$ 4.320.666,67	\$ 5.302.772,64	\$ 63.633.271,72
2009	360	100,000	113,98	1,140	\$ 6.672.583,33	\$ 7.605.580,10	\$ 91.266.961,20
2010	360	102,002	113,98	1,117	\$ 7.938.000,00	\$ 8.870.366,48	\$ 106.444.397,74
2011	360	105,237	113,98	1,083	\$ 8.203.500,00	\$ 8.885.279,13	\$ 106.623.349,50
2012	360	109,157	113,98	1,044	\$ 8.601.666,67	\$ 8.981.890,67	\$ 107.782.687,98
2013	360	111,816	113,98	1,019	\$ 7.276.250,00	\$ 7.417.250,29	\$ 89.007.003,52
2014	90	113,983	113,98	1,000	\$ 7.057.333,33	\$ 7.057.333,33	\$ 21.172.000,00
Total días	3600					Total devengado actualizado a: 2014	\$ 816.699.702,13
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 6.805.830,85
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	90%
						Primera mesada	\$ 6.125.247,77

GNR 153742 del 6 de mayo del 2014 (fls. 17 a 21) notificada el **14 de mayo del 2014** (fl. 16), solicitando la actora su reliquidación solo hasta el **4 de abril del 2018** (fls. 23 y 24), la cual fue resuelta de manera negativa a través del acto administrativo SUB 101561 del 17 de abril del 2018 (fls. 25 a 29), frente al cual se interpuso recurso de apelación (fls. 30 a 32), desatado por medio de la Resolución DIR 12383 del 5 de julio del 2018 (fls. 33 vto a 38) notificado por aviso el 31 de julio del 2018 (fl.33), presentando la demanda el 23 de octubre del 2018 (fl. 1), y en ese orden dado que entre fecha en que se hizo exigible el derecho (14/05/2014) y la data en que se reclamó la reliquidación (4/04/2018) transcurrió un lapso superior a los 3 años, es clara la procedencia del fenómeno prescriptivo, encontrándose prescritas las diferencias de mesadas causadas del 1° de mayo del 2014 (fecha reconocimiento pensional) al 3 de abril del 2015 (3 años antes del reclamo 4/04/2018), por lo que se habrá de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción.

Así las cosas, se procede a concretar el valor del retroactivo por diferencias de mesadas pensionales, el cual se calculó del 4 de abril del 2015 al 30 de noviembre del 2020, obteniendo como valor adeudado en esta instancia la suma de **\$160.614.791,60**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

<i>Tabla Retroactivo Diferencia Pensional</i>							
<i>Fecha inicial</i>	<i>Fecha final</i>	<i>Incremento %</i>	<i>Valor mesada calculada</i>	<i>Mesada otorgada</i>	<i>Diferencia</i>	<i>Nº. Mesadas</i>	<i>Subtotal</i>
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 6.125.248,00	\$ 4.293.890,00			
						PRESCRITO	
04/04/15	31/12/15	3,66%	\$ 6.349.432,00	\$ 4.451.046,37	\$ 1.898.385,63	9,90	\$ 18.794.017,70
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 6.779.289,00	\$ 4.752.382,21	\$ 2.026.906,79	13,00	\$ 26.349.788,22
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 7.169.098,00	\$ 5.025.644,19	\$ 2.143.453,81	13,00	\$ 27.864.899,52
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 7.462.314,11	\$ 5.231.193,04	\$ 2.231.121,07	13,00	\$ 29.004.573,91
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 7.699.615,70	\$ 5.397.544,98	\$ 2.302.070,72	13,00	\$ 29.926.919,36
01/01/20	30/11/20	3,80%	\$ 7.992.201,09	\$ 5.602.651,69	\$ 2.389.549,41	12,00	\$ 28.674.592,89
Total retroactivo							\$ 160.614.791,60

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en la alzada, y en ese orden se procede a la revocatoria de la sentencia de primer grado para en su lugar CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES – a reliquidar la pensión de la actora, en los términos anteriormente expuestos.

⁴ En la contestación de la demanda (fol. 52) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 14 de febrero de 2020 (fol. 73)

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar:

PRIMERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, respecto de las diferencias de mesadas pensionales causadas con anterioridad al 4 de abril del 2015, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–**, a reliquidar la mesada pensional de la señora **CLARA INES BERMUDEZ SALADEN**, en cuantía de **\$6.125.248** para el año 2014, precisando el retroactivo de diferencias pensionales causado del 4 de abril de 2015 al 30 de noviembre del 2020 asciende a la suma de **\$160.614.791,60**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina de la mesada reliquidada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

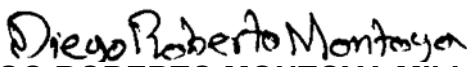
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LINO AUGUSTO
MANCHOLA QUINTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES- y PORVENIR S.A. (RAD. 12 2019 00393 01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 326 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES y PORVENIR (fls. 323 a 326 y 331 a 334), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por el demandante, PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de

Bogotá D.C., el 12 de noviembre del 2020 (CD folio 310, récord: 58:24, acta folios 311 y 312), en la que se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante LINO AUGUSTO MANCHOLA QUINTERO realizada el 26 de enero del año 1999, formulario folio 58 con la administradora de fondos y cesantías Porvenir.

SEGUNDO: ORDENAR A AFP PORVENIR a trasladar el valor de saldos, aportes individuales y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante LINO AUGUSTO MANCHOLA QUINTERO con destino a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR A COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante LINO AUGUSTO MANCHOLA QUINTERO y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral anterior sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás suplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: Sin condena en COSTAS en la instancia.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión sùrtase grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior del distrito superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación frente al tema de los gastos de administración solicitando tener en cuenta al tomar la decisión la sentencia SL 1421 del 2019 en la que precisamente se indicó que la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y gastos de administración en que hubiere incurrido los cuales serán asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del Código Civil. (Cd. Folio 310, record: 59:32)¹

¹ “Gracias su señoría con todo respeto me interpongo a presentar recurso de apelación frente al tema de los gastos de administración y ruego a los honorables magistrados tener en cuenta al tomar la decisión la sentencia SL 1421 del 2019 en la que precisamente se rectificó la sentencia de radicado 31989 reiterada por la alta corporación y en la que se estableció precisamente que “ La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil esta vez con los rendimientos que hubiere causado, como la nulidad fue conducta debida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado esto es las mesadas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez ya por pagos de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual ahora por los gastos de administración en que hubiere incurrido los cuales serán asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del código civil” Entonces su señoría con todo respeto en este punto me permito pues dejar este recurso de apelación y ruego a la sala del tribunal pues acceder a estos gastos, muchas gracias.”

El apoderado de PORVENIR refiere que el caso concreto del demandante no se ajusta a los mismos supuestos facticos de la línea jurisprudencial, precisando si bien es cierto no es necesario que la persona cuente con una expectativa legitima o que sea beneficiario de un régimen de transición para entrar a estudiar este tipo de procesos, asegura para el año 1999 cuando se efectuó el traslado a éste no se le generó una afectación o un perjuicio, razones por las cuales se debe considerar que es válido y que es ajustado respecto a ese deber de información al momento de esa primera etapa por parte de su representada, manifestando haber suministrado la información suficiente, allegando incluso los extractos de aportes al demandante. (Cd. Folio 310, record: 1:01:15)²

² “Su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho considerando que la declaración propiamente de la ineficacia en sentido estricto del traslado de régimen efectuado por el demandante, propiamente conllevando su motivación del fallador de primera instancia respecto a la línea jurisprudencial de la sala laboral de la corte suprema de justicia respecto al caso en concreto del demandante lo propio es que no ajusta a los mismos supuestos facticos si bien es claro que en sentencias se ha mencionado últimamente que no es necesario tener presente criterios que la persona cuente con una expectativa legitima o que sea beneficiaria de un régimen de transición para entrar a estudiar este tipo de procesos propio es que si se hizo mención dentro de la motivación del fallo los diferentes salvamento y aclaraciones de voto realizados por la misma sala que no es más que considerar que no es unánime la decisión o no es unánime la postura propiamente de la sala laboral respecto a este asunto y que conlleva propiamente una serie de aspectos a tener en cuenta que bien en segunda instancia se han tenido presente respecto a no generar un traslado automático de la carga probatoria de considerar efectivamente las situaciones fácticas al momento del traslado de régimen por caso del afiliado y si bien se hace mención dentro de la motivación del fallo para el presente caso no hay una aplicación propiamente considerable porque evidentemente el demandante al momento de realizar ese traslado de régimen con mi representada para 1999 no contaba con ninguna expectativa o era beneficiario propiamente del régimen de transición así fuese por edad para considerar que su traslado de régimen le genero una afectación o un perjuicio claramente determinable propiamente como se mencionó en la motivación del fallo en ese sentido propiamente se entra a considerar que es válido y que es ajustado respecto a ese deber de información al momento de esa primera etapa por parte de mi representada, el criterio propiamente de que se acredite esa afiliación o ese deber de información propiamente con el formulario de afiliación es frente a que no existían no se exigía un documento adicional donde se dejara plasmada toda la información que se le daba a los afiliados, lo anterior no quiere determinar que se haya actuado de la mala fe por la administradora de pensiones o que el no contener aspectos como se mencionó del derecho de retracto respecto al formulario de afiliación que no se haya informado del mismo al afiliado, véase que el mismo artículo 11 del decreto 692 de 1994 otorga la posibilidad de una clausula pre impresa no es propiamente una obligación que deba contenerse dentro del mismo formulario las mismas determinaciones respecto al derecho de retracto, respecto a ese consentimiento libre voluntario y sin presiones del afiliado al momento de trasladarse de régimen porque sobre entiende que sobre la misma naturaleza de todo acto jurídico prima la buena fe de las partes, prima también el consentimiento de una de las otras al momento de plasmar la firma y propiamente estar con capacidad para celebrar actos jurídicos, en ese sentido propio es que mi representada al momento del traslado de régimen cumplió con el deber de información, cumplió al allegarle incluso los extractos de aportes al demandante frente a su deber como administradora de pensiones y el hecho propiamente de que la diferencia de la mesada pensional actualmente conllevando lo que implica que es evidentemente que durante más de veinte años hayan variado las situaciones particulares del afiliado para configurar que el monto de su mesada pensional sea diferente al del RPM (sic) la ineficacia en el entendido de que sus variables y características e independencia del régimen pensional es totalmente diferente con llevando incluso que dentro de algunos aspectos en particular pueda verse ventajoso o desventajoso frente a cada caso en particular, por los anteriores argumentos solicito a su señoría conceder el recurso de apelación y a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se revoque en su integridad la decisión emitida por el despacho, gracias.”

A su turno COLPENSIONES, solicita tenga en cuenta las normas civiles que rigen el contrato de administración de la cuenta de ahorro individual -artículos 1750 y 1515 del código civil- para alegar una circunstancia de inconformidad o no en la firma que se interpuso en el formulario de afiliación, igualmente aduce se debe observar lo establecido en la sentencia SU-062 del 2010 y en la Ley 797 del 2003 respecto de la prohibición que allí se interpone.

Por otro lado y en relación con los gastos de administración, señala que ya declarando la nulidad o la ineficacia se ha de entender que esa relación contractual nunca existió por ende los mismos se tienen que devolver en su momento al nuevo administrador. (Cd. Folio 310, record: 1:06:27)³

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LINO AUGUSTO MANCHOLA NIÑO, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 4, aspirando, se declare la anulación por ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y en consecuencia se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones, así mismo se condene a Porvenir a devolver todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensiones con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro, como también se disponga que en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de la AFP al momento de dictarse la sentencia que

³ “Su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente Colpensiones procede a interponer también recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir en el entendido de que no solo en el estudio que se hizo por la jurisprudencia tanto como la ineficacia o en su momento si aplicaba la nulidad del traslado o no pues también solicito a la honorable sala del tribunal para que estudie este fallo y aplique la misma jurisprudencia en tal sentido de la interpretación como mi predecesor lo acaba de explicar y no solo también para que tenga en cuenta las normas que rigen este contrato de administración de esta cuenta de ahorro individual por las normas civiles en el entendido de los artículos 1750 y 1515 del código civil dado pues que en estos momentos en ese contrato opera una circunstancia de alegar algún tipo de inconformidad o no en la firma que se interpuso en el formulario de afiliación también para que el honorable magistrado de la sala laboral tengan en cuenta lo establecido en la sentencia SU-062 del 2010 y lo establecido en el artículo 13 y su modificación de la ley 797 del 2003 pues la prohibición que allí se interpone, también que tenga en cuenta el honorable tribunal la línea jurisprudencial que ha determinado frente a los gastos de administración ya que declarando la nulidad o la ineficacia pues quiere decir que esta relación contractual nunca existió por ende pues todo lo que se haya derivado tiene que devolverse en su momento pues al nuevo administrador de pensiones al que procederá la parte demandante, en estos términos su señoría Colpensiones deja presentado y sustentado el recurso de apelación.”

ponga fin a litis, esta se continúe pagando hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados, se condene en costas que incluyan agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, ordenando la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones y rendimientos, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante al momento del traslado, disponiendo que lo único que no debía devolver era lo relacionado con los gastos de administración dado que por dicha gestión el actor tuvo rendimientos en su cuenta de ahorro individual.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 79 milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de mayo de 1962, por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 3 de abril del 2019 (fl. 75) y ante PORVENIR el 29 de marzo del 2019 (fl. 78), es decir,

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-. De otra parte, no tenía el demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 290,72 semanas de cotización (folio 316⁵) equivalentes a 5 años, 7 meses y 25 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de enero de 1999 (folio 58) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia*, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

⁵ Historia laboral impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por Colpensiones en medio magnético a folio 248.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el promotor del litigio⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que solo obtuvo una asesoría general y que se enteró de los aportes voluntarios por sus compañeros de trabajo.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 58), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 304 y 305, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (26 de enero de 1999, folio 58) el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima

⁷ Cd folio 310, récord 12:33. Audiencia virtual.

media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor administrada por PORVENIR S.A., junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por el demandante y COLPENSIONES, relacionadas con la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora

en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia señalada por el demandante en su apelación SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se indicó:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁸ (fl. 231), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la

⁸ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 24 de septiembre de 2019 (fol. 263)

declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándose en los términos anteriores.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordena a la AFP PORVENIR a la devolución de los gastos de administración por el periodo de afiliación del accionante a dicha administradora, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

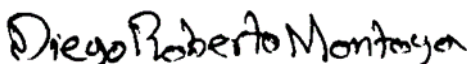
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROSALBA TRIANA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y la AFP COLFONDOS S.A. (RAD. 12 2019 00423 01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 146).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por COLPENSIONES y la demandante (fls. 142 a 145 y 159 a 164), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de COLPENSIONES y por el agente del MINISTERIO PUBLICO, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de octubre del 2020 (Cd a folio 135, record: 58:47, acta a folios 136 y 137), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación, cotización y beneficios de la señora ROSALBA TRIANA HERNANDEZ con Colfondos según formulario suscrito vestigio (sic) 1° de diciembre del año 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos a la devolución de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante ROSALBA TRIANA HERNANDEZ con destino a Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante ROSALBA TRIANA HERNANDEZ y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás suplicas de la demanda.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por Colfondos y Colpensiones.

SEXTO: Sin condena en costas en la instancia.

SEPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo otórguese grado jurisdiccional de **CONSULTA** para que sea resuelto por la sala laboral del Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá”

Inconforme con la decisión el apoderado COLPENSIONES solicita se revise el fallo a la luz de la interpretación de la normatividad civil específicamente conforme al artículo 1750 donde se señala que la demandante tenía un plazo de cuatro años para interponer cualquier queja o cualquier vicio de nulidad que se hallare en la firma de ese contrato de aseguramiento por pensiones y más cuando por más de 24 años la actora cotizo sin presentar alguna queja o algún reclamo frente a la administración de su dinero.

Por otro lado señala, que al haberse declarado la ineficacia se debe ordenar devolver los gastos de administración en tanto el contrato celebrado con Colfondos nunca nació a la vida jurídica y por ende no puede quedarse con esos dineros¹. (Cd a folio 135, record: 1:00:37)

¹ “Su señoría por parte de Colpensiones el presente suscrito se permite presentar recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir para que ante el Honorable Tribunal Superior Sala Laboral sala de decisión se revise el fallo que se acaba de emitir con su documental a la luz de la interpretación de la normatividad civil ya que independiente o separándonos de la nulidad o la ineficacia pues lo estudiamos a través de la luz de las normas civiles específicamente en el artículo 1750 que es que la aquí demandante tenía un plazo de cuatro años para interponer cualquier queja o cualquier vicio de nulidad que se hallare en la firma de este contrato de aseguramiento por pensiones más aun cuando por más de 24 años la aquí demandante cotizo sin presentar alguna queja o algún reclamo frente a la administración de su dinero.

El agente del MINISTERIO PÚBLICO, señala que el alcance de su impugnación es en aras de que se revoque parcialmente la sentencia en lo que toca con la no devolución al RPM de las cuotas de administración cobradas por Colfondos durante la relación de afiliación con la demandante Rosalba Triana Hernández a dicho fondo de pensiones, indicando en el asunto concreto Colfondos al allanarse a la demanda acepta que no brindo asesoría, no le explico a la demandante las conveniencias o no de trasladarse, no le explico cuál era el capital para pensionarse ni que existía una cuenta de ahorro individual, no le menciono la posibilidad de negociar el bono pensional ni sobre el derecho a retracto, aceptando con todo ello su omisión flagrante en el deber de información hacia la demandante, recordando que según jurisprudencia reiterada y pacífica de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia la consecuencia jurídica de la no satisfacción del deber de información no es otra que la ineficacia en sentido estricto conforme a las voces del artículo 1746 del código civil, lo cual implica devolver las cosas al estado en el cual se encontraban y suponer que el acto jurídico nunca nació a la vida jurídica, nunca existió, razón por la cual asegura si el acto jurídico de la demandante Rosalba Triana Hernández al RAIS nunca existió mal podría entonces la AFP Colfondos retener las cuotas cobradas por concepto de gastos de administración². (Cd a folio 135, record: 1:00:37)

En segundo lugar para que el Honorable Tribunal estudie bajo la línea jurisprudencial de la honorable Corte suprema de justicia en sus pronunciamientos, ya que teniendo en cuenta como base que la cuenta es del titular y por ende al declarar la nulidad o ineficacia quiere decir que nunca existió dicha afiliación por ende no es válido lo descontado y generado por administración entonces en este sentido es para que se ordene también devolver los gastos de administración ya que el declararse o mantenerse la ineficacia nunca surtió a la vida jurídica el contrato celebrado por ende Colfondos no puede quedarse con estos dineros, en ese sentido para el honorable tribunal estudie la apelación aquí presentada y proceda a revocar el fallo que se acaba de emitir, gracias su señoría”

² “Muchísimas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia que se acaba de proferir, el alcance de la impugnación es de solicitarle al Honorable Tribunal superior de Bogotá que revoque parcialmente la sentencia en lo que toca con la no devolución al RPM de las cuotas de administración cobradas por Colfondos durante la relación de afiliación con la demandante Rosalba Triana Hernández a dicho fondo de pensiones. Las razones en la que se sustenta el ministerio público son las siguientes:

Existe un principio fundamental del derecho según el cual nadie puede aprovecharse de su propia negligencia, de su propia culpa, de su propia incuria, en el asunto concreto Colfondos acepto allanarse a la demanda que no brindo asesoría, que no le explico a la demandante las conveniencias o no de trasladarse, que no le explico cuál era el capital para pensionarse, que no le explico que existía una cuenta de ahorro individual, que no le menciono la posibilidad de negociar el bono pensional, sobre el derecho a retracto en ultimas Colfondos acepto su omisión flagrante en el deber de información hacia la demandante, en ese orden de ideas más podría hacer Colfondos lucrarse durante un lapso considerable temporal de la cuota de administración cobrada por la afiliación de la demandante y llegar a la demanda, al proceso judicial de manera bastante facilista aceptando esas negligencias y en todo caso reteniendo las sumas cobradas por concepto de cuotas de administración, además a esto recordemos que según jurisprudencia reiterada y pacífica de la sala laboral de la corte suprema de justicia la consecuencia jurídica de la no satisfacción del deber de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 3 y 4, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 3 aspirando de manera principal se declare la nulidad o en subsidio la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por Colfondos, con fecha de efectividad 1° de diciembre de 1994, en consecuencia se condene a Colfondos a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación y a Colpensiones a recibir dichos valores y a contabilizar para efectos de la pensión, las semanas cotizadas en el RAIS, derechos *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora en el año 1994 dada la aceptación del mismo por parte COLFONDOS al allanarse a la demanda, condenando a esta AFP a la devolución de los aportes pensionales, con todos los rendimientos, bonos pensionales, no obstante no ordenó la devolución de los gastos de administración tras considerar que la gestión de Colfondos le generó rendimientos a la cuenta de ahorro individual de la accionante, dispuso que Colpensiones debía aceptar el traslado de régimen toda vez que COLFONDOS no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la demandante en el momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no era eficaz.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes

información no es otra que la ineficacia en sentido estricto conforme a las voces del artículo 1746 del código civil lo cual implica devolver las cosas al estado en el cual se encontraban y suponer hacer la ficción de que el acto jurídico nunca nació a la vida jurídica, nunca existió. Si el acto jurídico de la demandante Rosalba Triana Hernández al RAIS nunca existió mal podría entonces la AFP Colfondos retener las cuotas cobradas por concepto de gastos de administración.

En este orden de ideas le solicito al honorable tribunal superior de Bogotá que además por sanidad de los recursos del sistema de seguridad social por el principio de sostenibilidad financiera del sistema y además por la carga que debería que soportar la administradora del RPM que se alimenta también de recursos públicos ordenara el traslado por concepto de cuota de administración por parte de Colfondos S.A.

Su señoría en esos términos dejo sustentado el recurso parcial de apelación en contra de la sentencia, muchísimas gracias.”

pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 25 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de enero de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 20 de junio del 2019 (fl. 26), es decir, cuando ya había adquirido la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba apenas con 30 semanas de cotización (fls. 156 y 157⁴), equivalentes a 7 meses, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 1° de diciembre de 1994, conforme lo indicado en el “*Extracto de Fondo de Pensiones Obligatorias*” visible a folio 29 del expediente y en la Historia Laboral aportada por Colpensiones, en la que se evidencia que en el RPM la última cotización fue para el mes noviembre de 1994 y sus estado es trasladado (fl.156), **precisándose** en este punto en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁴ Impresa para mayor claridad del expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético a folio 105.

pues la misma AFP COLFONDOS se allanó a los supuestos de hecho expuestos en la demanda (ver fl. 123) siendo aceptada tal situación por el Juzgado de primer grado por auto del 6 de febrero del 2020 (fl. 134), sin que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito constituya un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente; imponiéndose entonces a esta demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
“(…)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existe elemento convicción alguno que permita constatar la información suministrada a la parte actora al momento de su traslado, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (1° de diciembre de 1994), el deber

de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, como ya se dijo la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES y el MINISTERIO PÚBLICO, relacionadas con la devolución de los gastos de administración, conviene precisar, estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración, adicionándose en este punto el fallo de primer grado.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

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

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES⁶ (fl. 96) respecto de quien además se surte el grado jurisdiccional de Consulta, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 3 de octubre del 2019 (fol. 115)

que preceden, se confirmará la decisión de primer grado, adicionándose en los términos anteriormente expuestos.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, en cuanto a que se ordena a la AFP COLFONDOS a la devolución de los gastos de administración por el periodo de afiliación de la accionante a dicha administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA ONOFRE
AGUILAR CONTRA JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR y MARIA EUCARIS
HERNANDEZ FAJARDO (RAD. 15 2017 00120 02).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante y demandada (fls. 69, 70 y 72), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por el demandado Jorge Enrique León Bolívar, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto del 2020 (Cd. fl. 63, record 1:43:50 acta a folios 64 y 65), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante con el señor demandado **JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR** por el periodo 15 de enero del 2012 y hasta el 30 de enero del 2015 bajo la modalidad de contrato a término indefinido, cuya asignación salarial mensual se establece en la suma de \$1.350.000, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada **JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR** al pago a favor de la parte actora de las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- a) *Por concepto de cesantías adeudadas para el año 2012 la suma de \$918.750.*
- b) *Por concepto de cesantías adeudadas para el año 2013 la suma de \$1.350.000.*
- c) *Por concepto de cesantías adeudadas para el año 2014 la suma de \$1.350.000.*

- d) *Por concepto de cesantías adeudadas en la proporción laboral del año 2015 la suma de \$112.500.*
- e) *Por concepto de intereses a las cesantías del año 2014 la suma de \$162.000.*
- f) *Por concepto de intereses a las cesantías del año 2015 la suma de \$13.500.*
- g) *Por concepto de prima de servicios correspondiente al año 2014 la suma de \$1.350.000.*
- h) *Por concepto de prima de servicios correspondiente al año 2015 la suma de \$112.500.*
- i) *Por concepto de vacaciones la suma de \$1.359.375.*

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada al pago a favor de la parte actora los aportes a la seguridad social en pensiones correspondiente a la relación laboral, es decir del 15 de enero del año 2012 y al 30 de enero del 2015 teniendo como salario base de cotización de estos aportes a la seguridad social en pensiones 1 350 000 pesos que se pagaran ante el fondo el cual la demandante se encuentre afiliada en materia de pensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la parte demandada de acuerdo a lo previsto en el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo a los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley sobre a las sumas que fueron objeto de condena en el numeral dos por concepto de prestaciones sociales, los cuales se liquidaran desde el momento de la terminación del contrato del día 30 de enero del 2015 hasta el momento efectivo de pago por la parte demandada conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: ABSOLVER a la parte demandada de las demás pretensiones invocadas en la presente acción, especialmente de lo correspondiente a indemnización por despido sin justa causa y la inexistencia de la obligación y probada parcialmente la prescripción sobre algunos de los derechos laborales causados con anterioridad al 16 de marzo del 2014 conforme a lo que se expuso en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada para el efecto, se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un salario mínimo legal vigente para el año 2020.

SEPTIMO: ABSOLVER a la parte demandada MARIA EUCARIS HERNANDEZ FAJARDO de todas las pretensiones invocadas en la presente acción conforme a lo expuesto en la parte motiva.”

Inconforme con la decisión, inicialmente el apoderado del demandado Jorge Enrique León Bolívar recurrió la decisión, señalando la inexistencia de la relación laboral por falta de subordinación, aduciendo la trabajadora no tenía un horario fijo pues iba cuando quería y en su sentir eso da lugar a que no haya subordinación en la relación laboral al faltar uno de los elementos constitutivos del artículo 23 del C.S.T.

Ataca de igual manera los extremos contractuales de la relación laboral, manifestando que hubo duda en cuanto la fecha de entrada y de salida de la trabajadora, y por lo tanto el juzgador no podía con precisión decir si esa relación contractual tuvo esos extremos del contrato.

Finalmente indica que conforme al artículo 250 del C.S.T. el empleador estaba facultado para retener las cesantías de la demandante por el problema penal que hubo. (Cd. fl. 63, record: 1:49:14)¹

Por su parte la apoderada de la demandante apela la decisión proferida en primera instancia, en primer lugar frente a la declaratoria parcial de la prescripción, de la cual derivó la no condena a los intereses a las cesantías y primas de los años 2012 y 2013, indicando que mientras el trabajador esté vinculado y bajo una relación laboral, la reclamación no se hace sino cuando ya finaliza la relación laboral y la prescripción debe comenzarse a contar es a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo y en ese orden como la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato, no había lugar a que se declare ninguna prescripción.

En relación con la conciliación que se intentó hacer por parte de la demandante ante el Ministerio de Trabajo mecanismo de interrupción de la prescripción, expresa que no se especificó lo reclamado porque justamente se pretendía el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que incluye las primas de servicio, cesantías, intereses y las vacaciones.

En cuanto a la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T., manifiesta que si existe en este caso una negación reiterada por parte de los demandados a negarse a cumplir con sus obligaciones laborales, pues pese a que desde el 2016 cuando se acudió al ministerio, ellos reconocían que tenían unas obligaciones omitían el pago hasta que no se

¹ “Gracias su señoría, en primer término en cuanto la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo interpongo el recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral en que no hay inexistencia de la relación laboral por falta de subordinación como se debatió a través del proceso ya que la trabajadora no tenía un horario fijo e iba cuando quería y eso da lugar a que no haya subordinación en la relación laboral, es decir que al faltar uno de los elementos constitutivos del artículo 23 del CST deja de ser contrato laboral cuando no hay subordinación aun cuando se preste el servicio personalmente y haya una asignación laboral.

Hay también una inconsistencia en que hay algunos que dicen que ganaba 50 000 pesos diarios por eso ataque desde el principio la no existencia de los extremos contractuales de la relación laboral, puesto que hubo duda en cuanto la fecha de entrada y de salida del trabajador, y por lo tanto el juzgador no podía con precisión decir si esa relación contractual tuvo esos elementos de los extremos del contrato. Como había duda también en el pago de las prestaciones por el problema penal que hubo el artículo 250 también facultaba al empleador a retener el valor de las cesantías la cual fue liquidada al final de la sentencia por lo tanto interpongo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá con respecto al señor JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR por haber sido adversa la sentencia en contra de mi patrocinado y estoy de acuerdo con la decisión tomada en cuanto a la señora Eucaris Hernández esposa de mi patrocinado por no haber una relación laboral entre la demandante y ella.”

decidiera una situación ajena al tema laboral, por ende al no haberle cancelado, las prestaciones sociales al 30 de enero del 2015 si hay lugar a que se les condene al pago de esta sanción.

Finalmente expresa, en relación con la demandada María Eucaris Hernández Fajardo, no existir ningún aspecto que demuestre que efectivamente no fuera la empleadora de la actora ya que ella estaba en el restaurante y tenía la función como esposa del accionado de dar órdenes y dirigir a los que tenían que ver con su establecimiento, por eso considera que ella también debe ser responsable en las condenas y tenerla en cuenta como responsable para el pago de las sumas de las que se ha ordenado el pago. (Cd. fl. 63, record: 1:49:14)²

² “Gracias señor juez si bien estoy de acuerdo con la mayoría de la sentencia, hay unos aspectos en los cuales no concuerdo con el despacho por lo tanto también interpongo mi recurso de apelación parcialmente frente a la prescripción parcial que ordeno y frente a la indemnización

En cuanto lo de la prescripción parcial no estoy de acuerdo con lo que manifiesta el señor juez en ordenar la prescripción y no condenar a la demandada al pago de los intereses de las cesantías y de las primas correspondientes de los años 2012 y del 2013 porque si bien es cierto está tomando los tres años desde que se causó el derecho, también es cierto señor juez y hay sentencias que dicen que mientras el trabajador esté vinculado y bajo una relación laboral, la reclamación no se hace sino cuando ya finaliza la relación laboral y que la prescripción debe comenzarse a contar es a partir de la fecha de terminación del contrato de trabajo, entonces en este caso la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes a la finalización del contrato, por lo tanto aquí no hay lugar a que se declare ninguna prescripción, por lo cual yo considero que la condena si se debe ordenar el pago de los intereses a las cesantías y de las primas que no se ordenaron en la sentencia por el fenómeno de la prescripción de la cual manifiesta el señor juez.

Ahora frente a que el señor juez motivo su decisión basado en que la conciliación que se intentó hacer por parte de mi demandante ante el ministerio de trabajo no es suficiente para tenerla como mecanismo de interrupción de la prescripción por cuanto allí no se manifiesta específicamente el valor o lo que se pretendía pero lo que si se interpreta de esa acta es que cuando no se especificó que era prima o servicios era porque precisamente estaba reclamando la totalidad de las prestaciones sociales, que es lo que nosotros conocemos e incluye las primas, las cesantías y los intereses de las mismas más el tema de las vacaciones. Entonces reitero que frente al tema el hecho que no se haya tenido en cuenta como mecanismo de interrupción cuando precisamente en el argumento señor juez usted manifiesta que cualquier reclamación ante el empleador se considera como una interrupción de la prescripción, luego cuando la señora Claudia acude al ministerio de trabajo para reclamar sus prestaciones sociales y que se le pague lo de la seguridad social también eso es una reclamación que ella está elevando a su empleador pues que desde el comienzo no le reconoció ninguna prestación, diferente hubiese sido que la solicitud hubiese sido clara en decir que era lo que estaba reclamando ay que se le estaban concediendo los otros derechos y ese no. Entonces ese es el aspecto con el que no concuerdo con su despacho

El siguiente aspecto es con relación con la indemnización por el no pago de las prestaciones sociales y de que trata el artículo 65 precisemos que el artículo 65 dice que las prestaciones sociales se le deben cancelar al trabajador al momento de la terminación del contrato, en este evento el contrato de trabajo está claro que finalizo en enero del 2015, la señora posteriormente al ministerio de trabajo para que se haga la respectiva audiencia para reclamarle, no obstante todas estas situaciones, ahora si tomo en cuenta lo que manifiestan en el ministerio que sí reconocen la relación, pero dicen que simplemente lo van a pagar por un tema de objeto penal, entonces por lo tanto considero que si existe en este caso una negación reiterada por parte de los demandados a negarse a cumplir con sus obligaciones laborales, no obstante desde el 2016 cuando se acudió al ministerio, entonces ellos reconocían de que tenían unas obligaciones pero que simplemente omitían el pago hasta que no se decidiera una situación ajena al tema laboral, entonces en ese orden de ideas al no haberle cancelado, pagado las prestaciones sociales al 30 de enero del 2015 si hay lugar señor juez para que a los demandados se les condene al pago de esta sanción, pues de lo contrario, entonces simplemente nos allanamos a que los trabajadores, a que los empleadores sigan usando la táctica y que tengan que realizar toda

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLAUDIA ONOFRE AGUILAR en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 2, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 2 y 3, aspirando principalmente se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con los señores JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR y MARIA EUCARIS HERNANDEZ FAJARDO del 15 de enero del 2012 al 30 de enero del 2015, en consecuencia se condene al pago de cesantías, intereses, prima legal, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, aportes a seguridad social integral (Pensiones, Salud y Riesgos Laborales, condenas *ultra y extra petita*, costas del proceso; **obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones, pues se declaró la existencia del contrato de trabajo del 15 de enero del 2012 al 30 de enero del 2015, con una asignación mensual de \$1.350.000, dada la confesión de los demandados quienes indicaron en el interrogatorio de parte que le cancelaban a la demandante \$45.000 diarios, condenando al pago de cesantías del 2012 al 2015, intereses a las cesantías del 2014 y 2015, al igual que la prima de servicios por ese periodo, vacaciones por todo el tiempo laborado, pago de aportes a pensión, los intereses moratorios por el no pago de prestaciones sociales dada la interposición de la demanda pasados los 24 meses de finalizada la relación laboral, todo lo anterior tras encontrar el *a quo* acreditada la prestación personal del servicio a favor del demandado Jorge Enrique León Bolívar sin que éste la hubiera desvirtuado, advirtiendo no acreditarse que la señora María Eucaris Hernández actuó como empleadora de la**

la actuación y el desgaste de acudir ante una jurisdicción o un proceso ordinario para que se le pague como en este caso llevamos cinco años que han transcurrido y entonces a los cinco años encontramos de que no se le sancione, entonces yo creo que sí debe haber por parte de la jurisdicción ordinaria laboral condenar estos aspectos para que las empresas no sean tan reiterativas en esta omisión del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores y que yo como defensora publica es lo que a diario estoy viendo con los empleadores de que omiten el pago y de que esperan si en la jurisdicción ordinaria si condenan o no.

Y con respecto a la señora demandada que el juez considera que ella no entraba como empleadora de la señora Claudia, pues yo considero que no hay ningún aspecto que demuestre que efectivamente no lo fuera, ella si estaba en el restaurante y tenía la función como esposa del señor, también ejercía como empleadora y daba las órdenes y dirigía los que tenía que ver con su establecimiento, por eso consideraría que ella también debe ser responsable en las condenas y tenerla en cuenta como responsable para el pago de estas sumas de las que ha ordenado el pago. En esos términos dejo sustentado mi recurso le agradezco señor juez.”

demandante pues quien contrato a la actora y con quien se llegó a un acuerdo fue con el señor Jorge Enrique León, declarando parcialmente probada la prescripción de los derechos causados con anterioridad a la interposición de la demanda (16 de marzo del 2014), manifestando que la conciliación surtida ante el Ministerio de Trabajo no tenía el alcance de interrumpir la prescripción porque no se encontraban debidamente determinados los derechos reclamados.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Conforme a lo anterior, se procederá al estudio de la apelación interpuesta por el demandado JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR en atención a que muestra principalmente inconformidad en la declaratoria de existencia del contrato de trabajo del cual deriva la condena impuesta en sentencia de primer grado.

En esa dirección, es de advertir, desde la réplica al libelo, éste demandado negó que se hubiera presentado relación contractual alguna, aduciendo no existe prueba que acredite la relación laboral y mucho menos la existencia de los extremos temporales respecto de los cuales se afirma se desarrolló tal vínculo (fls. 16 y 17), razón por la cual precisa la Sala, para que exista un contrato de trabajo deben conjugar los 3 elementos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber: la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, empero dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C.S.T., al trabajador le basta acreditar la prestación personal del servicio para que el Juez tenga entendido que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, si es que el demandado no logra en aras de hacer valer su defensa de inexistencia del vínculo laboral, acreditar que tal prestación del servicio no fue ininterrumpida, ni subordinada sino autónoma o que no hubo salario sino el pago de honorarios o el precio de una obra, etc (casación laboral mayo 5 /92), en el periodo aludido, en ese sentido se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, que refiriéndose al tema señaló: *“...esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido*

entonces el fallador, indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, más no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley”³.

Así pues, deberán analizarse las circunstancias que se presentaron en la realidad a efecto de determinar si, en los términos expuestos por el apoderado de la persona natural demandada en la alzada y de la demandante, se logró o no probar por parte de la demandante la prestación del servicio a favor de los señores JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR y MARIA EUCARIS HERNANDEZ FAJARDO, para lo cual acudiremos al acervo probatorio recaudado en autos, iniciando con los interrogatorios de parte, de los cuales se extrae la siguiente sinopsis:

La señora MARÍA EUCARIS HERNANDEZ, manifestó conocer a la demandante 4 años atrás de su declaración (4 de marzo del 2020 ver acta fl.59) cuando trabajó en el restaurante “La Cata” como cocinera, precisando no recordar la fecha de inicio de labores pero si saber que dejó de trabajar en el mes de enero de 2015, adujo que el horario era de 7am a 5pm y que tanto ella como su esposo era quienes le daban las órdenes, precisando fue el quien la contrato para prestar los servicios de lunes a sábado, indica que le pagaban \$45.000 diarios y no le reconocieron prestaciones sociales porque solo habían pactado pagarle la suma diaria mencionada (Cd. fl. 58, record: 13:18).

El señor JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR, acepta la relación laboral con la demandante, expresando que la actora laboraba por horas en el restaurante de su propiedad como cocinera, advirtiendo haberle cancelado \$45.000 diarios porque así fue pactado, igualmente confesó no haberle pagado acreencias dado el pacto de salario, así mismo señaló que la fecha de ingreso fue en enero del 2012 y la de salida en enero del 2015 (Cd. fl. 58, record: 24:18).

La demandante por su parte adujo que los demandados la contrataron como cocinera de enero de 2012 a enero del 2015, de lunes a sábado de 6am a 5pm, quienes le cancelaban la suma diaria de \$45.000, precisando el día 30 de enero

³ Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicación No. 34223, Acta No. 08, Bogotá, D. C., trece (13) de abril de dos mil diez (2010).

del 2015 ella llamó a la señora MARÍA EUCARIS HERNANDEZ y le dijo que no volvería (Cd. fl. 58, record: 39:25).

Igualmente se recibieron los testimonios de YOLANDA ORTEGON BOLIVAR⁴ (sobrina de la demandada y prima del demandado) y DIEGO LEÓN HERNANDEZ⁵ (hijo de los demandados) quienes únicamente manifestaron que en efecto la accionante trabajó en el restaurante de los accionados como cocinera, de lunes a viernes del año 2012 al 2013.

De acuerdo a lo anterior, para esta Sala de decisión no cabe duda de la prestación personal del servicio por parte de la actora y a favor tanto del señor JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR como de MARIA EUCARIS HERNANDEZ FAJARDO, pues así los confesaron en el interrogatorio de parte que absolvieron, sumado a que los testigos también indicaron tal situación, precisándose no tiene importancia la denominación al vínculo jurídico le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En ese orden, como ya se dijo se encuentra plenamente acreditada la prestación del servicio por parte de la demandante, sin que contrario a lo expuesto en la alzada por el apoderado del extremo actora, los accionados hubiesen desvirtuado la presunción del artículo 24 del C.S.T, iterando, era carga probatoria de estos encartados, demostrar que en la relación vivida con la actora no medio la subordinación, y ante la inexistencia de medios probatorios, lo que impone significar, es que la relación con la actora estuvo regida por un contrato de trabajo, tal y como lo señaló la Juez *a quo*.

Por otro lado, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la alzada por parte del accionado, no sobra reiterar, que la declaración de la existencia del contrato de trabajo deriva de la aplicación de la presunción legal mencionada, destacando frente a los elementos del contrato, como se ha venido señalando se acreditó la prestación personal del servicio, frente a la subordinación, aunado a que no fue

⁴ (Cd. fl. 63, record: 7:32)

⁵ (Cd. fl. 63, record: 19:56)

desvirtuada, se tiene que la actividad realizada por la demandante a favor de la encartada no podría encajarse como una profesión liberal⁶ a efectos de que se entendiera que era ejecutada sin la mediación de subordinación.

Ahora bien, establecida la existencia del vínculo, se procede a verificar si en efecto se probaron los extremos de la relación laboral vivida entre las partes, dado que es otro de los puntos objeto de reproche por el recurrente del extremo accionado, advirtiéndose se encuentra demostrado que la actora inicio labores en el mes de enero de 2012 (pues así lo confesó uno de los demandados Jorge Enrique León), sin embargo, no hay certeza frente al día inicial, y en ese orden ante la inexistencia de una prueba fehaciente, resulta acertado concluir que el extremo inicial de la relación laboral corresponde al último día del mes en el que se evidenció que la actora prestó sus servicios esto es el **31 de enero del 2012**, igualmente frente al extremo final también fue confesado por ambos demandados que se dio en enero del 2015, desconociéndose por esta Corporación el día, por ende se habrá de señalar que por lo menos laboró el primer día de ese mes, esto es el **1° de enero del 2015**, y en ese sentido se modificará la sentencia de primer grado, en virtud de la postura de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se halla entre otras en sentencia del 28 de abril de 2009 radicado 33849⁷, la del 6

⁶ Decreto 350 de 1997:

“Artículo 25. Definición de profesión liberal. Para efectos de la exclusión de que trata el artículo 44 de la Ley 383 de 1997, se entiende por profesión liberal, toda actividad en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico.”

⁷ Por otra parte, respecto de los extremos temporales de la relación laboral, ha sido criterio de esta Sala que cuando **no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido**, tal como se dejó sentado en sentencia del 22 de marzo de 2006 radicado 25580, en la que se sostuvo:

“(.....) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del

de marzo de 2012 radicado 42167, SL 905 de 2013 radicado 37865 y SL 3990 de 2020 radicado 73994, en las que se ratifica la postura sentada desde el 22 de marzo de 2006 bajo el radicado 25580, consistente en que “...cuando no se conoce con exactitud el día de iniciación del contrato de trabajo, pero se sabe el espacio temporal en que se prestó el servicio, debe entenderse probado como tal el último día del mes que aparezca evidenciado el trabajador haya servido...”.

Ahora bien, en relación con la alzada interpuesta por el apoderado de la parte demandante, en lo relacionado con el análisis que de la excepción de prescripción dio el Juez *a quo*, debe precisarse que el contrato como aquí se estableció feneció el 1° de enero de 2015 y presentó la demanda el 16 de marzo del 2017 (fl. 11), por lo cual podría entenderse que no operó el fenómeno extintivo, sin embargo como no todas las acreencias aquí reclamadas se hicieron exigibles a la finalización del vínculo, sino en data anterior, como es el caso de los intereses a las cesantías (exigibles el 31 de enero de cada año, Ley 52 de 1975) y primas de servicios (exigibles en junio y en diciembre de la respectiva anualidad trabajada), deberá estudiarse si respecto de estos rubros se interrumpió la prescripción.

Con dicho fin, la parte actora aportó “CONSTANCIA DE NO ACUERDO CONCILIATORIO”, proferida por el Ministerio de trabajo y la cual se llevó a cabo el 16 de abril del 2015 (fl. 6), la cual como bien lo refiere el Juzgador de primer grado no se puede tomar como de interrupción para el fenómeno extintivo de la prescripción, pues no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual indica: “*El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación **debidamente determinado**, interrumpirá la prescripción*”. Nótese que en el citado acuerdo de conciliación la parte actora reclamó de manera genérica el pago de “*prestaciones sociales, pago de afiliación y partes (sic) a la seguridad social*”, sin individualizar de manera concreta y detallada a cuales prestaciones

salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala)

hacía referencia, por ende dicho reclamó no tiene la virtud de interrumpir la prescripción, confirmándose en este punto el fallo de primera instancia.

Sobre el punto ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Rad. SL1063, Radicación No 61972 del 27 de marzo del 2019, en la que se señaló:

“De los anteriores preceptos se tiene, que para que el «simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador» cumpla con los efectos de la interrupción, se requiere que, determine el derecho objeto de reclamo, pues es lo que relevan las normas que afirma el censor fueron erróneamente comprendidas por el Tribunal, luego, lo importante de dicha solicitud recibida por el empleador es que el derecho se encuentre «debidamente determinado» para que se dé por cumplida la institución de la interrupción en los términos normativos, es decir que por una sola vez se quiebre el conteo de los tres años a partir del momento en que se hizo exigible la obligación.

De otra parte, la necesidad de individualizar el derecho requerido nace en la necesidad de que haya claridad respecto a la posible controversia que pueda surgir por las partes que generan el conflicto, para que en el evento de una eventual acción judicial el debate se desarrolle sobre los aspectos puntuales de la reclamación y no respecto a los que no se precisaron en el escrito recibido por el empleador.

En lo concerniente a si son válidas las reclamaciones que se hagan a través del Ministerio de Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo, esta Corporación ha señalado que sí son admisibles para cortar el término prescriptivo, incluso, indicó que son válidas las que se desarrollen ante cualquier autoridad que esté facultada para solucionar conflictos de trabajo, siempre y cuando se le entere al empleador en forma clara y precisa cuáles son los derechos que reclama quien fuera su subordinado.

En referencia al tema que se analiza se encuentra la sentencia CSJ SL, 18 jun. 2008, rad. 33273, que en lo pertinente señaló:

“[...] De otro lado, es cierto que de acuerdo con las voces de los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador sobre un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por un lapso igual al inicialmente señalado. La exigencia sobre la individualización del derecho tiene su razón de ser en la necesidad de que la eventual contienda judicial se desarrolle sobre los conceptos claramente especificados en la reclamación y no sobre otros que no estén detallados o cuya ambigüedad le reste eficacia a los efectos que con su presentación al empleador se pretenden.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado. [...]”

Dilucidado lo anterior, se tiene entonces que como la demanda fue presentada dentro de los 3 años siguientes a la finalización del contrato, esto es, el 16 de marzo del 2017 (fl. 11), será con ésta que se ha de entender la interrupción de la prescripción, debiéndose declarar probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al **16 de marzo del 2014**, como fue declarado en la sentencia de primera instancia, por ende tanto los intereses a las cesantías como las primas de servicios de casados del 31 de enero del 2012 (*extremo laboral aquí declarado*) al 15 de marzo del 2014 reclamados en la alzada, se encuentran prescritos.

Aclarándose el libelo se admitió el día **4 de abril del 2017** (fl. 12)⁸, notificándose al señor JORGE ENRIQUE LEÓN el día 12 de octubre del 2017 (fl. 13) –dentro del año-. No obstante, en relación con la señora MARIA EUCARIS HERNANDEZ FAJARDO se tiene que frente a ella se tuvo por notificada por conducta concluyente solo hasta el 18 de diciembre del 2018 (fl. 40), esto es, pasado el año al que hace alusión el artículo 94 del C.G.P., precisándose pese a que el apoderado de la parte actora remitió el correspondiente citatorio (Art. 291 C.G.P.) a esta demandada el 25 de septiembre del 2017 y fue recibido a satisfacción al día siguiente (26/09/2017) –ver fls, 23 a 25-, no continuo con el trámite correspondiente dirigido a obtener su notificación, esto es, cumplir con la carga que le impone el artículo 29 del C.P.T, por ende cuando el Juzgador de primer grado lo requirió para efectuar éste trámite (ver auto del 17 de mayo del 2018 fl. 34) ya había transcurrido más de 1 año para interrumpir el término de prescripción frente a ella, por ende encuentra la Sala que la mora en la integración adecuada del contradictorio no es atribuible al operador judicial que intervino en el trámite.

En consonancia con lo analizado, para el momento en que se surte la notificación de la pasiva HERNANDEZ FAJARDO (18/12/2018 fl. 40) ya se había vencido el término para concluir dicho trámite, pues solo se tenía hasta el 4 de abril del 2018, razones por las cuales estima ésta Corporación, la parte demandante no asumió las cargas procesales que le eran propias, debiendo cargar con los efectos de la excepción de prescripción, y por ende esta persona natural solo podría responder por las condenas impuestas a partir del 18 de diciembre del 2015 (3 años

⁸ Notificado por anotación en el estado del 5 de abril del 2017 (fl. 12).

anteriores a su notificación conforme lo dispone el art. 94 del C.G.P.⁹⁾ no obstante como el contrato aquí estudiado terminó el 1° de enero del 2015, no hay lugar a impartir condena frente a esta demandada, confirmándose la absolución dada en primera instancia frente a esta demandada pero por las razones aquí expuestas.

Así las cosas, la Sala procederá a la reliquidación de las pretensiones de auxilio de cesantías, prima de servicios y vacaciones que fueron objeto de condena teniendo en cuenta la modificación a los extremos de la relación laboral que ante esta instancia se definieron, esto es, del 31 de enero del 2012 al 1° de enero del 2015 como atrás se anotó, y como salario la suma no discutida de \$1.350.000 mensuales, así:

Año	No días	Salario	Cesantías	Intereses	Prima de Servicios	Vacaciones
2012	331	\$ 1.350.000	\$ 1.241.250			
2013	360		\$ 1.350.000			
2014	360		\$ 1.350.000	\$ 162.000	\$ 1.350.000	
2015	1		\$ 3.750	\$ 1	\$ 3.750	
Total días	1052		\$ 3.945.000	\$ 162.001	\$ 1.353.750	\$ 1.972.500

Sin embargo, se tiene que en primera instancia por cesantías se condenó a la suma de \$3.731.250, **intereses \$175.500**, **prima de servicios \$1.462.500** y vacaciones \$1.359.375, por ende solo habrá lugar a modificar la condena por INTERESES A LAS CESANTÍAS y PRIMA DE SERVICIOS que resultaron ser inferiores a los obtenidos en primer grado, pues las restantes acreencias (cesantías y vacaciones), tienen un valor superior y en esa medida no se puede desmejorar la situación del único apelante en este punto (extremos laborales).

Ahora respecto de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA apelada por la parte demandante, baste con recordar que justamente al no encontrarse acreditada la buena de la fe de la parte accionada por el no pago de las acreencias de la accionante, el Juez *a quo* condenó a esta sanción en los términos del artículo 65 del C.S.T., el cual señala:

⁹ **ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA.** La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. **Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.**

“<Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente: > Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria ~~o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial~~, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.”

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.

Y ya en el tema concreto objeto de apelación, considera oportuno la Sala traer a colación, a sentencia No. 36577 del 06 de mayo de 2010, proferida por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en la cual señaló de manera clara, la interpretación que debe darse al artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, tal como se transcribe a continuación:

“En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:

“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.

La anterior disposición, según el párrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico.

(...)”. (Negritas fuera de texto)

De este modo, es claro que para los casos en que un trabajador devengue más de un salario mínimo, como ocurre en el sub examine por cuanto conforme se declaró en primera instancia para el salario del accionante ascendía a \$1.350.000 (*situación que no fue objeto de apelación por la parte actora*) se debe limitar la condena hasta el mes 24 siempre y cuando haya acudido a la jurisdicción durante este lapso contado a partir de la fecha de terminación del vínculo laboral, y en ese orden se encuentra acertada la decisión del a quo al disponer que solo se deberán cancelar a la ex trabajadora los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, pues la demanda la presentó el 16 de marzo del 2017 (fl. 1), después de 2 años, 2 meses y 15 días de haber

finalizado el vínculo laboral de la actora con JORGE ENRIQUE LEON BOLIVAR y MARIA EUCARIS HERNANDEZ FAJARDO que lo fue el 1° de enero del 2015, se confirma por ende en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en cuanto al argumento del apoderado del extremo pasivo dirigido a establecer que el no pago de las cesantías a la demandante se debió al proceso penal iniciado contra la actora, baste con señalar en autos no se acreditó el mismo como tampoco ninguno de los restantes presupuestos establecidos en el artículo 250 del C.S.T., para darla validez a dicha manifestación.

Así las cosas, se agota la competencia del Tribunal, por el estudio de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes y conforme a las consideraciones expuestas se ha de modificar los extremos de la relación laboral, confirmándose en lo demás la sentencia de primer grado.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado, en cuanto a que el contrato declarado tuvo como extremos laborales del **31 de enero del 2012 al 1° de enero del 2015**, conforme a las consideraciones expuestas.

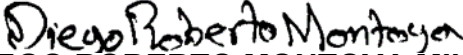
SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** del fallo apelado, únicamente para establecer que la CONDENA por INTERESES A LAS CESANTIAS del 2014 y 2015 asciende a \$162.001 y por PRIMA DE SERVICIOS del 2014 y 2015 a \$1.353.750.

TERCERO: PRECISAR los numerales **TERCERO y CUARTO** de la sentencia de primera instancia, para establecer que las condenas allí impuestas son por el lapso del 31 de enero del 2012 al 1° de enero del 2015.

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

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÁNGELA ROCIO RUBIANO MOLANO CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (RAD. 15 2019 00487 01).

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 206 a 208 y 209 a 211) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de septiembre de los corrientes (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:13:30, CD folio 201, acta folios 198 a 200), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la presente acción por la señora ANGELA ROCIO RUBIANO MOLANO y en estos términos declarar la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora para efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un salario mínimo legal vigente para el año 2020.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere apelada dada la resolución desfavorable para todas las pretensiones de la parte actora se remitirá las diligencias al superior para efectos que la revise en el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la misma y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

En sustento de ello, advierte, se desatendió el tenor de los artículos primero y séptimo de la Convención Colectiva de Trabajo que consagran principios y derechos fundamentales de los trabajadores y que puntualmente se refieren a la ineficacia de las cláusulas que directa o indirectamente desmejoren los derechos adquiridos de los trabajadores y el principio de favorabilidad, los cuales están en consonancia con el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 21 del C.S.T.

Sobre el punto, alude igualmente a la sentencia conradicación 7282 de 15 de marzo de 1995 en la que se dejó consignado que *“las estipulaciones que estén destinadas a regular los contratos de trabajo serán ineficaces si desmejoran la situación jurídica respecto del trabajador”*, de allí que, en su sentir, las normas empleadas por el juzgador de primer grado como fundamento de su sentencia, sean ineficaces por ir en contra de los derechos del trabajador.

De otro lado, sostiene, el Acuerdo 24, suscrito antes de la Convención, estableció la creación de 1193 cargos, entre ellos el de la demandante, los cuales son a término indefinido, por lo que, desde el 20 de noviembre de 2015 no se ha dado cumplimiento al mismo, situación que no se analizó en la sentencia, precisando, en tal instrumento no se hizo alusión alguna a la necesidad de participar en concurso alguno, siendo suscrita la convención 4 días después en cuyo artículo 57 se traslada categóricamente que el contrato de los trabajadores vinculados al 24 de noviembre de 2015, sería a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen, sin que se tratara de una nueva vinculación, pues en aplicación del principio de la primacía de la realidad los contratos sucesivos se deben entender como uno solo, y en esa medida, el inciso segundo del artículo 57 *“debe primar sin que se necesario concurso alguno”*.

Asimismo, indica, el artículo 58 de la Convención estableció de forma clara los eventos en los que la empresa demandada puede contratar a término fijo, circunstancias en las cuales, dice, no se encuentra inmersa la actora.

Con relación al artículo 51 que sirvió de soporte a la sentencia, referente al régimen de transición, asegura, tal precepto no hace referencia al deber de la trabajadora de participar en un concurso, por el contrario, señala que el contrato de trabajo será por 13 meses comprendido entre el 1 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, por lo que hasta esta última fecha aplicó esa norma, y en todo caso, insiste, tal precepto no puede ser aplicable por ser desfavorable y desconocer el principio de favorabilidad.

Considera, el actuar de la empresa llamada a juicio es contrario a los principios de derecho y los postulados de la buena fe por cuanto no existe ninguna obligación de participar en concursos, y aunque así lo hizo la demandante, ello no fue porque la convención se lo ordenara.

Con todo, insiste el contrato de la actora es a término indefinido de acuerdo con los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva¹ (Audiencia virtual concentrada

¹ *“Gracias señor juez, muy respetuosamente manifiesto contra la presente decisión interpongo el recurso de apelación por ante la sala laboral del tribunal superior de Bogotá a fin de obtener que la sentencia sea revocada en su totalidad y en su lugar se proceda a acoger las suplicas deprecadas en el libelo introductorio, sustento el recurso en las siguientes razones:*

Afirma la sentencia que en una interpretación integral de la convención llega a la conclusión que la trabajadora debe participar en los concursos programados por la empresa. Lo primero que se debe advertir es que se desatendió el tenor claro y taxativo de los artículos primero y séptimo de la convención colectiva de trabajo, que hablan de los principios y derechos fundamentales de los trabajadores.

En el artículo primero se dice que “La empresa se obliga a en cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos por los trabajadores en convenciones colectivas serán ineficaces y no surtirán ningún efecto frente a los beneficiarios”.

Igualmente se desconoció del artículo séptimo de la convención que hace alusión al principio de la favorabilidad y taxativamente se dijo “En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la norma más favorable al trabajador” Estas dos normas van en concordancia con el artículo 53 de la constitución nacional y artículo 21 del CST, en los cuales enseñan que las normas se deben siempre aplicar en favor del trabajador lo cual no ha sucedido en este evento. En la sentencia con radicado 7182 del 15 de marzo de 1995, siendo ponente el magistrado Doctor Francisco Escobar Enríquez nuestro órgano de cierre de la jurisdicción laboral dijo “En su calidad de acuerdo de voluntades al convención ha de cumplir en principio de los requisitos de validez definidos por el artículo 1502 del código civil y en virtud a los artículos 13 y 43 del CST por ello las estipulaciones que estén destinadas a regular los contratos de trabajo serán ineficaces si desmejoran la situación jurídica respecto del trabajador”. Esa sentencia fue transcrita casi que textualmente sobre el termino ineficaz está consagrada en el artículo primero de la convención que reitera que las cláusulas que sean desfavorables al trabajador son totalmente ineficaces, por ello las normas que ha citado la sentencia se deben considerar que no tienen aplicación, que son ineficaces porque van en contra de los derechos del trabajador.

El acuerdo 24 estableció muy claramente y fue suscrito antes de la firma de la convención; aspecto que no fue tenido en cuenta en la presente sentencia, en ese acuerdo se dejó establecido que se creaban 1193 cargos entre los cuales estaba el de la demandante que esos contratos son a término indefinido, esto es, que desde el 20 de noviembre del año 2015 esto va ser cinco años la empresa no ha querido, se ha sustraído tercamente, no ha querido cumplir con ese acuerdo que dice que 1193 trabajadores, reitero entre los cuales se encuentra la demandante su contrato es a término fijo. En la sentencia no se cuestiona, no se analiza, no se valora porque razón ese acuerdo no se le ha dado cumplimiento y ¿Por qué si por el contrario se le da cumplimientos (sic) a acuerdos anteriores que fueron totalmente declarados su ineficacia en este acuerdo? Pero además hay un aspecto fundamental e importante que se ignoró en la sentencia que es que la creación de esos mismos 1193 cargos no se hace la más mínima alusión a participar en concurso alguno.

La convención colectiva de trabajo se firma cuatro días después esto es el 24 de noviembre del año 2015 cuando ya estaba en vigencia y se debía aplicar por la empresa demandada el citado acuerdo ¿Qué hizo la convención colectiva en el inciso segundo del artículo 57? Trasladar este acuerdo 24 al señalar en forma muy clara, expresa y categórica que los trabajadores actualmente vinculados, esto es los que estaban trabajando para el día 24 de noviembre del año 2015 su contrato sería a término indefinido mientras subsistan las causas que le dieron origen, aquí no podemos hablar de dos contratos totalmente diferentes, aquí tenemos que hablar aplicando el principio del contrato realidad que solo existió un contrato de trabajo así lo ha señalado la jurisprudencia, la doctrina, al indicarnos que contratos sucesivos hacen primar la realidad de que se trata de un solo contrato de trabajo, en consecuencia del artículo 57 inciso segundo debe primar sin que sea necesario concurso alguno dice “Los trabajadores que actualmente están vinculados su contrato será a término indefinido”

Pero para el ser más categóricos, más concretos y más explícitos en esa naturaleza del contrato de los trabajadores y concretamente de la trabajadora demandante el artículo 58 de la convención estableció en forma muy clara y categórica los eventos en los cuales la empresa podía contratar a término fijo circunstancias en las cuales no se encuentra inmersa la demandante y muy clara, concreta y en forma categórica y precisa el inciso segundo del parágrafo nos dice que en ningún caso, nunca, jamás la empresa podría contratar a trabajadores a término fijo que no obedezcan a las anteriores consideraciones que son las cuatro excepciones que trae el contrato ocasional o transitorio y a término fijo dentro del cual reitero no se encuentra inmerso la trabajadora, luego la empresa tiene prohibido desde hace cinco años contratar trabajadores a término fijo y a pesar de ello, tampoco la empresa da cumplimiento a esa norma convencional, invoca que actúa de buena fe ¿Qué buena fe puede existir en la empresa que no le da cumplimiento al acuerdo 24 y que tampoco le da cumplimiento al inciso segundo del artículo 57 y menos aún le da cumplimiento al artículo 58? Desconoce que se le prohibió, no tiene ninguna legitimación para mantener o suscribir contratos de trabajo a término fijo.

Pero veamos que dice el artículo 51 que es fundamentalmente el sustento de la sentencia de que se debe participar en un concurso, el artículo 51 que hace relación al régimen de transición no hace relación en lo más mínimo a la obligación de la trabajadora en participar en concurso alguno por el contrario dice que el contrato de trabajo ira por 13 meses desde el 01 de diciembre del 2015 hasta el 31 de diciembre del 2016, en el 2016 el 31 de diciembre se acabó la aplicación de esa norma, no existe una norma que diga que con posterioridad al 31 de diciembre del 2016 la trabajadora debe participar en concurso alguno, en consecuencia el artículo 51 no puede tener aplicación, además si llegar a tener aplicación es una norma desfavorable a la trabajadora, se desconoce en consecuencia el principio de la favorabilidad que es una norma constitucional, de rango constitucional que debe ser aplicada, en este momento a pesar de que se dice que se quiere ser generoso la trabajadora fue despedida ya se le terminó su contrato de trabajo en plena pandemia frente a una situación de emergencia como la que se encuentra el país y concretamente la ciudad de Bogotá la empresa le dio por terminado el contrato de trabajo y hoy se encuentra en su casa sin trabajo esas son las garantías que entrega la empresa a sus trabajadores y concretamente a la demandante, no se puede hablar de buena fe no puede alegar la parte demandada que le está dando cumplimiento a la convención ¿Por qué despide a la trabajadora cuando existe este proceso? Cuando se está discutiendo la naturaleza del contrato si el objetivo es despedir a los trabajadores que presentaron demanda para que se cumplan la convención colectiva y el acuerdo 24, pues entonces la situación de la empresa es un actuar contrario a los principios de derecho y a los principios carentes de buena fe, no existe en la demandada ninguna obligación de participar en los concursos y si lo hizo fue porque tomó esa decisión mas no porque la convención se lo ordenara, ella a partir de un 20 de noviembre del año 2015, su cargo quedo creado mediante contrato a término indefinido ratificando posteriormente con los artículos 57 y 58 de la convención colectiva.

En los anteriores términos señor juez muy respetuosamente manifiesto que dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.”

artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:14:20, CD folio 201, acta folios 198 a 200),

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ANGELA ROCIO RUBIANO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda (folios 2 y 3), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 3 a 7, solicitando se declare que los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva celebrada entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIOS DE COLOMBIA – SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la empresa para la fecha de la firma de dicha convención, son a término indefinido. En consecuencia, se declare que el contrato de trabajo celebrado con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. el 2 de enero de 2013 (sic), pactado a término fijo junto con sus adiciones, en la realidad y conforme lo pactado en la convención colectiva de trabajo es a término indefinido, debiendo la encartada insertar dicha modificación en el contrato. Pide igualmente el reconocimiento de todos los beneficios convencionales pactados, causados desde la fecha de su vinculación, incluyendo su reintegro en el evento de terminación del contrato de trabajo y/o el pago de la indemnización por despido sin justa causa. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras estimar, que la convención privilegió el acceso a los cargos previo agotamiento de concurso de méritos y estableció un régimen de transición por un término de cinco (5) años, contados a partir del 1 de diciembre de 2015, en el que se autorizaría la vinculación a término fijo de determinadas personas para darle la oportunidad de aplicar a estos, dentro de las cuales se encuentra el cargo de la demandante.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre las partes existe un contrato de trabajo vigente, el cual se ejecuta bajo la modalidad a término fijo, aspecto este que además de no haber sido objeto del debate en el asunto, fue reconocido por la pasiva desde la contestación de la demanda, y en todo caso, se verifica, entre otras, de la certificación expedida el 2 de mayo de 2019 por el Director de Mejoramiento de Calidad de Vida (E) de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. (folio 44).

Tampoco se discute la afiliación realizada por la actora al sindicato SINTRAEMSDES pues, aunque al plenario no se arrió constancia alguna de esta situación, se trató de un hecho excluido de debate por la aceptación de la encartada de dicha circunstancia (respuesta al hecho 25, folio 134 vto.).

Precisado lo anterior, se tiene que la demandante pretende se declare que su vinculación con la demandada lo es mediante un contrato de trabajo con vigencia indefinida, en virtud de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDES, el 24 de noviembre de 2015.

Lo anterior, según el artículo 57 de la aludida convención en la que se consignó que los contratos que suscriba la demandada con sus trabajadores deben ser a término indefinido, aludiendo la parte actora a lo largo del proceso, además, resultan ineficaces las cláusulas contractuales y convencionales que pacten una modalidad de vinculación diferente o que vayan en contravía de las prerrogativas del trabajador y por ende deben ser inaplicadas.

En este orden de ideas, y de manera preliminar, como quiera que el fundamento jurídico de las pretensiones de la demandante lo es una norma de carácter convencional (ver fls. 2 y 3), advierte la Sala, al expediente fue aportada copia del

texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB - ESP y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA SINTRAMESDES Subdirectiva Bogotá, (folios 66 a 117) suscrita el 24 de noviembre de 2015, tal como deviene de lo advertido por las partes en la demanda y su contestación (hecho 3 -folio4- y su respuesta – folio133-) el cual cuenta con constancia de depósito² (fl. 64 y 65), sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales a la actora³, aunado a que esta se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2015 (Artículo 223, folio 109 vto.) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

Pues bien, para resolver es importante acudir al contenido de la disposición enunciada. Así, el artículo 57 (Capítulo VII Garantías Laborales) de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDDES el 24 de noviembre de 2015 (folio 82 y vto.), en su tenor literal preceptúa:

“Artículo 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Parágrafo 1: *Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días; cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley*

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

² Del 24 de noviembre de 2015, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

³ Situación de hecho excluida de debate ante la falta de oposición a la pretensión tercera (folio 132 vto.)

Parágrafo 2: *La Empresa procurará la vinculación del personal transitoria al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa (Artículo 78- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63)”* (Resaltado de la Sala)

Por su parte, el artículo 58 de ese mismo cuerpo normativo (folio 82 vto.) dispone:

“ARTÍCULO 58 CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: *La empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

Lo anterior, sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento (Artículo 79- Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64.)

Una lectura desprevenida de dichas disposiciones, a juicio de la Sala, permiten inferir que la vinculación del personal a la empresa demandada debe hacerse, por regla general, mediante contrato de trabajo a término indefinido y por excepción, a término fijo o por duración de la obra o labor, siendo claro entonces que la convención no prohíbe la suscripción de contratos a término fijo, siendo posible para la empresa acudir a esta modalidad cuando se trata de cubrir vacantes temporales, inferencia que es razonable, pues se desprende sin dificultad de su texto.

Adicionalmente, aunque a través de tal acuerdo la empresa se compromete vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, previo concurso de méritos, en el inciso siguiente también garantiza claramente, los derechos de aquellos trabajadores que ya se encontraban vinculados estableciendo que su contrato igualmente sería a término indefinido, mientras subsistan las causas que le dieron origen.

En el caso de autos, tal como se desprende de la documental aportada, para la fecha de suscripción de la mencionada Convención Colectiva -24 de noviembre de 2015- la demandante tenía signado un contrato de trabajo a término fijo, el cual inició el 3 de enero 2013 (folios 32-33 y 150-151) mismo que fue prorrogado de manera ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2015 (folios 34 a 38 y 152 a 156), que terminó por vencimiento del plazo (folio 38) en esta última fecha. Es importante precisar, la prórroga del contrato según se observa de los memorandos dirigidos a la actora (folios 36 a 38) obedeció a la ampliación de la vigencia de la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa.

Luego, entre las mismas partes se suscribe un nuevo contrato de trabajo a término fijo de un año a partir del 2 de diciembre de 2015 (folios 39-40 y 158-159) el cual se ha venido prorrogando (folios 41 a 43) y es el que actualmente ata a las partes en litigio, según lo probado en autos.

Conforme lo anterior, aunque a la fecha de celebración de la Convención Colectiva 2015-2019, había un contrato vigente, lo cierto es que el mismo feneció el 30 de noviembre de 2015, conclusión que guarda correspondencia con lo anotado por la actora en el hecho 16 del libelo (folio 5) de donde se infiere la finalización de un vínculo y el nacimiento de otro.

Bajo tal entendido, la contratación vigente entre las partes se suscribió con posterioridad a la celebración del acuerdo colectivo, no advirtiendo dentro del petitum o la alzada que se pidiera la unidad contractual de dichos vínculos. En esa medida, inicialmente, no es posible deducir que se está ante un contrato a

término indefinido, en los términos del artículo 57 de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, como pasa a explicarse.

En primer lugar, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 38 a 58 (75 vto., a 82 vto.), disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y la planta de personal, las cuales deben ser analizadas en forma sistémica o integral, de las que se destacan las siguientes:

“(…)

CAPITULO V

ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP: *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.*

*Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, **la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses** periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; **la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años** a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.*

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y

la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP- exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la EMPRESA, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de la CCT (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL)

(...)

ARTÍCULO 39: ESTRUCTURA Y PLANTA DE PESONAL

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará **los procesos de selección para llenar las vacantes** que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que

con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

(...)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá **acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años**, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, **para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP.** Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: **Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo**, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores **contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo** y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos **en el periodo de transición.**

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. **Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015.** Las partes acuerdan que, a partir del 1 de **diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo,**

dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)

Luego el artículo 53⁴ (folio 80) adoptó la creación de un concurso de méritos, por una única vez para proveer las vacantes de personal a término indefinido que resulten por la adopción de la planta de personal definitiva.

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte, aunque es cierto que la demandada debe vincular a todos sus trabajadores mediante contrato de trabajo a término indefinido, particularmente aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la entidad a la suscripción de la convención, salvo las excepciones ya anotadas (artículos 57 y 58 CCT), en el mismo acuerdo se habilitó a la demandada a terminar los contratos de trabajo de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria de “*los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo*” para vincularlos nuevamente, a partir del 1 de diciembre de 2015 en la planta fija de la EAB mediante contratos de trabajo a término fijo, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del denominado régimen de transición, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020.

Así, aunque en el artículo primero del Acuerdo 024 de 20 de noviembre de 2015 “*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 de 25 de junio de 2007*” (folios 118 a 125) se creó en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. “*una planta de mil ciento noventa y tres (1193) cargos de trabajadores oficiales a término indefinido, (...) para garantizar la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de*

⁴ “**ARTÍCULO 53: CONCURSO DE MÉRITOS, POR ÚNICA VEZ PARA PROVEERLAS VACANTES QUE RESULTEN POR LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL.** *Por una única vez la EAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así*

Primera Convocatoria: *Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria. (...)*”

acueducto y gestión social, en forma permanente y continua, las cuales eran ejecutadas a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial”, cuya contratación debía realizarse a través de contratos de trabajo con la modalidad a término indefinido, lo cierto es que, al menos durante la vigencia del régimen de transición, y por virtud de la propia Convención Colectiva, se le permitiría a la encartada realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, con el fin de que esta pudiera adelantar el concurso de méritos respectivo para proveer de manera definitiva los mismos.

Considerando lo predicho y atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, es claro que la misma se ajusta a lo previsto en el artículo 51 de la CCT, si se tiene en cuenta que fue en la convención donde se determinó que la planta transitoria, a la cual estaba vinculada (folio 32 y 33), vencía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato inicial. Ahora, aunque la convocante fue contratada nuevamente el 2 de diciembre de 2015 mediante contrato a término fijo, para desempeñar el cargo de Profesional Nivel 22 de la Gerencia Corporativa Servicio al Cliente (folios 39 y 40) -que resulta ser la misma del contrato anterior -, lo cierto es que esta vinculación bajo la mentada modalidad estaba autorizada por el acuerdo colectivo, por ser su cargo perteneciente a la anterior planta provisional y creado de manera definitiva según el artículo primero del Acuerdo 024 de 2015 (folio 90) al que se hizo mención, cargo que resulta ser propio de *“la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social”*, a las que se refiere el denominado régimen de transición y en virtud del cual, se insiste, se permite *“transitoriamente”* la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

Valga decir, a juicio de la Sala, la creación de la transición en la convención, contrario cercenar los derechos de los trabajadores vinculados, lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo, y para ello, en ese mismo instrumento se diseñó un sistema de concurso de méritos en el cual los trabajadores con contrato a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante en la modalidad de contrato a término indefinido, como de hecho así lo está haciendo la convocante del juicio (folio 195).

Un entendimiento contrario, sería tanto como desconocer la voluntad de las partes plasmada en la convención y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención que es fortalecer el mérito, pues como se ve, con el régimen de transición lo que garantiza es la participación en los concursos de aquellas personas vinculadas a través de contrato de trabajo con modalidades distinta al término indefinido.

Ahora bien, aunque el recurrente aduce el desconocimiento del principio de favorabilidad -que figura en las cláusulas primera y séptima de la CCT⁵-, lo cierto es que para la Sala no existe conflicto alguno entre las normas de la convención a las que se ha hecho referencia y por el contrario, lo que las mismas denotan es que fueron las partes en el ejercicio de la libre autonomía las que concibieron la creación de un régimen de transición para la vinculación de personal, el cual está sometido a un término máximo que vencía el 30 de noviembre de 2020, plazo durante el cual la encartada debía adelantar las gestiones pertinentes para la creación de los cargos y el agotamiento del concurso, permitiendo durante dicho interregno la contratación de trabajadores mediante contrato de trabajo a término fijo, siempre que cumplan ciertas condiciones.

De acuerdo con lo anterior, la presunta transgresión al principio de favorabilidad que se plantea en la alzada, en la aplicación de las normas convencionales, no tiene asidero.

Memórese, al Juzgador no le está dado efectuar interpretaciones cuando la norma deviene clara en su tenor literal, y ello es lo que aquí ocurre, menos aun cuando las mismas, se itera, son producto del acuerdo voluntades con los cuales no se estima vulneración de las prerrogativas del trabajador.

⁵ **“ARTÍCULO 1. RECONOCIMIENTO PREVALENTE DE LA CONVENCION COLECTIVA:** Las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los **derechos adquiridos** de los trabajadores de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no surtirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia, quedarán vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la Empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad (...)

ARTÍCULO 7. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: La EAB -ESP se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en convenciones colectivas y los más favorables que otorgue la ley. En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la más favorable para el trabajador (artículo 7- Convención 2012-2014) (Artículo acordado con anterioridad en la CCT 2004-2007)”

Lo expuesto resulta suficiente para confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

De esta manera, sin que haya lugar a mayores consideraciones, procede la confirmación de la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE

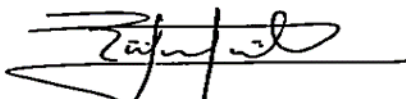
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

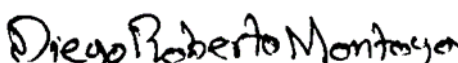
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA BEATRIZ GOMEZ DE MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 16 2018 00651 01).

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 90).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de COLPENSIONES (fls. 88 y 89), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de surtir el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad demandada, de la sentencia proferida por el Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de agosto de 2020 (Cd. fl. 79, record 47:15 acta a folios 80 y 81), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a la señora demandante ANA BEATRIZ

GÓMEZ DE MORENO identificada con cedula de ciudadanía 41.323.589 el monto de \$18.880.372,77 moneda corriente como valor de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez conforme al artículo 37 de la ley 100 de 1993, suma que deberá ser indexada al momento de su pago teniendo en cuenta como Índice de Precios al Consumidor a partir del 01 de enero del 2017 el índice vigente a 31 de diciembre de 2016 y como índice final el que se encuentre vigente del año inmediatamente anterior a la fecha que se efectuó la inclusión en nómina correspondiente de la suma condenada.

SEGUNDO: SE ABSUELVE de las demás peticiones, principalmente lo que tiene que ver con intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: SE DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones.

CUARTO: SE CONDENA en Costas de la instancia a Colpensiones, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo el monto de un SMLMV como valor de las agencias en derecho. ”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ANA BEATRIZ GOMEZ DE MORENO, las pretensiones relacionadas a folios 24 y 25, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folio 25 a 27, solicitando se declare tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva de acuerdo a lo establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001, en consecuencia, se ordene su pago debidamente indexado o en subsidio se ordene el pago de los intereses moratorios y las costas del proceso. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a Colpensiones a pagar a favor del demandante la suma de \$18.880.372,67, por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debidamente indexada al momento de su pago, tras considerar que la actora cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y no generarse incompatibilidad alguna por la pensión de jubilación que devenga reconocida por Cajanal.

Así las cosas se debe precisar, no fue motivo del debate jurídico, la calidad de pensionada que ostenta el demandante, tal y como puede verificarse del contenido de la Resolución No. 24162 del 16 de noviembre del 2004 expedida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EICE (fls. 4 a 6) de donde se extrae que se

le otorgó una Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 3 de agosto del 1999 en cuantía de \$364.517,70.

De tal manera, descendiendo al caso de autos se advierte el problema jurídico traído a los estrados se circunscribe en determinar si la demandante puede ser acreedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los aportes efectuados a Colpensiones pese a estar pensionada por Jubilación por parte de la extinta CAJANAL.

Conforme a lo anterior, advierte desde ya esta Sala de decisión que no pueden ser de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en los actos administrativos GNR 366019 del 2 de diciembre del 2016 y VPB 1772 del 16 de enero del 2017 (fls. 14, 15 y 19 a 21) que negó la prestación económica al establecer su incompatibilidad por encontrarse la demandante pensionada por parte la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCILA por varias razones a saber.

En primer lugar, porque verificado los aportes a Colpensiones visibles a folios 67 a 70 **se advierten cotizaciones** con posterioridad al servicio prestado al estado, pues conforme a la resolución mediante la cual se reconoció la prestación de jubilación a la accionante, los 20 años para ser acreedora de la Ley 33 de 1985 lo fueron del 1° de junio de 1968 al 30 de enero de 1969 y del 3 de febrero de 1969 al 5 de enero de 1989 (fl. 4), iniciando cotizaciones en el entonces ISS con empleadores de carácter privado el 10 de mayo de 1989 (fl. 67).

Aunado a lo anterior, si bien el artículo 6 del Decreto 1730 establece que las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez, esta incompatibilidad debe predicarse para aquellas prestaciones que sean reconocidas por la misma Administradora de Fondos de Pensiones, situación que no se presenta en autos en tanto la pensión de jubilación que actualmente percibe la demandante se encuentra a cargo única y exclusivamente del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS –FOPEP- (ve fl. 6), a más que los aportes con los cuales eventualmente se va a reconocer la indemnización sustitutiva provienen de empleadores privados (ver fls. 67 y 68), por lo que no obedecen a las mismas cotizaciones que dieron lugar a la Pensión de Jubilación reconocida por CAJANAL, tratándose por ende de dos prestaciones que tienen diferente causa y fuente de financiamiento distinta, razón por la cual es claro que la promotora del litigio logró acreditar tiempo de servicio o cotizaciones,

distintas a las que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión que disfruta no generándose la incompatibilidad alegada.

Frente al tema de la compatibilidad entre la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 y pensión de vejez a cargo del ISS, que se asimila al caso bajo estudio donde se pretende el reconocimiento de la Indemnización sustitutiva, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en reciente sentencia SL 4255, Radicado No. 58608 del pasado 4 de noviembre del 2020, en la que cita la SL 5228 de 2018, reiterada por la SL5068 de 2019, señalando:

“Frente a los reproches jurídicos endilgados por la censura, cabe destacar que actualmente la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la regla general del sistema de pensiones dispuesto por la Ley 100 de 1993 es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el mismo, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, máxime que dicha normatividad permite la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia u origen a efectos de aumentar el valor de la base de liquidación.

De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.

[...].

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, o cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS, como de allí se lee:

«En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulte incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. (Subrayas del texto).

En línea con lo transcrito, esta Corte adocrinó en la CSJ SL2170-2019, que de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, se entiende por tesoro público el proveniente de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas. En ese entendido, se pagan con tales recursos, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta, en las que predomine el capital estatal y, en consecuencia, una

pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario, conforme a la prohibición legal y constitucional imperante.

Sin embargo, si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de los servicios prestados al Estado, y la de vejez, por contar con las semanas exigidas por la ley, derivada de servicios prestados exclusivamente al sector privado, estas resultan plenamente compatibles, en virtud a que las pensiones de vejez reconocidas por el ISS hoy Colpensiones, no son una asignación proveniente del erario, por ser este, tan solo un administrador, de manera que la prohibición del artículo 128 de la C.N., no aplica en estos eventos (CSJ SL16083-2015 y CSJ SL10671-2016).

De lo expuesto, es claro que si el origen de los tiempos que conformaron el derecho a cada una de las pensiones, es distinto, así como el régimen en que se soporta, se materializa la compatibilidad de las prestaciones causadas, como ocurre en el sub iudice, habida cuenta que al demandante le fue reconocida la pensión vitalicia de jubilación por parte de CAJANAL EICE, con fundamento en el tiempo de servicios prestados durante 20 años como servidor público (...).

(...)

Es decir, conforme a lo discurrido, no cabe duda que la pensión de jubilación reconocida por CAJANAL EICE, es una prestación de origen normativo y fuente de financiamiento distinta de la pretendida por el demandante, en tanto aquella lo fue con base en los tiempos públicos servidos, la que aquí se reclama es conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el 1 del Decreto 758 de esa anualidad, la cual se enmarca en la segunda hipótesis planteada por la jurisprudencia laboral de esta Sala (CSJ SL 5068-2019), en cuanto indicó: «o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento» (Subrayas fuera de texto).»

En esta misma dirección, baste con señalar que tampoco podría generarse una vulneración a la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política¹, por cuanto los recursos pertenecientes a la seguridad social no son propiedad del Estado como los bienes y rentas de la Nación, dado que estos tienen una destinación definida, al tenor de lo previsto en la ley 797 de 2003 artículo 2² y en esa medida tales recursos son de origen parafiscal. Al tema puede consultarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de marzo de 2011, expediente 37959, como también la SL 5792 de 2014, reiterada en CSJ SL4538-2018, donde se dijo:

“[...] en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición

¹ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

² “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenece a la Nación ni a las entidades que lo administren”.

alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley (sic) 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.”

Establecido lo anterior, procede la Sala a verificar los requisitos para la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, para lo cual es menester remitirnos a la normatividad vigente que regula la materia, esto es, al artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal dispone:

“Artículo 37: Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

La anterior disposición fue reglamentada por el artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, que modificó el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001, estableciendo en lo que acá interesa, que las Administradores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (naturaleza que en efecto tiene la entidad enjuiciada), deberán reconocer la indemnización sustitutiva:

“Artículo 1° del Decreto 4640 de 2005, por el cual se modifica el artículo 1° del Decreto 1730 de 2001: Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando los afiliados al Sistema General de Pensiones estén en una de las siguientes situaciones:

*a) **Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;***

b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;

c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;

d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994³, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Decreto-ley 1295 de 1994”.

³ Declarada la nulidad (expresión en literal d " con posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994") mediante Sentencia del Consejo de Estado radicada N° 11001032500020100027900 de 2017.

En atención a las preceptivas enunciadas, surgen entonces tres requisitos legales para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez:

- A) El cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez (55 años para el caso de las mujeres antes del 2014 y 57 con posterioridad).
- B) No haber completado, al cumplimiento de esa edad la densidad de cotizaciones suficientes para obtener la pensión de vejez -1300 a partir del 2015⁴, y
- C) La manifestación de encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando.

En ese orden, descendiendo al caso de marras, se tiene que la demandante nació el 3 de agosto de 1949, tal como se advierte de la copia de su cédula de ciudadanía (folio 2), cumpliendo los 55 años el mismo día y mes del 2004, calenda para las cuales contaba con 616 semanas de cotización, según el reporte expedido por Colpensiones actualizado al 22 de julio del 2019 y que da cuenta que su último aporte lo fue para el enero del 2005 en el cual se reporta la novedad de retiro (folio 69 vto), por lo que a la data que elevó la solicitud de indemnización sustitutiva -28 de septiembre del 2016 según se extrae del folio14-, ya cumplía con los dos primeros requisitos establecidos.

Ahora, en lo que tiene que ver con la manifestación de la imposibilidad de continuar cotizando, se halla a folio 86 la declaración de tal situación, impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado por la pasiva en medio magnético a folio 72.

En ese orden de ideas, no cabe duda para esta Sala, que le asiste derecho a la actora del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva por el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para el efecto tal como lo estableció el Juez de primera instancia.

En lo que toca al monto de la indemnización, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 2° del Decreto 1730 de 2001⁵, el cual preceptúa que para determinar

⁴ Artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

⁵ *Compilado en el artículo 2.2.4.5.2. del Decreto 1833 de 2016:*
Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.
(...)

el monto de la indemnización se tendrán en cuenta la totalidad de semanas, aún las anteriores a la Ley 100, para lo cual se empleará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el artículo 2.2.3.1.3. de este Decreto, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del Dane.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.⁶

Con base en ello, efectuados los cálculos de rigor, con apoyo del Grupo Liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad el día de su reclamo, pues pese a cumplir con los requisitos desde el año 2004 (edad de 55 años) solo dio a conocer su imposibilidad de continuar cotizando el 28 de septiembre del 2016 (fl. 14), se obtiene un valor a cancelar por concepto de indemnización sustitutiva de **\$14.459.960⁷**, cifra que por resultar inferior a la dispuesta por el juez de primer grado (\$18.880.372,67), deberá modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la encartada.

Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.

⁶ ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Decreto 1833 de 2016.

⁷

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1989	121	6,566	126,149	19,214	\$ 61.087,69	\$ 1.173.719,00	\$ 4.734.000,00	
1990	364	8,281	126,149	15,234	\$ 47.370,00	\$ 721.639,00	\$ 8.755.887,00	
1991	23	10,961	126,149	11,509	\$ 54.630,00	\$ 628.732,00	\$ 482.028,00	
1994	296	21,328	126,149	5,915	\$ 123.567,57	\$ 730.878,00	\$ 7.211.330,00	
1995	360	26,147	126,149	4,825	\$ 257.166,67	\$ 1.240.736,00	\$ 14.888.832,00	
1996	360	31,237	126,149	4,038	\$ 286.500,00	\$ 1.157.016,00	\$ 13.884.192,00	
1997	360	37,997	126,149	3,320	\$ 354.666,67	\$ 1.177.503,00	\$ 14.130.036,00	
1998	360	44,716	126,149	2,821	\$ 432.166,67	\$ 1.219.199,00	\$ 14.630.388,00	
1999	275	52,185	126,149	2,417	\$ 562.036,36	\$ 1.358.644,00	\$ 12.454.237,00	
2000	360	57,002	126,149	2,213	\$ 466.000,00	\$ 1.031.284,00	\$ 12.375.408,00	
2001	350	61,989	126,149	2,035	\$ 514.885,71	\$ 1.047.807,00	\$ 12.224.415,00	
2002	360	66,729	126,149	1,890	\$ 526.333,33	\$ 995.021,00	\$ 11.940.252,00	
2003	360	71,395	126,149	1,767	\$ 586.333,33	\$ 1.036.004,00	\$ 12.432.048,00	
2004	360	76,029	126,149	1,659	\$ 599.416,67	\$ 994.567,00	\$ 11.934.804,00	
2005	3	80,209	126,149	1,573	\$ 5.780.000,0	\$ 9.090.566,0	\$ 909.057,00	
Total días	4312	Total devengado actualizado a				2016	\$ 152.986.914	
Semanas Cotizadas S.C.	616,00	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 248.355,38	
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					9,452%	
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2016	\$ 14.459.960,00	

En lo atinente a la indexación solicitada, a la cual accedió el Juzgador inicial, la Sala se permite recordar que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

En consecuencia, no erró el Juez de primera instancia al reconocer el pago indexado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, como quiera que entre la fecha en que se debió reconocer la indemnización sustitutiva reclamada a favor de la demandante y la calenda en la que se realice su pago, habrá transcurrido un tiempo considerable durante el cual dichos valores han perdido poder adquisitivo, por lo que procede la indexación de la indemnización hasta la fecha en que efectivamente sea cancelada a la accionante.

Ahora, en lo que respecta al medio exceptivo de prescripción propuesto en oportunidad por la enjuiciada (folio 47)⁸, es menester precisar que el mismo no está llamado a la prosperidad, en cuanto ha sostenido recientemente la Corte Suprema de Justicia que el derecho a la indemnización sustitutiva, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Sobre el particular puede consultarse la sentencia SL4559 de 2019⁹, reiterada en SL 5544 de 2019.

⁸ La demanda se tuvo por contestada por esta entidad por auto del 31 de enero de 2020 (folio 65).

⁹ “Sobre el particular, esta Sala en sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, avaló la aplicación de la prescripción trienal contenida en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 488 del Estatuto Laboral, frente a la reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión.

No obstante, cabe resaltar que ciertos derechos de la seguridad social, importantes para el tejido social, como son las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, son imprescriptibles. Así, se desprende del artículo 48 de la Constitución Política, cuyo texto le otorga a los derechos subjetivos emanados de la seguridad social el carácter de irrenunciables, lo que significa que pueden ser justiciados en todo tiempo.

De esta manera, esta Corporación ante renovados y sólidos argumentos ha señalado que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL 23120, 19 may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSJ SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Así, al ser la seguridad social un derecho subjetivo de carácter irrenunciable, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción. Luego, es una prerrogativa que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades. Ahora, el régimen solidario de prima media con prestación definida estableció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, como un derecho derivado, en sustitución de la correspondiente pensión a la que no es posible acceder por falta de requisitos legales establecidos.

Por su parte, el régimen de ahorro individual con solidaridad, consagró una figura distinta, denominada devolución de saldos que opera cuando los afiliados no alcanzan a cotizar las semanas mínimas para la pensión de vejez, invalidez o para causar la de sobrevivientes, para en su lugar, disponer la entrega de la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros más el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar. En ese sentido, se tiene que si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo –indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.

En el primer caso –la pensión– porque su negación afecta de manera directa la posibilidad de las personas de contar con un ingreso periódico, que garantice una vida digna, con acceso a bienes básicos tales como la alimentación, salud, vivienda, entre otros.

En el segundo –indemnización sustitutiva– porque ese ingreso le permite a las personas que se encuentran en riesgo, ante la falta de una pensión, contar con un dinero que les permita mitigar tal desprotección en la vejez.”

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento de tal garantía se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción in toto, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan habilita a sus titulares a requerir, en cualquier momento, a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente debe tener un Estado social de derecho (CSJSL8544-2016).

En este orden, debe entenderse que así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, y frente a la cuales esta Corte adoptó la teoría de la imprescriptibilidad, tampoco debe serlo la indemnización sustitutiva, en tanto, es un derecho de carácter pensional, pues comparte la característica básica de ser una garantía que se constituye a través de un ahorro forzoso, destinada a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, según sea el caso.

Desde tal perspectiva, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, se reitera, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica.

Es por ello, que tal concepto debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones desde el punto de vista de su esencia no prescriptible y su conexión con la realización de otros principios y derechos fundamentales, máxime que resulta coherente afirmar que así como el pago de aportes a pensión puede reclamarse a cualquier empleador en todo tiempo, igual ocurre con la devolución de las cotizaciones, que valga la pena, señalar, aunque son del sistema, dejan de serlo una vez el afiliado no cumple con los requisitos pensionales y

Pues bien, surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se procede a modificar la sentencia de primer grado, en los términos antedichos.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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 consultada, en cuanto a que el valor adeudado por COLPENSIONES a la señora ANA BEATRIZ GOMEZ MORENO por concepto de indemnización sustitutiva asciende a la suma de **\$14.459.960**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

manifiesta su imposibilidad de seguir cotizando. De manera, que se convierte en una cuestión de justicia, pues no solo ayudó a construir el capital con su trabajo, sino que también al desaparecer el fin para el cual se sufragaron esos aportes –alcanzar la pensión- es natural que pretenda su reintegro.

Por lo anterior, tales argumentos imponen a la Sala avalar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva y, en consecuencia, recoge el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEONOR MARGOT BENAVIDES CHAVES CONTRA SERTIC S.A.S., trámite al que se vinculó a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GRUPO CS CTA (RAD. 25 2015 00311 01)

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Con relación a la solicitud realizada por el apoderado de la parte actora referente a oficiar al FONADE a efectos de acreditar la mala fe de la demandada (Cd a folio 188, record 11:05, acta folio 190)¹, advierte la Sala, la petición no se acomoda a las exigencias del artículo 83 del C.P.T.², como quiera que dicho medio de prueba no fue decretado por el juez *a quo*. En todo caso es importante señalar, el oficio peticionado en la demanda (folio 8) tenía como objeto que la mentada entidad tomara *“las medidas del caso que garanticen el pago de la liquidación de haberes laborales del demandante por haber prestado sus servicios profesionales de abogado a la empresa SERTIC S.A.S en la ejecución del contrato de interventoría N° 2122281 con FONADE”*, esto es, no se perseguía la obtención de elementos de convicción a ser incorporados a las diligencias que sirvieran para desatar la controversia planteada, como quiere hacer ver el petente.

¹ “(...) Por lo tanto, le voy a solicitar al Honorable Tribunal de que esa prueba, vuelva y se ordene para que den cuenta que SERTIC actuó de mala fe, que SERTIC, le faltó a la verdad a este despacho judicial (...)”

Entonces realmente si se quiere un tanto la verdad pues pedirle al Tribunal que revise el material probatorio, que revise el interrogatorio de parte del representante de SERTIC y sobre todo que le oficie a FONADE, a ver quién está diciendo, o quien perdón, está faltando al principio de la buena fe, o quien está actuando de mala fe (...)”

² “ARTICULO 83. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL PUEDE ORDENAR Y PRACTICAR PRUEBAS. <Artículo modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes.”

Conforme lo expuesto, y como quiera que no es esta la oportunidad procesal para peticionar y decretar pruebas, no se accederá a lo pretendido.

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 135 a 246, 247 a 251 y 252 a 255) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de octubre de 2019 (Cd a folio 188, record 11:05, acta folio 190), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a los demandados SERTIC S.A.S., y COOPERATIVA DE TRABAJO GRUPO CS CTA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que prosperan las excepciones denominadas inexistencia del derecho por parte del demandante, cobro de lo no debido propuesta por SERTIC S.A.S., y las denominadas, inexistencia del contrato de trabajo entre mi poderdante (Sic), y la demandada y cobro de lo no debido propuestas por la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GRUPO CS CTA.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandante, y a favor de los demandados por \$250.000, para cada uno.

CUARTO: De no ser apelada la presente decisión ENVÍESE a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia. En ese sentido, argumenta, contrario a lo sostenido por el Despacho, el elemento subordinación está acreditado con los elementos probatorios, particularmente, con el interrogatorio de parte en el que se logró la confesión respecto a que la actora estaba cumpliendo funciones del objeto del contrato celebrado entre SERTIC y el FONADE, aun

cuando existía la prohibición contractual de vincularse al personal a través de cooperativas.

Refiere, la empresa SERTIC ante los trabajadores tenía una “fachada” de Cooperativa, siendo la que realmente proveía a los trabajadores desdibujando el salario a través del trabajo asociado. Apunta, se logró probar con documentos de trabajo y medios electrónicos que la demandante cumplía órdenes de SERTIC, siendo fijados por esta los modos, tiempo y cantidad de trabajo, así como los reglamentos, demostrando fehacientemente que el trabajo de interventoría realizado por la demandante se contrató con FONADE y no se desarrolló en virtud del contrato celebrado con la Cooperativa, enfatizando, aunque quiso anexar documentos para ilustrar la materia, estos no fueron recibidos.

Advierte, las metas eran trazadas por el FONADE a la empresa SERTIC, siendo la primera la que giraba el dinero con el cual se cancelaba a los trabajadores, desdibujando la realidad diciendo que era una compensación con una Cooperativa, y que de haberse aceptado la prueba de oficiar al FONADE, este habría entregado toda la nómina y elementos que exigía, pues nadie podía trabajar en SERTIC si su hoja de vida no estaba aprobada por FONADE, elementos de prueba que pide a esta Corporación sean ordenados.

Menciona, la actora nunca conoció la Cooperativa, ni votó o hizo aportes como cooperante, afiliada o socia de esa organización pues esta era una fachada que funcionaba en un apartamento donde no se conocía a nadie y que era manejada únicamente para el manejo laboral y contable de SERTIC quien, a su vez, debía pasar informes de su nómina a FONADE, para lo cual insiste en que se oficie a esta última entidad con el fin de que indique si aprobó o autorizó la vinculación de la actora como abogada interventora de SERTIC³ (Cd a folio 188, record 12:17, acta folio 190).

³ “Señor Juez, muchas gracias procedo a interponer el recurso de apelación ante la superioridad con fundamento en los siguientes argumentos, para que sea revocada la decisión en su totalidad:

Encuentro que el elemento de subordinación, que nos enmarca el artículo 24 del CST, a contrario sensu, del pronunciamiento respetable de su despacho, es contrario a la realidad, porque en el acontecer procesal no solo con la demanda se allegaron elementos eficientes probatorios, sino que con el interrogatorio de parte, se logró la confesión del representante legal de SERTIC, de que la Dra., Leonor Margot Benavides, estaba cumpliendo funciones del objeto del contrato entre SERTIC y FONADE, y que dicho contrato prohibía, la vinculación de personal a través de Cooperativas, en uno de sus artículos, que la interventoría de ese contrato y la inspección y la investigación de la Contraloría evidenciaron este hecho, donde SERTIC ante los trabajadores, tenía la fachada de una Cooperativa de las tantas Cooperativas que esta empresa ha creado, a

lo largo de su trasegar, contra los trabajadores y se logró obtener la confesión que incluso dice el representante de SERTIC en su confesión que eso es una minucia, cuando a FONADE, presentaban sus informes, y presentaban su trabajo directamente de la demandante, y se logró establecer que era con los medios que SERTIC proveía a los trabajadores, y que el salario se desdibujaba a través de una fachada de la supuesta Cooperativa que funcionaba para ese entonces, porque inmediatamente termino el contrato la liquidaron.

Y se logró probar fehacientemente con documentos de trabajo y medios electrónicos, que la demandante cumplía órdenes de SERTIC, que los modos, el tiempo y la cantidad de trabajo era fijada por SERTIC, y que cumplía los reglamentos de trabajo de SERTIC.

Entonces la trabajadora, sí demostró de forma fehaciente a contrario sensu, de lo que afirma el despacho, de que cumplía órdenes del empleador SERTIC S.A.S., es más, si bien el despacho denegó la prueba de FONADE que se le pidió que le oficiara a FONADE, para que allegara todos los informes donde allí SERTIC, para vincular previamente a un abogado interventor debía de mandar su hoja de vida y tener la aprobación de FONADE, para poderlo vincular y era FONADE quien revisaba el trabajo del abogado interventor y se lo aprobaba a SERTIC, tal y como se probó dentro del proceso.

Entonces, el elemento subordinatorio que nos habla el artículo 24 del CST, en mi concepto, en mi humilde concepto, en mi humilde criterio la abundante recaudo probatorio y sobre todo el interrogatorio de parte del representante de SERTIC, confiesa, dice sí, la Dra., Leonor precisamente estaba haciendo ese trabajo de interventoría con el cual, se contrató con FONADE, mas no el del objeto del supuesto contrato que tenía SERTIC, con la empresa Cooperativa, si usted, revisa y por eso en mis alegatos fui muy claro y quise anexarle que ustedes no aceptaron para ilustrar la materia, pero el demandado, si los anexo ese objeto de ese contrato que dice y que exhibe para liberarse del contrato realidad no se compadece su objeto con el objeto de los deberes y funciones que estaba cumpliendo de forma continua y permanente la demandante.

Entonces el artículo 23 numeral 2 del CST, que nos dice que sea la forma cualquiera que le quiera dar el empleador, no desvirtúa la realidad con base a las funciones de modo, tiempo y cantidad de trabajo, y la imposición de reglamentos que le imponga el verdadero patrono que en este caso era SERTIC. Ahora, las ordenes que SERTIC, le daba a la trabajadora, tal y como se probó, con todos los documentos que se le allegó por parte de la demandante, e incluso del demandando, esta trabajadora tenía que cumplir unas metas, que trazaba FONADE a la empresa SERTIC, y mediante los cuales, esas metas FONADE le pagaba a SERTIC, y plata con que SERTIC, luego le pagaba a sus trabajadores, desdibujando la realidad diciendo que era una compensación con una Cooperativa.

Hechos que no eran ciertos, porque la plata provenía del Estado, y el Estado con el contrato de SERTIC, que ahí se señaló que era el 212281, le trazó una ruta de trabajo a SERTIC, y una prohibición expresa, porque esa es causal de destitución del empleado público que contrate actividades misionales del Estado y que las subcontrate el contratista, tal como aquí quisieron darle esa fachada, porque realmente, si hubiera aceptado la prueba de que le oficiara a FONADE, FONADE le había entregado toda la nómina elementos que exigía, como quise allegarlos aquí en la audiencia de alegatos, donde SERTIC, y que dijo el gerente que eso era una minucia que realmente no es una minucia, sino que es el tapa, tapa de la realidad, ellos a FONADE, su mismo auditor le mandaba las nóminas mensuales y el trabajo a FONADE para que lo revisara y lo aprobara, nadie podía trabajar en SERTIC, si su hoja de vida no estaba aprobada por FONADE.

Por lo tanto, le voy a solicitar al Honorable Tribunal de que esa prueba, vuelva y se ordene para que se den cuenta que SERTIC, actuó de mala fe, que SERTIC, le faltó a la verdad a este despacho judicial, y que el representante legal, si confeso que la Dra., Leonor Margot Benavides, trabajaba para el objeto, con el cual había contratado con la firma FONADE.

Por eso señor Juez, y al Honorable Tribunal, les pido que en honor a la verdad y a la realidad, se vuelva a revisar el material probatorio y sobre todo el interrogatorio de parte del representante legal de SERTIC, que confiesa, que la Dra., Leonor Margot Benavides, si estaba subordinada, y si estaba trabajando para el cumplimiento del objeto del contrato FONADE SERTIC, número 212281, contrato de interventoría, y que si bien se hizo una fachada de que la Dra., Leonor, se afiliaba a una Cooperativa, si se mira el objeto de esa Cooperativa, nada tiene que ver con la labor que la Dra., Leonor fue y desempeñó en SERTIC, que la trabajadora jamás conoció la organización, voto o hizo aportes como cooperante, afiliada, socia de esa Cooperativa, como se dijo en esa audiencia, esa era una Cooperativa de fachada que funcionaba en un rincón, por allá en un apartamento donde no se conocía nadie. Y solo la manejaban para su manejo interno laboral y contable de SERTIC, porque la realidad era otra, ella tenía que pasarle informes a FONADE de su nómina, como pagaban, entonces realmente si se quiere un tanto la verdad, pues pedirle al Tribunal que revise el material probatorio, que revise el interrogatorio de parte del representante de SERTIC, y sobre todo que le oficie a FONADE, a ver quién está diciendo o quien perdón, está faltando al principio de la buena fe,

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LEONOR MARGOT BENAVIDES CHAVES las pretensiones visibles a folio 3, las cuales se sustentaron en los hechos narrados a folios 4 y 5, solicitando se declare que entre ella y la empresa SERTIC S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido. En consecuencia, se le condene a dicha sociedad a pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios, aportes a seguridad social y parafiscales, causados en vigencia de la relación laboral, así como la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria y las costas. Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable por cuanto se absolvió a la demandada y la vinculada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no eran claras las funciones o actividades que desarrolló a favor de SERTIC S.A.S, además de que la actora no cumplió con la carga de probar la subordinación, no siendo posible determinar este elemento de las pruebas recaudadas.

o quien está actuando de mala fe, porque como lo señala la mala fe, hay que probarla y la mejor prueba es que el Tribunal, si quiere despejar cualquier duda, le oficie a FONADE, para que FONADE le diga si aprobó, o no aprobó, y si autorizo la vinculación de la Dra., Leonor Margot Benavides como abogada interventora a SERTIC.

Esto corroboraría las pruebas de la subordinación que tuvo la Dra., Leonor Margot Benavides, con SERTIC, directamente porque es que las metas de trabajo se las imponía directamente SERTIC, no era la Cooperativa porque la Cooperativa, no tenía ni idea de ese asunto, era una fachada simplemente, SERTIC, era la que tenía el contrato con FONADE minero, entonces y esto, se explicó ampliamente en el acápite de pruebas y de hecho y fundamentos jurídicos de la demanda, y se ratificó en los alegatos de conclusión que se presentaron aquí, y se tomó el interrogatorio de parte del representante legal, donde confesaba, a mí me va a perdonar este despacho pero ahí hubo una confesión muy clara de que la trabajadora le servía a SERTIC S.A.S., no a una Cooperativa.

Que si hubiera hecho una fachada de afiliaciones y de cosas con una Cooperativa, ese objeto incluso ese documento, que la demandada aporta del convenio tal interadministrativo, nada tiene que ver, con la misión y la labor y las funciones que la subordinada, trabajadora Dra., Leonor Margot Benavides, cumplía con SERTIC.

A esto limito mi alegato para que el Honorable Tribunal Magistrado de Reparto, por favor, revise nuevamente el material probatorio ordene esa prueba fundamental, para que FONADE, le haga llegar la historia, porque FONADE tenía que aprobar mes a mes el pago de los abogados interventores. Muchas gracias señor Juez.”

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y acreditados los extremos resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En el presente caso, precisamente el distanciamiento entre la actora y empresa SERTIC S.A.S se presenta en ese sentido, pues entre tanto la demandante afirma que celebró contrato de trabajo con SERTIC S.A.S, esta se opone indicando que la relación laboral pretendida por la convocante no existió, por cuanto ésta estaba vinculada mediante convenio de asociación con la CTA GRUPO CS.

Así las cosas, cabe precisar, no tiene importancia la denominación que le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, lo que la configura, es la forma como se ejecuta la prestación pues prima la realidad *“en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”*⁴

De esta manera, permite la doctrina y la jurisprudencia, examinar cómo se ejecutó la labor desarrollada por la actora, quien afirma haber prestado sus servicios para SERTIC S.A.S. y en ese orden atendiendo la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio, elemento sobre el cual el juez divagó para concluir que no se encontraba probado, por cuanto acreditado dicho aspecto se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo por tanto a la demandada SERTIC S.A.S desvirtuar su existencia, y no como lo estableció el juez de primer grado que la carga de probar la subordinación estaba en cabeza de la convocante. Al respecto, puede

⁴ Citado por Américo Pla Rodríguez “Los Principios del Derecho del Trabajo”, de. De Palma. Buenos Aires, 2 de., 1978).

consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701⁵.

En la misma dirección, teniendo en cuenta que la pasiva se opone a las pretensiones de la demanda bajo el argumento, que el vínculo del demandante fue con GRUPO CS CTA en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por la demandante (folio 47) debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo 25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que *“El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se realice”*. A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas *“...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado”*.

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000⁶

⁵ *“El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).*

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

⁶ *“Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto*

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

“ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el artículo 59 del mismo compendio normativo.

“ARTICULO 59.- En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.” (Subraya de la Sala).

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

*“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

*3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y***

que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”

Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incursas en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).

(...)”

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

“Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”. (Resalta la Sala)

Ahora bien, bajo los anteriores presupuestos, aborda la Sala el estudio del caso puesto a consideración, en virtud de lo cual para establecer la procedencia o no de las pretensiones incoadas es menester, el análisis íntegro del acervo probatorio, teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas recaudadas de las cuales resultan de especial relevancia para resolver.

En primer lugar, se tiene que el representante legal de la demandada SERTIC S.A.S, absolvió interrogatorio de parte⁷, el cual giró en torno al proceso de liquidación del contrato FONADE-SERTIC (celebración del contrato, presentación de propuesta técnica, relación del equipo para el proyecto, presentación de informes, supervisión, recursos girados por la entidad pública, etc.) los cuales no hicieron parte del debate probatorio en tanto ningún hecho de la demanda o su contestación hizo referencia a estos aspectos particulares, advirtiendo, el cuestionario se formuló teniendo en cuenta documentos que no fueron incorporados en su debida oportunidad como elementos de convicción a las diligencias. De este medio de prueba, se rescata la aseveración hecha respecto a que la demandante trabajó con esa empresa con relación al contrato de FONADE.

Por otra parte, se tiene copia de la carta de compromiso (formato 13) suscrita por la demandante el 3 de octubre de 2013 (folio 18) en la que se consignó:

“Yo, LEONOR MARGOR (sic) BENAVIDES CHAVES identificado con cédula de ciudadanía N° 51.794.305 Expedida en Bogotá, me comprometo a prestar mis servicios como ABOGADO a la firma SERTIC S.A.S, para el proceso N° OCC027-2012 cuyo objeto es “INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y DE

⁷ Cd folio 167, récord 07:56, acta folio 168.

CONTROL PRESUPUESTAL PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CUAL SE DESARROLLAN LAS ACTIVIDADES DE EVALUACIÓN DOCUMENTAL E INSPECCIONES DE CAMPO REQUERIDAS PARA APOYAR AL SGC EN LA FISCALIZACIÓN INTEGRAL DE LOS TÍTULOS MINEROS-GRUPO 2, *en caso de que resultare aceptada la oferta de contrato del presente proceso presentada por SERTIC S.A.S* (subrayas de la Sala).

Reposa igualmente copia del “*compromiso de confidencialidad, no divulgación, declaración de ausencia de inhabilidad, incompatibilidad y/o conflicto de interés N° 51 del 17 de octubre de 2017*”, suscrito por MARGOT BENAVIDES y el representante legal de la sociedad demandada en cumplimiento del contrato de interventoría N° 2122281 celebrado entre FONADE Y SERTIC S.A.S (folio 19 a 22) en cuya consideración segunda se estableció que en su calidad de abogada de SERTIC S.A.S, se ha vinculado y apoyará el cumplimiento del contrato N° 2122281 (folio 19). También, milita declaración juramentada firmada por la demandante el 30 de abril de 2014, en la cual, en su calidad de “***Abogada de SERTIC S.A.S vinculada para apoyar el cumplimiento del Objeto del Contrato N° 2122281 suscrito con FONADE***” (folio 26), en el que declara:

“1. Que a la fecha de mi desvinculación del proyecto relacionado con el cumplimiento del objeto de contrato antes descrito, he hecho entrega a SERTIC S.A.S de toda la información que me fuera entregada o que conocí en desarrollo de mis funciones, relacionadas con las actividades de interventoría ejecutadas dentro del proyecto de “Fiscalización integral de los Títulos Mineros” en medio físico, digital, electrónico, contenido de expedientes, documentos físicos, bases de datos y plataforma informática y cualquier otro medio conocido.

2. Que he hecho entrega a SERTIC S.A.S de los documentos e información que elaboré, analicé, proyecté, recopilé, sistematicé, digitalicé, escaneé, organicé y a los cuales tuve acceso en virtud de mi vinculación con el proyecto precitado y no he guardado ninguna copia de ellos para mi uso o de terceros no autorizados, en ningún medio físico o electrónico ni ningún otro conocido”

En medio magnetofónico (folio 32) se allegó en versión word, comunicaciones electrónicas remitidas a la demandante desde correos con dominio @certicsas.com.co, en el cual se adjuntan o asignan “IFI” e “IED” para evaluar.

De igual forma, se advierte comunicación del 3 de febrero de 2014 dirigido a GURPO CS, JAIRO SALGADO y LUDY BAYONA, en el cual la demandante solicita el disfrute de un día de descanso por cumpleaños, conforme al beneficio que da la compañía (folio 25) .

Además, misiva calendada 11 de abril de 2014 (folios 27 y 88) por la cual se comunica a la Gerente del Grupo CS “*que los procesos y procedimientos que vienen ejecutando los profesionales mencionados –entre ellos la demandante– culminan en su etapa plena*”, a partir del 30 de abril de 2014.

A folios 79 y 142 se observa copia de la solicitud de ingreso a la Cooperativa GRUPO CS, firmada por la señora LEONOR MARGOT BENAVIDES el 17 de octubre de 2013, en la que manifiesta su voluntad de acatar los estatutos y regímenes de la institución, y para prestar su aporte de trabajo personal, aceptando las condiciones establecidas en los convenios de cooperación con terceros para su participación laboral; petición aceptada en esa misma fecha (folio 80 y 143).

Se avizora convenio de asociación signado entre LEONOR MARGOT BENAVIDES y GRUPO CS CTA (folios 81 y 82, y 136), en el que la demandante se obligó, entre otras, a “*contribuir con su capacidad de trabajo con responsabilidad de conformidad con las necesidades de la cooperativa y las características del servicio, con altos estándares de calidad, eficiencia y cumplimiento*”, además “*aceptar y cumplir los reglamentos y normas dictadas por la Asamblea, el Consejo de Administración, la Junta de Vigilancia, los Comités y la Gerencia*”. Del mismo modo, se percibe convenio de trabajo autogestionario del 17 de octubre de 2013 (folios 83 y 84, 137), cuyo objeto es del siguiente tenor:

“*OBJETO: Desempeño como trabajador asociado en calidad de ABOGADO/MINEROS, sin que haya vinculación laboral con éste a partir del 1 de octubre de 2013, con sede en Bogotá, como trabajador asociado se compromete a vincular su trabajo personal para la producción de bienes, ejecución de obras o contribución de trabajo personal, en forma autogestionaria, con calidad, responsabilidad, ética y oportunidad (...) teniendo en cuenta las siguientes condiciones: COMPENSACIÓN: GRUPO CS CTA, reconocerá al trabajador asociado una compensación ordinaria, extraordinaria, auxilios y beneficios de conformidad con el régimen de compensaciones establecido en el acuerdo marco de la asamblea y aprobados por el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL a través de resolución (...)*”

Reposan igualmente las afiliaciones a caja de compensación familiar, salud, pensión y riesgos laborales efectuada por la CTA (folios 85 a 87, 141), así como escrito fechado 25 de abril de 2014 dirigido a la actora (folio 89 y 134) en el cual GRUPO CS informa lo siguiente:

“Por medio del presente me permito informarle que en días pasados los representantes de la Unidad Estratégica de Negocios Sertic S.A.S, empresa contratante en los procesos de apoyo que Grupo CS realiza en esta entidad, manifestó que el proceso que usted viene ejecutando en la interventoría contratada culminó en etapa plena, no siendo necesario continuar con el mismo proceso en la siguiente etapa de dicha interventoría.

Por lo anterior, me permito informarle que el convenio de Trabajo Autogestionario firmado con fecha Diecisiete (17) de Octubre de 2013, culmina el Treinta (30) de Abril de 2014, sin embargo es necesario aclarar que usted no pierde en ningún momento la calidad de asociado, es decir, usted continúa vinculado a nuestra Cooperativa para lo cual solo debe asumir el pago del 100% de su seguridad social y aporte social antes del quinto día de terminarse el mes”

En el plenario se vislumbra comprobante de pago (folio 90) en el que se hace la devolución de aportes sociales a la demandante en cuantía de \$87.440, así como desprendibles de pago de compensaciones de enero a abril de 2014 (folios 91 y 92) y noviembre a diciembre de 2013 (folio 92 y 93, 144 a 147), al igual, manuscrito de la actora solicitando su retiro de la cooperativa y la devolución de sus aportes a partir del 30 de abril de 2014 (folio 135), declaración juramentada del trabajador asociado para el contrato de prestación de servicios firmado con SERTIC S.A.S (folio 138), *“manual específico de roles, responsabilidades y competencias de la labor”* de abogado asesor especialista en la línea de negocio minas, financiero y validación de información expedido por GRUPO CS (folios 139 y 140).

También se evidencia comunicado del 13 de marzo de 2014 dirigido a los asociados GRUPO CS, proveniente de la gerencia, en la que se recuerdan los horarios, el trámite para permisos e incapacidades (folio 148), memorando dirigido a la señora BENAVIDES CHAVES en el que se le realiza un llamado de atención por parte de la CTA por incumplimiento del horario y se le recuerda la hora de ingreso y la obligación de registrar la asistencia, así como las consecuencias ante la omisión de dicha obligación (folio 149), evaluación sobre Cooperativismo (folio 151 y 152), petición del 28 de abril de 2014 en la que, entre otras manifiesta la intención de continuar como socia de la cooperativa para lo cual pide se informe donde debe consignar los aportes sociales (folio 154).

Como prueba documental igualmente, se incorporó copia del contrato de prestación de servicios de interventoría y consultoría técnica, administrativa, jurídica y/o financiera en telecomunicaciones, tecnologías de información y comunicación, gestiones sociales, petroleras, hidrocarburos y obras de

infraestructura según órdenes de servicios, modalidad apoyo logístico, suscrito entre SERTIC S.A.S y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO GRUPO CS el 1 de diciembre de 2011 (folios 71 a 73 y 125 a 127), con duración indefinida, el cual tiene por objeto:

“LA COOPERATIVA, se obliga a prestar a la Empresa CONTRATANTE sus servicios como cooperativa de trabajo asociado, LLEVANDO A CABO LA INTERVENTORIA Y CONSULTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, JURÍDICA Y/O FINANCIERA EN TELECOMUNICACIONES, TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, GESTIONES SOCIALES, PETROLERAS, HIDROCARBUROS Y OBRAS DE INFRAESTRUCTURA SEGÚN ORDENES DE SERVICIOS” (folio 71)

En tal instrumento se pactó:

*“**OCTAVA: CALIDAD DE ASOCIADO.-** Todo el personal que la COOPERATIVA tenga a su disposición para que realice las actividades, oficios o labores solicitadas por el CONTRATANTE, deberá ser asociado hábil de acuerdo a los estatutos que rige el funcionamiento de la COOPERATIVA.” (Folio 72)*

Mediante otro sí N° 01 al referido contrato de prestación de servicios (folios 74 - 75 y 131 - 132) de 12 de enero de 2012, el contratante – SERTIC S.A.S- autorizó al GRUPO CS *“a utilizar los distintivos, marca de la empresa en uniformes, documentos, correos electrónicos, formatos carné de identificación, en las actividades que los trabajadores asociados que hacen parte de GRUPO CS realicen con fines de ejecutar procesos encargados previamente por el **Contratante.**”* Asimismo, se acordó que, con el ánimo de reducir los costos operacionales y financieros, la sociedad SERTIC efectuaría los pagos que indique GRUPO CS a los trabajadores asociados de manera directa, conforme facturación mensual (folio 75), sin que ello genere vinculación laboral con la Cooperativa o los trabajadores asociados. De la misma manera, otrosí calendado 6 de diciembre de 2011, por la cual se modifica el objeto del contrato (folio 130).

En consonancia con lo anterior, por comunicación del 14 de marzo de 2014, la gerente de GRUPO CS, solicita a SERTIC S.A.S generar la dispersión para el pago de la compensación de los Asociados (folio 76 y 133).

A folios 77 y 78⁸, obra copia del contrato de comodato celebrado entre SERTIC S.A.S y GRUPO CS CTA el 1 de diciembre de 2011, en el que la primera, entrega en comodato a la segunda los siguientes bienes *“infraestructura física (edificio,*

⁸ También fue aportado a folios 128 y 129.

oficinas, cafetería, baños, muebles, escritorios, sillas), infraestructura tecnológica como equipos de cómputo, PC's, portátiles, celulares, teléfonos redes de comunicaciones, entre otros)", ubicados en la Calle 39 B N° 18ª-32 Barrio Teusaquillo en la ciudad de Bogotá.

Finalmente, se observa Auto 0002999 del 12 de agosto de 2016 "*por medio del cual se archiva una denuncia en etapa preliminar*" (folios 158 a 162) en la que el coordinador del grupo de prevención, inspección, vigilancia y control de la dirección territorial de Bogotá, decide no formular pliego de cargos contra GRUPO CS CTA por no encontrar mérito para iniciar el proceso administrativo sancionatorio de la queja formulada por la aquí demandante, pues considera, esa corporación no realiza intermediación laboral de ningún tipo según lo manifestado en las normas y tampoco actúa como empresa de servicios temporales (folio 161).

Conforme todo lo anterior, es claro que la demandante prestó sus servicios en SERTIC S.A.S, ejecutando la labor como abogada, por lo que inicialmente se encontraría cobijada por la presunción legal señalada al inicio de esta sentencia - artículo 24 del C.S.T.-, empero, conforme el análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, a juicio de esta Sala la presunción fue desvirtuada por la encartada, teniendo en cuenta que se acreditó la ausencia de subordinación de SERTIC S.A.S a la demandante, se probó, aunque la demandante desarrolló su labor en las instalaciones de la empresa SERTIC S.A.S ubicada en la Calle 39 B N° 18 A-32, tal edificación estaba entregada en comodato a la Cooperativa junto con los elementos físicos y tecnológicos que allí se encontraban, por lo que es claro, los medios y equipos de trabajo eran entregados por la CTA, advirtiendo en todo caso, las labores eran ejercidas allí en virtud del convenio comercial suscrito entre las dos personas jurídicas –SERTIC SAS Y GRUPO CS CTA-. Adicionalmente, quedó acreditado que quien ejercía dicho poder subordinante era precisamente la CTA en tanto, por ejemplo, sancionó a la demandante por el incumplimiento del horario y le impuso directrices para la tramitación de incapacidades y permisos, situación esta última que no era ajena a la demandante en tanto, cuando solicitó el disfrute del permiso por cumpleaños lo dirigió a GRUPO CS CTA.

En el plenario también quedó acreditado que el manual de funciones para el cargo desarrollado por la demandante dentro de SERTIC lo efectuó la CTA.

De otra parte no sobra agregar, de las pruebas obrantes en el plenario, se acredita la vinculación de LEONOR MARGOT BENAVIDES CHAVES, a la cooperativa de trabajo asociado GRUPO CS, en calidad de socio, a partir del 17 de octubre de 2013 (folio 79) pues además de constatarse con la solicitud y aceptación de la vinculación de la actora (folio 78 y 80), se probó que la misma realizó actividades propias de los socios de una cooperativa de trabajo, tales como la asistencia al curso de cooperativismo, lo que se constata de la evaluación (folio 151 y 152), efectuó el pago de aportes sociales y solicitó la continuidad a la Cooperativa aun cuando se terminó la labor con la empresa SERTIC S.A.S.

En ese orden, en el caso de marras no se evidencia la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y SERTIC en los términos referidos desde el libelo demandatorio.

Es importante precisar, el recurso de alzada se funda en pruebas de las que se duele la parte no fueron recaudadas en el proceso, de allí que tales manifestaciones resulten insuficientes para desatar el objeto de la litis o para contrariar las conclusiones a las que ha llegado la Sala luego del análisis del caudal probatorio, enfatizando, aunque como lo aseguro el apoderado de la demandante hubieran podido ser recolectados mayores elementos de convicción, lo cierto es que dicho esfuerzo demostrativo le correspondía en mayor medida a la demandante, en los términos del artículo 167 del C.G.P.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las conclusiones expuestas se confirmará la sentencia de primer grado, pero atendiendo los argumentos esbozados por esta Sala de decisión.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.


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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

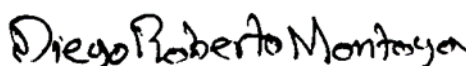
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANTONIO OSCAR OLARTE RUEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP (RAD. 25 2017 00537 01).

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARICA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folio 225)

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 222 a 224) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez

Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de octubre de 2020 (Cd. fl. 217, record 14:50 y acta a folio 218), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la UGPP de todas y de cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se **DECLARAN** probadas las excepciones de cobro de lo no debido, no configuración del pago de intereses moratorios propuestos por Colpensiones y las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación propuesta por la UGPP las restantes resueltas en el proceso no se han de analizar.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

CUARTO: De no ser apelada la presente decisión envíese al Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando su revocatoria. En ese sentido, señala, debe darse aplicación al principio de igualdad con aquellas personas que se pensionaron bajo el mismo régimen pensional, a quienes si se les aplicó el Decreto 1653 de 1977 integralmente, no solo lo referente a la edad y al tiempo cotizado, sino también al IBL.

Además, difiere de lo concluido por el juez frente a la aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, porque esta no hace parte del decreto anterior, y en su criterio, siendo el demandante beneficiario del régimen de transición, la pensión debe liquidarse conforme lo cotizado en el último año de servicio¹ (Cd. fl. 217, record 16:05 y acta a folio 218).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

¹ “Me permito interponer recurso de apelación para que se diga en el Tribunal, Honorable Tribunal del distrito judicial de Bogotá sala laboral en los siguientes términos:

Solicito que sea revocada la sentencia teniendo en cuenta el principio de igualdad establecido para otros pensionados que han tenido el mismo tipo pensional y a los cuales si se les aplicó la ley el decreto 1653 de 1977 en toda su integridad y no solamente en la edad, en el tiempo cotizado sino también en el IBL. Difiero del señor juez en el sentido de que esta indebidamente aplicado el artículo 21 de la ley 100 de 1993 por lo que esta no hace parte de la anterior el decreto por el cual se pensiono el señor Antonio Oscar Olarte y el hace parte del régimen de transición por lo cual solicito que en su integridad se de aplicación al decreto 1653 de 1977 es decir que se le cotice sobre su último año de servicio. En ese sentido dejo plasmado mi recurso de apelación.”

Constituyeron los anhelos del demandante ANTONIO OSCAR OLARTE RUEDA en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 6 y 7, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 4 a 6, aspirando, “declarar la nulidad o dejar sin efecto jurídico los actos administrativos contentivos en las Resolución (sic) No. 149 del 21 de febrero de 2007 por medio del cual se resuelve la pensión de jubilación expedida por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO actualmente a cargo de la UGPP, la resolución No. RDP 037033 del 5 de Diciembre de 2014 por medio del cual se modifica una mensa (sic) pensional por compartibilidad, la Resolución No. RDP 017433 del 5 de mayo de 2015 por medio del cual se resuelve una solicitud de reliquidación pensional, en el cual se niegan las pretensiones, Resolución No. RDP 048952 del 24 de Noviembre de 2015 por medio del cual se modifica la resolución No. 037033 del 5 de diciembre de 2014 ajustándose la mesada pensional en lo que tiene que ver con el mayor valor a pagar todas estas resoluciones expedidas por la UGPP o estando bajo su responsabilidad actual”. Así mismo, “declarar la nulidad o dejar sin efecto jurídico los actos administrativos contenidos en las Resolución (sic) No. 766 del 31 de marzo de 2010 por medio del cual se reconoció la pensión de jubilación, Resolución No. GNR105653 del 21 de mayo de 2013 por medio del cual se reconoció la pensión de vejez, Resolución No. GNR 239665 del 6 de agosto de 2015 por medio de la cual se reconoció pensión de vejez compartida, Resolución No. GNR326035 del 22 de octubre de 2015 por medio del cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución No. GNR239665 del 6 de agosto de 2015, Resolución No. VPB 4866 del 1 de febrero de 2016, por medio de la cual se resuelve recurso de reposición confirmando la resolución No. GNR 326035 del 22 de octubre de 2015 que modifico (sic) la resolución GNR239665 del 6 de agosto de 2015, Resolución No. GNR 160982 del 1 de junio de 2016 por medio del cual se reliquidó la pensión de vejez compartida, Resolución No. GNR 224234 del 29 de julio de 2016 por medio del cual se resuelve recurso de reposición contra la resolución GNR 160982 del 1 de junio de 2016, Resolución No. VPB 43750 del 6 de Diciembre de 2016 por medio del cual se resuelve un recurso de apelación contra la Resolución No. GNR 160982 del 1 de junio de 2016 modificándola en sus partes todas estas resoluciones expedidas o estando bajo la responsabilidad de COLPENSIONES” En consecuencia de lo anterior, se reliquide su “pensión de vejez” teniendo en cuenta la forma de liquidación y los factores salariales establecidos en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 o lo establecido en el artículo 98 y 101 de la Convención Colectiva “cuya normatividad es aplicable por ser beneficiario del régimen de transición”, se pague el retroactivo “de los

incrementos de las mesadas pensionales” desde el momento en que adquirió el derecho pensional y las que se causen con posterioridad, debidamente indexado, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra a las accionadas, al considerar el Juez de primera instancia que no es posible reliquidar las prestaciones reconocidas al actor por cuanto las pensiones fueron reconocidas a su favor en virtud del régimen de transición del cual es beneficiario, advirtiendo, el IBL no fue susceptible de régimen de transición, por lo que debe aplicarse la regla contenida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de esa misma disposición, no siendo posible por tanto la reliquidación en consideración al promedio de lo devengado en el último año de servicios. Además precisó, la pensión reconocida por el extinto ISS a favor del actor no fue de carácter convencional de allí que no procediera el estudio de su reliquidación con base en la Convención Colectiva suscrita con el ISS.

Previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de discusión en esta instancia que al demandante le fueron reconocidas dos pensiones, a saber:

i) PENSIÓN DE JUBILACIÓN: mediante resolución 0149 del 22 de febrero de 2007 expedida por la E.S.E. LUIS CARLOS SARMIENTO, en calidad de empleador, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, a partir del 23 de septiembre de 2005 en cuantía inicial de \$1.354.570, la cual tendría carácter compartido con que aquella que reconociera el sistema general de seguridad social (folios 17 a 24 y CD folio 165, expediente administrativo incorporado por la UGPP). Dicha prestación fue modificada mediante Resolución No. 766 de 31 de marzo de 2010 (folios 31 a 33) expedida por el Instituto de Seguros Sociales –en calidad de empleador- quien asumió el pago de la misma y la reconoció bajo los parámetros del Decreto Ley 1653 de 1977 –en aplicación del principio de favorabilidad- a partir del 23 de septiembre de 2015, en cuantía de \$1.879.747, aplicando una tasa de reemplazo del 100% sobre el IBL obtenido de promediar los salarios devengados en los últimos 10 años, por ser beneficiario del régimen de transición, disponiendo el pago de la diferencias causadas a su favor. Actualmente el pago está a cargo de la UGPP, solo en un mayor valor (folios 57 a 59 –Resolución RDP 037033 de 5 de diciembre de 2014- folios 69 y 70 –Resolución RDP048952 de 24 de noviembre de 2015).

ii) **PENSIÓN DE VEJEZ:** Otorgada por COLPENSIONES mediante Resolución GNR 105653 de 21 de mayo de 2013 (folios 45 a 47), conforme lo previsto en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al actor por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de junio de 2013 en cuantía inicial de \$1.946.300, pensión de carácter compartida con aquella reconocida por el ISS empleador, la cual fue reliquidada en acto administrativo GNR 239665 del 6 de agosto de 2015 (folios 64 a 68), a partir del 21 de septiembre de 2010 estableciendo como mesada inicial la suma de \$1.885.392, modificado a su vez en Resolución GNR326035 de 22 de octubre de 2015 (Cd expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, folio 213) estableciendo la cuantía de la mesada para 2015 en \$2.184.162. Esta decisión se modificó nuevamente en Resolución GNR 160982 de 1 de junio de 2016 (folios 81 a 88) en el que se determina una tasa de reemplazo del 90%, en consideración al número de semanas cotizadas al RPM, fijando como mesada a partir del 15 de marzo de 2013 en suma de \$2.077.909².

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar procura el demandante la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta el IBL previsto en el Decreto Ley 1653 de 1977, esto es, el promedio de lo devengado en el último año de servicios (artículo 19³), sin hacer mención específica a cuál de las prestaciones otorgadas a su favor se refiere. No obstante lo anterior, y aunque la demanda no resulta ser un dechado de virtudes, analizado el escrito en su conjunto, atendiendo la forma en que se formularon las pretensiones y como quiera que se procura “*la nulidad*” (folios 6 y 7) de los actos administrativos que reconocieron ambas prestaciones, entiende la Sala que la intención del demandante es obtener la reliquidación del IBL tanto de su pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES, como la de jubilación reconocida por el ISS en calidad de empleador, sustituida en su pago por la UGPP.

Así pues, con relación a la pensión de jubilación, y dado que no es objeto de debate que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo

² Mediante Resolución VPB 43750 del 6 de diciembre de 2016 (folios 101 a 105) se estableció que el retroactivo causado como consecuencia de las diferencias pensionales causadas con la reliquidación de la pensión, debían ser girados a favor de la UGPP.

³ “ARTÍCULO 19. DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN. El funcionario de seguridad social que haya prestado servicios durante veinte años continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años si es varón o de cincuenta si es mujer, tendrá derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación. Esta pensión equivaldrá al ciento por ciento del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración (...)»

36 de la ley 100 de 1993, siendo el reconocimiento pensional otorgado a la luz de lo dispuesto en la Decreto Ley 1653 de 1977, y como lo pretendido por el actor es la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios, es menester señalar en cuanto a la definición del IBL, aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, en consideración a que, en el caso del actor, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba a más de diez años de consolidar su derecho pensional⁴, en criterio de la Sala el ingreso base de liquidación de su mesada es el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo. Así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en las sentencias con radicación 43336⁵ y 39660, en la cual se reiteró lo señalado en las sentencias proferidas dentro de los radicados 22151, 35113 y 39592.

El criterio expuesto en precedencia se encuentra acorde con el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 230 del 29 de abril de 2015⁶, en el cual, en síntesis se dejó claro que el IBL, no es un aspecto

⁴ Por cuanto para dicha calenda (1 abril de 1994) contaba con 43 años de edad, conforme se establece de la copia del registro civil de nacimiento (fol. 13) donde se consigna que nació el 21 de septiembre de 1959.

⁵ “Por manera que, dependiendo del tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho a la pensión cuando entró en vigencia el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, respecto de los beneficiarios de la transición pensional se presentan dos situaciones: (i) La de quienes al momento en que entró a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 les faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE, y (ii) La de quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, caso en el cual el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

⁶ “Es importante recordar que el propósito original del legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 fue crear un régimen de transición que beneficiara a las personas que tenían una expectativa legítima de pensionarse bajo la normativa que sería derogada con la entrada en vigencia de la ley 100. En concreto, en la Sentencia C-258 de 2013 se señaló que, el beneficio derivado de pertenecer al régimen de transición se traduce en la aplicación posterior de las reglas derogadas en cuanto a los requisitos de (i) edad, tiempo de servicios o cotizaciones y (iii) tasa de reemplazo. Sin embargo, frente al ingreso base de liquidación (IBL) la Corte sostuvo que no era un aspecto a tener en cuenta en dicho régimen.

Dicha voluntad del legislador, afirmó la Corte, puede evidenciarse del mismo texto del inciso tercero del artículo 36 de la ley 100. Agregó que entender lo contrario, en el caso particular del régimen especial derivado del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, desconocía el derecho a la igualdad.

Así, este Tribunal declaró inexecutable la expresión “durante el último año” señalando que el IBL debía calcularse de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como se evidencia, la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla a seguir sobre el IBL, estableciendo que este no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100.

Tal como fue advertido por la Sala Plena mediante Auto No. 326 de 2014, esta Corporación no se había pronunciado de manera expresa acerca de la interpretación que debía otorgarse a las disposiciones que contemplaban lo atinente al monto y al ingreso base de liquidación en el régimen de transición. En este respecto, expuso:

“En efecto, en un primer momento, en la Sentencia C-168 de 1995 se declaró inexecutable un aparte del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el cargo de igualdad frente al tiempo inferior a dos años para los trabajadores del sector privado y un año para el público, pero no se hizo pronunciamiento alguno sobre si el monto estaba o no ligado al concepto de base de liquidación; en un segundo momento, en la Sentencia C-1056 de 2003, se declaró inexecutable la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003 al inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y, en la Sentencia C-754 de 2004, se declaró inexecutable el artículo 4º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se hizo un segundo intento de modificación a la norma de la ley 100 antes referida, sin que se abordara lo referente a la interpretación de las disposiciones de monto y base de liquidación dentro del régimen de transición. Así, pues, sobre el contenido literal de la Ley 100 de 1993, que hace referencia expresa a que en lo atinente a las demás condiciones y requisitos pensionales que no estén regulados por ése artículo, se regirán por las normas contenidas en la ley del sistema general de pensiones, la Sala Plena de este tribunal no había hecho una interpretación antes de la Sentencia C-258 de 2013.

3.2.2.2. Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con fundamento (i) en que dicho régimen vulneraba el derecho a la igualdad al conceder privilegios a una de las clases más favorecidas de la sociedad y (ii) en la medida en que el régimen especial de congresistas y magistrados contiene ventajas desproporcionadas frente a los demás regímenes especiales, ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.

3.2.2.3. En este sentido, en la Sentencia T-078 de 2014 se denegó el amparo al debido proceso invocado por un ciudadano, quien alegaba dicha vulneración, aduciendo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Caprecom habían desconocido el régimen especial que lo cobijaba porque su pensión se liquidó con base en el promedio de lo devengado en los diez últimos años y no en el último año como lo establecía la normativa derogada a la cual se encontraba sujeto para efectos del reconocimiento de su prestación económica.

Al respecto, afirmó la Sala Segunda de Revisión que la Sala Plena de esta Corporación mediante Sentencia C-258 de 2013 estableció que la aplicación ultractiva de los beneficios del régimen de transición solo se refería a la edad, tiempo de servicios y tasa de reemplazo, pero no al IBL.

Por eso, concluyó, existe un precedente a seguir en la materia, en particular cuando el conflicto versa sobre la aplicación integral del régimen especial que invoca el actor y el alcance que la Corte le otorgó al régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993 en el sentido de que el IBL no forma parte de este.

En consecuencia, indicó, no se configuró el defecto sustantivo alegado porque la decisión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es contraria a la interpretación fijada por la Corte Constitucional sobre el punto en discusión.

3.2.2.4. Contra el anterior fallo, el ciudadano presentó solicitud de nulidad por considerar que la Sala de Revisión no aplicó la jurisprudencia en vigor sobre el alcance del artículo 36 de la ley 100 y, con ello, desconoció el principio de integralidad del régimen especial.

Frente a la anterior petición, la **Sala Plena de la Corte Constitucional**, señaló que, en efecto, la interpretación fijada por la Corte sobre la exclusión del IBL como un aspecto del régimen de transición “constituye un precedente interpretativo de acatamiento obligatorio que no puede ser desconocido en forma alguna”.

Agregó que la interpretación que realizó la Sala Segunda de Revisión de Tutelas sobre el alcance de los incisos segundo y tercero del artículo 36 al que se viene haciendo referencia se enmarca en el seguimiento -en estricto rigor- de la interpretación fijada por la Corte en Sentencia C-258 de 2013.

sujeto a transición y, por tanto, no es procedente el cálculo del IBL con los salarios devengados en el último año de servicios.

Al punto es importante anotar, entre quienes acceden a la pensión a través del régimen de transición y aquellos que se pensionan en plena vigencia del Decreto Ley 1653 de 1977, a quienes sí se les liquida su IBL con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, no existe un trato desigual ni discriminatorio, pues: i) Los afiliados no están en la misma situación fáctica y ii) El nuevo sistema de seguridad social en pensiones busca mejores condiciones de igualdad y superar las deficiencias del anterior sistema pensional, advirtiendo *“la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en el trato, fincadas*

De este modo, puede concluirse que aunque existía una línea jurisprudencial reiterada por las distintas Salas de Revisión de Tutelas en el sentido de que debía aplicarse el principio de integralidad del régimen especial que incluía el IBL, también lo es que no existía un pronunciamiento en sede de control abstracto de constitucionalidad que definiera la interpretación de esta disposición.

En este punto, cabe anotar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los pronunciamientos de la Corte, en particular, los que se emiten en sede de control abstracto, son obligatorios en razón a sus efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional y que basta tan solo una sentencia para que exista un precedente a seguir.

Ahondando en lo anterior, una de las formas de desconocer el precedente constitucional se da cuando “se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior.”

Como lo ha expuesto esta Corporación, la jurisprudencia en vigor entendida como el precedente constitucional establecido de forma permanente para resolver problemas jurídicos con identidad fáctica no obsta para que la Sala Plena de la Corte, en ejercicio de su facultad interpretativa la modifique. Además, constituye un precedente obligatorio para las Salas de Revisión, quienes no tienen la facultad de variarlo en la aplicación concreta de los asuntos sometidos a su consideración.

3.2.2.5. *Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala evidencia que en el caso del actor no existe vulneración de su derecho al debido proceso, específicamente, no se estructuró el defecto sustantivo alegado, en razón a que si bien existía un precedente jurisprudencial que seguían las salas de revisión para resolver problemas jurídicos como el que ahora el actor pone a consideración de la Corte, lo cierto es que dicho precedente cambió a partir de los recientes pronunciamientos de la Sala Plena, en donde fijan un precedente interpretativo sobre el alcance de los incisos 2 y 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

Sobre este punto, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia objeto de reproche, realiza el siguiente análisis:

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3º del artículo 36 citado”.

Como se observa esta interpretación de la Sala Laboral del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no contraría la reciente interpretación que fijó la Sala Plena de la Corte Constitucional acerca del IBL en el régimen de transición y, por eso, no se estructura el defecto sustantivo alegado”.

en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.”⁷

Del mismo modo, tampoco se incurre en ninguna contravención al principio de inescindibilidad de la norma, debido a que el régimen de transición es una regulación especial contenida en la Ley 100 de 1993, por medio del cual se le otorga a ciertas personas la posibilidad de pensionarse con base en la edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la ley anterior, quedando todo lo demás sometido al imperio de la mencionada normativa, en otras palabras, una pensión otorgada al amparo de dicho régimen no es una prestación ajena al sistema general de pensiones o excluida de su campo de aplicación.

En lo que respecta a la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES, como se ilustró al inicio, esta prestación se reconoció al amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, aplicable al actor igualmente por ser beneficiario del régimen de transición, por lo que, atendiendo precisamente el mencionado principio de inescindibilidad de la norma, su forma de liquidación no puede ser distinta a la prevista en la Ley 100 de 1993 (inciso 3 del artículo 36, en concordancia con el artículo 21), como en efecto fue calculada por COLPENSIONES, pues en los términos expuestos de manera precedente, el IBL no fue un aspecto sujeto a transición y en esa medida, faltándole al actor más de 10 años para acceder a su derecho pensional, el ingreso base de liquidación se obtiene de promediar el ingreso base de cotización de los últimos 10 años.

Esta conclusión no sería distinta si se determinara que en virtud de la transición le son aplicables las reglas de edad, tiempo y monto previstas en el Decreto 1653 de 1977, ya que la situación frente al IBL sería exactamente la misma, esto es, se sometería a las reglas de la Ley 100 de 1993.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-410 de 1994.


En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALFARO TOVAR ROJAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 25 2018 00557 01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARICA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes mediante correos electrónicos del 23 y 25 de noviembre de los corrientes, respectivamente, (folios 83 a 84 y 85 a 86) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2020 (Cd. fl. 63, record 44:45, acta a folios 62), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante, por lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que prosperan las excepciones de fondo denominadas cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir, las restantes no se estudian por las resultas del mismo

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: De no ser apelada la presente providencia, envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte actora, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ALFARO TOVAR ROJAS las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 3 y 4, aspirando principalmente se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor el incremento pensional del 14% por persona a cargo, a partir del 22 de noviembre de 2009, debidamente indexado junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y los derechos ultra y extra petita. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que, si bien el demandante acreditaba el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año (la calidad de cónyuge y su dependencia económica) lo cierto era que tal normativa fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, por lo que dicha preceptiva no le era aplicable por haber adquirido el derecho pensional con posterioridad a que empezara a regir el sistema general de pensiones.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, ha de señalarse, no es motivo de controversia la calidad de pensionado del actor tal como puede verificarse en Resolución 052595 de 2008 (folios 17 y vto.), por la cual se

reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez, la cual fue concedida por encontrar acreditados los requisitos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicado por ser beneficiario del régimen de transición, según se lee de las consideraciones de tal acto administrativo, a partir del 1 de noviembre de 2008, en cuantía de un SMLMV (\$461.500).

Pues bien procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 *“por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990 -, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por el cónyuge (o compañero(a) permanente) o hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007¹, 32381 del 24 de febrero de 2009², SL1975 de 9 de mayo de 2018, radicación 51706³ y SL2955 del

¹ *“En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.*

² *“En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”*

³ *“Ahora bien, en el punto específico objeto de reproche que aduce el promotor de la revisión, con fundamento en que las normas que consagraban los incrementos de las pensiones por personas a cargo fueron derogadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, y por ende, se produjo la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, debe precisar la Sala que ninguna razón le asiste al accionante, en la medida en que tales acrecentamientos mantuvieron su plena vigencia aun después de ser expedida la citada ley.*

31 de julio de 2019, radicado 70041⁴ y que, hoy por hoy constituye una línea jurisprudencial⁵, acogiendo la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887⁶, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor del demandante, por la señora **MARIA TERESA HINCAPIÉ CARDONA**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, presupuestos que pasa la Sala a verificar conforme las pruebas vertidas en autos.

En efecto, en torno al aspecto referido con precedencia, ya esta Corporación en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida ley, para lo cual pueden consultarse las sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.

⁴ *“Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).”*

⁵ *“En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.*

⁶ *“ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.*

Así las cosas, aunque el actor refiere en el escrito introductorio que su cónyuge es MARIA TERESA HINCAPIÉ (hecho tercero, folio 3), tal situación no quedó así acreditada dentro del plenario pues únicamente se incorporó a las diligencias copia del “*acta de matrimonio*” expedido por la arquidiócesis de Bogotá – Vicaría Episcopal del Espíritu Santo- Parroquia Nuestra Señora de la Valvanera, donde se consigna como fecha de matrimonio el 22 de noviembre de 2009 (folio 18), advirtiendo, los matrimonios celebrados a partir de la vigencia de la Ley 92 de 1938 y hasta el 5 de agosto de 1970, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1260 de 1970, se acreditan con el registro civil (prueba principal) o con las actas eclesíásticas (prueba supletoria); y los oficiados con posterioridad a dicha data, únicamente con el registro civil⁷.

Así, la prueba idónea para demostrar el matrimonio es el registro civil, sin que pueda admitirse la comprobación de este hecho a través de otros medios de prueba. En esos términos lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL9510 de 3 de mayo de 2017, en la cual señaló:

«Ahora bien, importa a la Corte destacar que es equivocado aseverar que la acreditación de la calidad de cónyuge está sujeta a libertad probatoria, como se alega en el primer cargo, pues como igualmente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, el estado civil de las personas y tan particular lazo de parentesco sólo es dable de acreditar, cuando así lo refiere la ley para otorgar un derecho, en la forma como lo ha previsto ésta, no bastando la simple afirmación de su existencia, ni siquiera la concurrencia de múltiples medios de prueba distintos a los exigidos para probar la sustancia del acto.»

Adicionalmente, recuerda el Despacho que según lo dispuesto en el artículo 256 del C.G.P., “*la falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba*”, por lo que es claro que la calidad que se invoca no quedó probada dentro del plenario.

Del mismo modo, en lo que atañe al requisito de dependencia económica, para la Sala este tampoco se encuentra probado pues aunque la testigo MARÍA ALICIA DÍAZ VALENCIA⁸ refirió ser amiga de la pareja desde hace más de 32 años y aseguró que la señora MARIA TERESA HINCAPIÉ dependía de su esposo, quien era el que se encargaba de todos los gastos del hogar, luego aseguró que ello no lo

⁷ C.S.J. Sentencia SL16792 de 2015. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

⁸ Cd folio 63, récord 16:59.

percibió directamente sino que se lo contaba el demandante. Además, el interrogatorio a la testigo fue interrumpido en varias ocasiones por el actor, quien le sugirió las respuestas a la deponente, de allí que no pueda dársele total validez a su dicho; advirtiéndose, para acreditar el presupuesto de la dependencia económica no resulta suficiente el certificado de afiliación al sistema general de seguridad social en salud en el que consta la vinculación de la señora MARIA TERESA HINCAPIÉ CARDONA como beneficiaria del aquí demandante (folio 21), pues tal situación no implica *per sé* que la cónyuge del convocante del juicio no perciba ingreso alguno.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que contrario a lo aquí establecido, el juez de primer grado encontró acreditados los requisitos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, negando las pretensiones de la demanda únicamente con fundamento en la pérdida de vigencia de dicha disposición para las personas beneficiarias de tal Acuerdo en virtud del régimen de transición, situación que para la Sala se encuentra superada por cuanto, en criterio de esta Corporación, los incrementos pensionales que preveía esa disposición no fueron objeto de derogatoria, como se ilustró en apartes anteriores.

En tal sentido, y pese a que la Sala dista de la conclusión del juez de primer grado frente al cumplimiento de los requisitos, en razón a que el proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, existe una imposibilidad de hacer más gravosa su situación y por tanto, no es posible desconocer las condiciones que fueron reconocidas en la sentencia recurrida, por lo que se partirá de la premisa que el demandante acreditó los requisitos a que se refiere el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya citado.

En ese orden, si de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el derecho a los incrementos de que trata el artículo 21 de ese cuerpo normativo “*subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen*”, y en ese orden de ideas, para acceder a dicho beneficio se requiere, según dispone el artículo 21 *ibídem*, que la cónyuge dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna y si para el asunto en concreto una y otra cosa se configuraban el 22 de noviembre de 2009 –fecha del matrimonio–, debe entenderse que en esa época nació a la vida jurídica el derecho al incremento acá discutido, debiendo ser reconocido desde dicha data.

Sin embargo, previo a abordar el estudio de la fecha a partir de la cual sería

procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales y su cuantía, entra la Sala a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la traída a juicio⁹.

Al respecto, debe señalarse de antemano, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término referido.

De esta manera, se estimó en Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012¹⁰ y recientemente en la SL-01585 de 2015 radicado 45197, criterio que incluso de acompasa con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019.

Bajo la premisa anterior, se tiene que en el caso bajo examen, los requisitos se acreditaron el 22 de noviembre de 2009, data del matrimonio (folio 18), fecha que resulta posterior al reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 17, 1 de noviembre de 2008), presentado la reclamación administrativa el 23 de marzo de 2017 (folio 19), es decir, desde la fecha de exigibilidad del derecho al reclamo elevado por el actor, se encuentra superado el término trienal que para la operatividad de la prescripción exige el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S., y en esa medida, el derecho a los incrementos pensionales se extinguió, ante la falta de reclamación oportuna de los mismos dentro del lapso consagrado por la normatividad laboral.

⁹ Desde la contestación de la demanda, folio 33, la cual se tuvo por contestada en auto del 27 de enero de 2020 (folio 56).

¹⁰ “...la calidad del pensionado es permanente y vitalicia, y es en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Pero igualmente ha precisado que, una es esa condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y otra diferente la constituyen los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, **pues estos últimos sí prescriben**, en criterio de la Corte, según los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”, y agrega: “...es entonces razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción. Ello al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión, en cuanto declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar DECLARAR probada la excepción de prescripción, por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

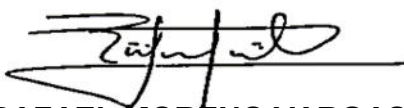
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en ésta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA PATRICIA
RIOS MOLINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 26 2019 00489 01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARICA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folio 151 vto.)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte actora (folios 155 a 158) y COLPENSIONES (folios 146 a 151), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de octubre de los corrientes (Cd folio 132, audiencia realizada a través de la

plataforma Microsoft Teams, récord 30:50, acta de audiencia folios 133), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora CLAUDIA PATRICIA RÍOS MOLINA al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de septiembre de 1999 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandada COLPENSIONES, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLAUDIA PATRICIA RIOS MOLINA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 3 y 4) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 4 y 5), aspirando se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación realizada el 17 de septiembre de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. En consecuencia, se establezca que su única afiliación válida al Sistema General de Pensiones es la efectuada al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y se disponga a COLFONDOS trasladar con destino a COLPENSIONES el total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora, condenando a la AFP COLFONDOS, a devolver los aportes pensionales junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, y ordenando a COLPENSIONES

aceptar tal transferencia, actualizando la historia laboral de la demandante. Lo anterior, tras considerar que la demandada COLFONDOS no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la actora al momento del traslado de régimen pensional, en los términos sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo que dicho traslado no era eficaz o válido.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 18 de mayo de 1966 (folio 16), por lo que la edad de 57 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado, inicialmente, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS, respectivamente, el 29 de junio de 2019 (folios 31 y 32), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 53 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994²-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 522 semanas de cotización (folios 54 a 59, reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES) equivalentes a 10,15 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

² Era trabajadora del sector privado.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de septiembre de 1999 (folios 139 vto. y 140) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, incluso al punto de desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es

claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas,

como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, en tanto ni un solo medio de prueba, diferente al formulario de afiliación, fue incorporado a las diligencias por la AFP debido al allanamiento de la demanda por ese extremo procesal.

A efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 139 vto.), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS S.A, omitió en el momento del traslado de régimen (17 de septiembre de 1999, folio 139 vto.), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, **ora por los gastos de***

administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁴ (folio 52.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,


RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁴ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 25 de agosto de 2020.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA AMPARO
SALGADO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 29 2019 00487 01).**

Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARICA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folio 225)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 128 a 133), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez 29 Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el pasado 22 de septiembre de 2020 (CD a folio 118, record 26:12 y acta a folio 123 y 124), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES representada legalmente por su gerente o por quien haga sus veces a reconocer y pagar a la demandante GLORIA AMPARO SALGADO identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.845.957 una pensión de invalidez a partir del 27 de marzo del 2017 en cuantía de un SMLMV que para 2017 corresponde a la suma de \$737.317 pesos con los incrementos legales y por trece mensualidades al año.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES representada legalmente por su gerente o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar a la demandante GLORIA AMPARO SALGADO identificada con la cedula de ciudadanía No. 23.845.957 el valor del retroactivo de la pensión de invalidez que le fue reconocida causada desde el 27 de marzo del 2017 hasta que sea incluida en nómina, suma que deberá pagarse de manera indexada de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin Condena en costas.

CUARTO: ORDENAR la indexación del retroactivo causado de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago.

QUINTO: De no apelarse por COLPENSIONES enviarse en CONSULTA ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES, solicita a esta Corporación se revise en su integridad el fallo de primer grado ya que de conformidad con la normatividad aplicable, particularmente según el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, además del estado de invalidez se requiere que se hayan cotizado por lo menos 26 semanas en cualquier tiempo (si era cotizante) o en el último año (si no era cotizante), situación esta última que asegura, no cumple la demandante.

De otra parte, alude, incluso si se realizara el estudio de la pensión en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y se verificaran los requisitos previstos en la ley anterior (Decreto 758 de 1990), tampoco se encontraría acreditado el requisito de semanas pues no acredita 150 semanas en los seis (6) años anteriores a la estructuración, esto es, entre el 23 de noviembre de 1992 y el 23 de noviembre de 1995¹ (CD a folio 118, record 27:43 y acta a folio 123 y 124).

¹ “Gracias su señoría siendo el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación frente a la decisión tomada en primera instancia para que se evaluada por el Tribunal superior del Distrito de Bogotá. Procedo a sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos:

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante GLORIA AMPARO SALGADO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 79 y 80, las cuales encuentran fundamento fáctico en los hechos narrados a folios 80 a 82, solicitando se modifique parcialmente el dictamen No. 201720921FF de fecha 27 de marzo de 2017 emitido por COLPENSIONES, en cuanto a la fecha de estructuración. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de invalidez de origen común conforme lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, junto con su retroactivo, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación. Obteniendo sentencia de primera instancia

Solicito a los Honorables Magistrados que por favor puedan revisar en su integridad el fallo proferido en primera instancia toda vez que a luz de Colpensiones y a la luz de la normatividad vigente aplicable al caso en concreto no es posible el reconocimiento de la prestación, toda vez que como bien se estableció en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 donde se establecen los requisitos para obtener la pensión de invalidez se determina que tendrá derecho a dicha pensión los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior se han declarado inválidos y que cumplan con los requisitos de: Primero encontrarse afiliados al régimen y haberse cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez y segundo que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiese efectuado aportes de por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior. Una vez revisada la historia laboral de la demandante se observa que no tiene las 26 semanas del año inmediatamente anterior de conformidad con la fecha de estructuración, a pesar de que bien Colpensiones emitió el concepto de invalidez en el cual se determinó una pérdida de capacidad laboral de 72.72 % condición que no es refutada por parte de mi mandante sino en cuanto a la densidad de semanas en la que nos encontramos en el presente caso.

De igual manera solicitamos a los honorables magistrados que se estudie y que incluso realizando el estudio de condición más beneficiosa que se pudiera aplicar al presente caso en virtud de la normatividad inmediatamente anterior de la ley 100 de 1993 para el caso sería el Decreto 758 de 1990 el cual establece en su artículo 60 "Que primero se necesita invalido permanente total o invalido permanente absoluto y segundo haber cotizado por el seguro de invalidez, muerte y vejez 150 semanas dentro de los seis años anteriores al estado de invalidez o 300 semanas de cualquier época" Y como bien se estableció en primera instancia al momento de revisar la historia laboral de conformidad con la fecha de estructuración y el dictamen con el cual contábamos a la fecha la demandante no cumple con el requisito de semanas toda vez que no ha acreditado las 150 semanas de los seis años anteriores a la estructuración, esto es entre el 23 de noviembre de 1992 y el 23 de noviembre de 1995 como bien se estableció en primera instancia Colpensiones al momento de negar la pretensión solicitada no lo hace de forma caprichosa sino dándole cumplimiento a lo establecido estrictamente en la ley y de acuerdo con los fundamentos facticos y legales con los cuales se contaban para el momento, por lo cual solicito Honorable Tribunal superior de Bogotá que se revoque con la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a mi mandante Colpensiones de las pretensiones incoadas y que se conserve la absolución en costas toda vez que Colpensiones ha actuado de buena fe y sobre todo de conformidad con la justicia, de conformidad con la ley. Es de esta forma que solicito a los Honorables magistrados que realicen un estudio integral y que se absuelva a Colpensiones de las pretensiones incoadas, de esta forma dejo sustentado el recurso de apelación de la presente diligencia, muchísimas gracias."

parcialmente favorable a sus pretensiones, pues se otorgó la prestación pensional, luego de considerar la juez *a quo* que en aplicación del criterio vertido por la Corte Constitucional y por enmarcarse la enfermedad de la actora dentro de aquellas catalogadas como degenerativas, que permite establecer la existencia de una “*capacidad laboral residual*” era procedente efectuar la contabilización de las semanas exigidas por la norma desde la fecha de emisión del dictamen (27 de marzo de 2017), imponiendo la condena al pago de la pensión desde tal data, fijando la suma de la primera mesada pensional en cuantía del salario mínimo y 13 mesadas al año y absolviendo de los intereses moratorios.

De ésta manera, se tiene que no fue motivo de debate dentro del presente asunto, la condición de inválida que ostenta la actora, lo cual se corrobora con el “*formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional*” emitido por COLPENSIONES en el cual se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 72.62% por los padecimientos de “*atrofia óptica (pérdida de la agudeza visual funcional)*”y “*mialgia (trastornos de ansiedad y somatomorfos)*, de origen, enfermedad común y fecha de estructuración 23 de noviembre de 1995, **data en la que sufrió “intoxicación percutánea con alcohol industrial” que le produjo una atrofia óptica bilateral** (folios 67 a 70) tampoco el hecho de que el diagnóstico derivado del mentado accidente fue degenerativo, esto es, aunque significó una pérdida considerable de su visión, la función de los órganos afectados (ojos- nervio óptico) fue empeorando con el transcurso del tiempo, perdiendo de manera definitiva la vista en ambos ojos en octubre de 2006 (folio 68).

Reseñado lo anterior, a efecto de dilucidar la procedencia de los anhelos de la parte actora es de advertir, a pesar de la pérdida de capacidad laboral estimada por Colpensiones en un 72.62%, desde la fecha del accidente acaecido en sus ojos (23 de noviembre de 1995) que disminuyó considerablemente su agudeza visual (folios 3 y 4), lo cierto es que la demandante se vinculó a la vida laboral, cotizando al sistema general de pensiones un total de 711,71 semanas, entre el 1 de julio de 2011 y el 37 de agosto de 2019, conforme se colige del reporte emanado por dicha entidad, obrante a folios 134 a 138².

² Aportado por COLPENSIONES en médico magnético de folio 97, expediente administrativo, impreso para mayor claridad.

En ese orden de ideas, bueno resulta traer a colación los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos en las Sentencias T-427 de 2012, T-022 de 2013 y T-70 de 2014, última de ellas en la que esa Corporación señaló de manera clara y textual:

“La jurisprudencia de esta Corte ha establecido que en casos de enfermedades crónicas o congénitas, la fecha de estructuración es aquella en la que se determina la pérdida de capacidad laboral. La fecha de la pérdida de capacidad laboral no siempre coincide con la fecha en que sucede el hecho que a la postre se torna incapacitante, o con el primer diagnóstico de la enfermedad; no es razonable concluir que la fecha de estructuración de la invalidez sea la fecha en que se diagnosticó por primera vez la enfermedad, si la persona continúa trabajando durante un tiempo; dependiendo del caso concreto la fecha de estructuración puede ser fijada (a) cuando se efectúa el dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; o (b) cuando la persona deja de trabajar”.

Al tenor del entendimiento jurisprudencial frente al tema, surge evidente en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, la posibilidad de tener en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración establecida por la entidad encargada de proferir el dictamen hasta la fecha desde la cual el padecimiento de salud o la enfermedad le impide al afiliado continuar laborando, o la data en que se profiera el dictamen.

Advirtiendo ésta Corporación, tal posición no se aparta de la disposición normativa aplicable, que en el caso de autos sería la Ley 860 de 2003 vigente para la data en que se emitió el Dictamen de PCL (27 de marzo de 2017 fl. 67 a 70), por cuanto, no se omite la exigencia de los requisitos legalmente establecidos para acceder al derecho, ni se desconoce las conclusiones arribadas por el ente encargado de emitir los respectivos dictámenes, pues memórese que al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de Decreto 917 de 1992³, la fecha de estructuración, es cuando el individuo presenta una pérdida de capacidad laboral y en ese orden, como se indicó la aplicación del criterio constitucional referido no deriva en un desconocimiento de los postulados legales, simplemente se trata de una situación particular y diferente, que obliga al operador judicial a realizar una valoración de las situaciones fácticas específicas, teniendo en cuenta que la realidad de los afiliados que solicitan el reconocimiento de una pensión de invalidez, no puede ser valorada de manera unificada, sin compadecerse de las situaciones particulares

³“ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”

de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad degenerativa, que independiente de una fecha de estructuración, puede repercutir o no en la capacidad laboral del individuo, en cuanto que a pesar de esas especiales circunstancias, acaecidas por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, puedan superar y sobrellevar su condición hasta un momento determinado.

En ese orden de ideas y atendiendo lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, esto es, que *“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”*, resultaría procedente el reconocimiento de la prestación pensional de la señora GLORIA AMPARO SALGADO desde la fecha de la última cotización y más cuando la Corte Constitucional en la sentencia T-651 del 2016 adujo en sus consideraciones que *“correspondía tener en cuenta la fecha en la que se efectuó el último aporte, siendo esto el momento en el que se concretó la invalidez”*.

Sumado a ello la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 2922 del 5 de agosto del 2020, Radicado No. 77638: indicó:

“Siendo ello así, cobra vigor lo adocetrinado en sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada en la CSJ SL3992-2019 y en la CSJ SL409-2020. Allí, la Corte precisó su postura respecto a la fecha a partir de la cual se pueden contabilizar los 3 años indicados en la Ley 860 de 2003, en perspectiva de acreditar las 50 semanas de cotización exigidas. En la primera providencia mencionada, explicó que:

(...) en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

[...]

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como las autoridades judiciales deben verificar:

(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la

fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

[...]

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, **decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.**" (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

No obstante lo anterior, se tiene que conforme a lo dispuesto en la sentencia SU - 588 del 27 de octubre del 2016, para darle validez a las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se deben cumplir dos requisitos, el primero que las cotizaciones hayan sido aportadas en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y segundo que éstas no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social, entendiendo la **capacidad laboral residual**, como "la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad".

Respecto a que las cotizaciones no se hayan efectuado con el fin de defraudar el sistema, la Corte Constitucional en sentencia T – 013 del 2015 señaló:

"4.8. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral, y, por tanto, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social⁴. En ese sentido, la exigencia de que no se advierta ánimo de defraudar al sistema, pretende que el operador normativo verifique que los aportes realizados realmente correspondan a la prestación de una labor, ya sea material o intelectual, que implique un esfuerzo

⁴ Al respecto, en la Sentencia T-580 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), este Tribunal reiteró que, en eventos como el estudiado en esta oportunidad, "por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones se empeoran con el tiempo y la persona continúa su vida laboral con relativa normalidad, se deben tener en cuenta las semanas efectivamente cotizadas hasta cuando su condición de salud le haga imposible continuar laborando y cotizando al sistema (...)."

personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario⁵.” (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, la máxima Corporación de la Jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL 770 del 5 de febrero del 2020, Radicado No.79619, ilustró:

“En ese contexto, y teniendo en cuenta que dichas reglas no son absolutas, la Sala considera que los ítems a verificar a fin de definir la fecha de pérdida de la capacidad laboral residual para efectos de la contabilización de las semanas requeridas, pueden resumirse así: (i) que la causa de la invalidez se deba a una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, y (ii) que la cotización de aportes se efectúe en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

Frente al primer punto, como se explicó en sede extraordinaria la situación de la demandante encaja dentro de las patologías de tipo crónico y degenerativo.

Ahora bien, en lo que corresponde a la efectiva y probada capacidad residual, esta Sala explicó que el padecimiento referido ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.

De tal modo, que esa capacidad consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas. Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones realizadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual, y no que se hicieron con el único propósito de defraudar al sistema de seguridad social” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De este modo, resulta claro que en aras de verificar la procedencia de dichas cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, se debe comprobar que el beneficiario trabajó y que producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente hacerlo.

En el presente asunto, se acredita que la actora laboró para la sociedad Servicios y Asesorías S.A entre el 24 de marzo de 2009 y el 30 de julio de 2010 en la empresa usuaria HOSPITAL DE USAQUEN (folio 65), desempeñando el cargo de AGENTE DE CAMBIO tal como se señala en la certificación de folio 65, empleadora que le efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones a partir de marzo de 2010 y hasta julio de ese año (Ver folio 136), y aunque en el plenario

⁵ Un ánimo de defraudar al sistema puede evidenciarse, por ejemplo, en los casos en los que una persona debido a su pérdida de capacidad laboral no puede continuar trabajando pero con el fin de obtener una prestación a cargo del sistema pensional, efectúa aportes simulando la existencia de un contrato de prestación de servicios o de trabajo.

reposa certificación expedida por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO- Clínica Lleras Restrepo, en la que se indica que ella tuvo vínculo contractual con esa entidad (folio 63), allí no se especificó el periodo que duró tal vinculación.

Con ello se acredita que la promotora del litigio certificó que los aportes a pensión que se efectuaron en virtud de una efectiva y probada capacidad laboral residual solo hasta julio de 2010, pues fue la última vinculación que tuvo como trabajadora **dependiente**, en tanto si bien obran cotizaciones realizadas con posterioridad e incluso hasta el mes de agosto de 2019 las mismas fueron en calidad de trabajadora independiente y a través del “*régimen subsidiado*” (ver folios 136 y 137), desconociendo la Sala si tales aportes fueron producto de labores realmente efectuadas por la actora y en ese orden se ha de entender que su último aporte lo fue en marzo del año 2007 concluyéndose, fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productiva y proveerse por sí misma del sustento económico.

En ese orden, resulta procedente la contabilización de las semanas exigidas por la ley desde la fecha de última cotización realizada como trabajadora dependiente, bajo el entendido que desde dicha calenda deja de laborar, lo que conlleva a colegir que justamente desde allí la demandante quedó impedida para seguir laborando, acreditando de **julio de 2007 a julio de 2010** (último aporte de SERVICIOS Y ASESORÍAS) tan solo 127 días de aportes, es decir, **18.15 semanas** así (ver fl. 248 vto):

- Julio a diciembre 2007 = 0 cotizaciones
- Enero a diciembre 2008 = 0 cotizaciones
- Enero a diciembre 2009 = 0 cotizaciones
- Enero a marzo de 2010= 0 cotizaciones
- Marzo 2010= 7 días
- Abril 2010 = 30 días
- Mayo 2010= 30 días
- Junio 2010= 30 días
- Julio 2010=30 días

Advirtiéndose a la accionante, como en líneas anteriores se mencionó, si bien obran aportes en periodos anteriores y posteriores, los mismos fueron realizados por la propia actora, brillando por ausencia pruebas tendientes a registrar actividades laborales ejecutadas por la convocante que den lugar a fundamentar los aportes efectuados como independiente, sin que acreditara la existencia de una retribución a causa de una actividad laboral efectivamente ejercida de manera autónoma, lo cual da a lugar a colegir que dichas cotizaciones no tienen los alcances para soportar el reconocimiento de una pensión de invalidez en los términos derivados de una enfermedad degenerativa como es el caso en examen y en ese orden no es viable contabilizar dichas semanas a efectos de acreditar los requisitos para obtener la prestación pensional.

Razón por la cual, es claro que la demandante no acreditó el requisito de 50 semanas exigidas por la Ley 860 del 2003 dentro de los 3 años anteriores a la última cotización efectuada como trabajadora dependiente y en ese orden no puede tener éxito el reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama, pues se repite, no cumplió con las semanas requeridas para aplicarle tal normativa, procediendo sin más consideraciones a la revocatoria de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por GLORIA AMPARO SALGADO.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

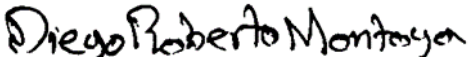
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDILMA GOMEZ BONILLA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-
(RAD. 30 2019 00657 01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL en calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARICA ABOGADOS ASOCIADOS, apoderada principal (folio 118 vto.)


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES (folios 116 a 118) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada y el grado jurisdiccional de consulta surtido en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 9 de octubre de 2020 (Cd a folio 112, récord 24:40, acta a folios 110 a 111), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora EDILMA GOMEZ BONILLA identificada con la Cédula de Ciudadanía No: 41.777.441 los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 del año de 1993.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de los intereses moratorios sobre las mesadas causadas con anterioridad al 06 de agosto del 2016 y no probadas las demás excepciones planteadas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a pagar a la señora EDILMA GOMEZ BONILLA identificada con la Cédula de Ciudadanía No: 41.777.441 la cantidad de \$32.454.333 pesos por concepto de intereses moratorios por concepto de las mesadas adeudadas del 06 de agosto de 2016 al 30 de noviembre del año 2019, artículo 141 ley 100 del año 1993.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta primera instancia a la demandada por secretaria y en la oportunidad procesal practíquese la liquidación incluyendo por concepto de agencias en derecho la cantidad de \$2.100.000 pesos a favor de la demandante.

SEXTO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el Honorable Tribunal superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación aduciendo, la sanción por mora establecida en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 únicamente es procedente cuando el administrador de pensiones incumple o se sustrae del pago de las mesadas pensionales reconocidas, situación que no ha acaecido en la presente litis por cuanto desde la fecha del reconocimiento se ha cancelado la mensualidad de la prestación respectiva a la demandante.

Del mismo modo, argumenta, la actora no había acreditado en debida forma los requisitos establecidos en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por cuanto hizo la reclamación, dice, sin la documentación necesaria para hacerse acreedora de tal prestación, por lo que, una vez allegados los mismos, le fue reconocida por la entidad¹ (Cd a folio 112, récord 26:43, acta a folios 110 a 111).

¹ “Gracias su señoría en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la decisión antes proferida solicitándole al Honorable Tribunal se revoque la decisión impuesta por el señor juez 30 laboral lo concerniente a la condena de los intereses moratorios es de resaltar Honorable Tribunal que al sanción por mora establecida en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 únicamente es procedente cuando el administrador de pensiones incumple o se sustrae del pago de las mesadas pensionales reconocidas, circunstancias que no se presentan en la presente Litis pues a la fecha de la contestación de la demanda se reconoció la pensión a la aquí demandante, por ende la prestación se encuentra satisfecha y a la fecha la demandante ha venido reconociendo el pago de las mesadas pensionales a la aquí demandante la señora Edilma Gómez Bonilla mediante resolución GNRSV 286677 del 17 de octubre del 2019.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante EDILMA GÓMEZ BONILLA, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el respectivo acápite (folio 83), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 82 y 83, encaminadas a que se reconozca y pague a su favor la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del afiliado HUGO ALFONSO SAENZ LEAL (Q.E.P.D) a partir del 29 de noviembre de 2010, fecha del fallecimiento, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios previstos en el artículo 14, a través de su apoderado judicial, en escrito del 31 de octubre de 2019 (folio 89) desistió de las pretensiones referentes al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y las mesadas adicionales, ateniendo el reconocimiento efectuado por la administradora mediante Resolución SUB286677 de octubre 17 de 2019, petición que fue aprobada por el juzgador de primer grado en auto del 14 de febrero de 2020 (folio 109). **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, por cuanto se condenó a la demandada COLPENSIONES al pago de intereses moratorios sobre el valor del retroactivo reconocido en la resolución que otorgo el derecho pensional a la demandante y su menor hijo, desde el vencimiento del termino de gracia de 4 meses, hasta la inclusión en nómina, tras considerar la mora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión solicitada desde el 23 de diciembre de 2010.**

De tal manera, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, y los argumentos de la alzada, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar la procedencia en la imposición de intereses de mora a cargo de la enjuiciada.

De igual manera me opongo al reconocimiento de los mismos teniendo en cuenta pues que el aquí la demandante no había acreditado en debida forma los requisitos establecidos en el artículo 12 y 13 de la ley 797 del 2003 para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente que el causante el señor Hugo Alfonso Salvedad falleció el día 29 de noviembre del 2010 y el aquí demandante se acercó pero sin la documentación necesaria para que fuera acreedora de la pensión de sobreviviente, Que una vez se allegaron los documentos para acreditar los requisitos para ser beneficiaria de la pensión pues mi representada Colpensiones reconoció la pensión a la aquí demandante en debida forma y que por esta razón pues se solicita se absuelva a Colpensiones de los intereses impuestos en el día de hoy. De esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación solicitándole al Honorable Tribunal se revoque la decisión en todos los ítems o numerales que son adversos a los de mi representada Colpensiones, muchas gracias se señoría.”

En esa dirección no es motivo de controversia en esta instancia que mediante Resolución SUB 286677 de 17 de octubre de 2019 (folios 91 a 96) se reconoció pensión de sobrevivientes a la demandante en calidad de compañera permanente supérstite del señor HUGO ALFONSO SAENZ LEAL (Q.E.P.D), otorgando el derecho bajo los presupuestos del parágrafo 1 del artículo 12 de la ley 797 de 2003², que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, a partir del 29 de noviembre de 2010, pero con efectos fiscales a partir del 6 de agosto de 2016, en cuantía inicial de \$1.526.473.

Ahora bien, en relación con los intereses de mora, resulta pertinente mencionar, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, tal y como ocurre en el caso de marras, pues como se indicó en precedencia, la norma que rige la pensión reconocida a la parte demandante es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del año 2003. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar “(...) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (...)”³.

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios⁴ de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la

² “Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”

³ Sentencia SL1681 de 2020.

⁴ CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.

definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante⁵, criterio reiterado recientemente por la Corte en sentencia SL3130-2020⁶, en la que precisó:

“(…)

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

(…)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así las cosas, y revisado el elenco probatorio, se tiene que la pensión de sobrevivientes fue solicitada inicialmente por la actora el 25 de marzo de 2011 según se lee en la Resolución No. 30160 de 18 de septiembre de 2012 (folios 9 y 10) en la cual se le negó la prestación con asidero en lo previsto en el artículo 15 de la Ley 776 de 2002, esto es, en una presunta incompatibilidad de esa pensión con la que le fuera reconocida por el sistema de riesgos laborales, decisión que fue confirmada por COLPENSIONES en actos administrativos GNR 245567 del 3 de julio de 2014 (folios 18 a 21) y VPB 14548 del 2 de septiembre de 2014 (folios 22 a 24) aludiendo idénticos argumentos. Finalmente, la prestación es reconocida por la entidad demandada solo hasta el 17 de octubre de 2019, en virtud de la nueva reclamación elevada el 6 de agosto de 2019 (folio 25), a partir del fallecimiento del causante (29 de noviembre de 2010, folio 2).

Como puede verse, la razón del extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, para negar la petición efectuada por la demandante, encuentra asidero en lo previsto en el artículo 15 de la Ley 776 de 2015, que a la letra reza:

⁵ Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁶ En la cual hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

“ARTÍCULO 15. DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA. Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios:

a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;

b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo [37](#) de la Ley 100 de 1993.

PARÁGRAFO. Para efectos del saldo de la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, en desarrollo del artículo [139](#), numeral 5, de la Ley 100 de 1993, se redimirán anticipadamente a la fecha de la declaratoria de la invalidez o de la muerte de origen profesional.”

En los términos de dicho texto, una interpretación razonable es aquella que apunta a concluir una incompatibilidad entre las pensiones otorgadas por el Sistema General de Riesgos Laborales y el Sistema General de Pensiones en condiciones como la que ocurre en el caso de autos, esto es, cuando la prestación deviene de la ocurrencia del mismo riesgo, la muerte, sin que exista una pensión de origen común adquirida, de allí que los motivos que fundaron la decisión de la administradora de pensiones de negar la prestación a la actora, en su momento, tenga asidero en el ordenamiento legal vigente y que se justifique el actuar de la demandada.

Valga mencionar, de hecho, que la inteligencia dada por el ISS en su momento a la norma en comento –incompatibilidad de las pensiones-, es aquella que en criterio de la Corte debe darse a la misma. Así lo asentó esa Corporación, entre otras, en la sentencia SL4399 de 2018, citada en las SL1961 de 2020 y SL2062 de 2020, en la cual explica:

“De igual forma, la Ley 776 de 2002, en el artículo 15, señaló que “Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá reconocerse de conformidad con la presente ley” se reconocerá al afiliado o a sus beneficiarios “a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional” y “b) Si se encuentra afiliado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993”.

A partir de la lectura de estas disposiciones, queda claro que, con posterioridad a la vigencia de los artículos 53 del Decreto 1295 de 1994 y 15 de la Ley 776 de 2002, se estableció una regla por parte del legislador según la cual en los eventos en que el sistema de riesgos profesionales entre a cubrir prestaciones de invalidez o de sobrevivientes como consecuencia de un accidente de trabajo, el sistema de pensiones debe proceder a la

devolución de saldos, si el afiliado se encontraba vinculado al régimen de ahorro individual o a la indemnización sustitutiva si lo estaba al régimen de prima media con prestación definida.

No obstante, estas normas no pueden entenderse de manera aislada, sino dentro de una lectura sistemática, conjunta y armónica de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, puesto que, según los artículos 37 y 66 de esta normatividad, la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos solamente proceden como garantías subsidiarias en caso de no haberse cumplido las exigencias legales para acceder a la pensión de vejez, bien sea en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, puesto que, en caso de que un afiliado acredite la totalidad de requisitos, el sistema de pensiones deberá otorgar de manera imperativa la prestación correspondiente al tratarse de un derecho causado y consolidado.

Es así como la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva por parte del sistema de pensiones, prevista en los artículos 53 del Decreto 1295 de 1994 y 15 de la Ley 776 de 2002, para cuando el régimen de riesgos laborales otorgue las prestaciones de invalidez o de sobrevivencia, solo es viable en los casos en que el afiliado no tenga ya causada la pensión de jubilación o de vejez en vida por no haber cumplido edad y tiempo de servicios, puesto que, en tal evento, se habría configurado un derecho adquirido en el patrimonio del titular y que, en esa medida, el sistema de seguridad social está llamado a salvaguardar, de modo que, causada la pensión, no podría el sistema otorgar, en su lugar, los saldos existentes en la cuenta individual o la indemnización sustitutiva, pues ello sería atentar contra el mandato previsto en el artículo 58 de la Constitución Política y la teoría de los derechos adquiridos, defendida por esta Corporación en múltiples oportunidades.

Vistas así las cosas, el Tribunal no incurrió en error jurídico en la decisión que resolvió el presente asunto, por cuanto, al remitirse al artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, que se encontraba vigente para el momento del fallecimiento del causante, esto es, para el 20 de enero de 1996, debía concluirse necesariamente que la pensión de jubilación otorgada a la demandante resultaba incompatible con la prestación de sobrevivientes del sistema de riesgos profesionales, puesto que claramente aquí el afiliado no había dejado causada dicha pensión, cumpliendo edad y tiempo de servicios, como para predicar que ya era un derecho adquirido y que, en ese orden de ideas, era susceptible de la compatibilidad pensional. Contrario a ello, el afiliado solo había acreditado el tiempo de servicios de la Ley 33 de 1985, por lo que, en términos del artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, lo que les corresponde a sus beneficiarios es la indemnización sustitutiva del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, al haber estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida. (Negrilla y subrayas de la Sala).

En ese sentido, para la Corte, para que pueda predicarse la compatibilidad pensional entre las pensiones de sobrevivientes otorgadas por el sistema de riesgos laborales y el sistema general de pensiones, tendría que estar demostrado que el fallecido dejó causada la pensión de vejez.

En consonancia de lo anterior, se puede establecer que el reconocimiento y pago tardío de la prestación pensional obedeció a razones legales, atendibles y discutibles, y en esa medida, no hay lugar a imponer el pago de los intereses moratorios a cargo de la encartada.

Así las cosas, agotada la competencia en esta instancia por haberse efectuado el estudio de los motivos de apelación, conforme a las motivaciones precedentes se

REVOCARÁ la sentencia de primera para en su lugar absolver a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

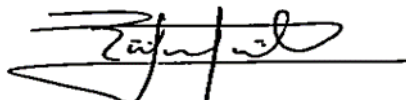
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto por esta Sala de decisión, y en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por EDILMA GOMEZ BONILLA.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN



RAFAEL MORENO VARGAS



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERMILIA ROZO PAEZ
CONTRA COLPENSIONES y LA AFP COLFONDOS S.A. (RAD. 38 2018 00550
01).**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y Colfondos, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

el 22 de septiembre del 2020 (Audiencia virtual, record: 1:31:23), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora HERMILIA ROSO PAEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad verificado con la AFP Colfondos S.A para el año 1999, lo anterior específicamente por las razones consignadas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A que traslade los recursos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad, incluyendo sus rendimientos con destino a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba los recursos que le sean remitidos por Colfondos S.A que obran en la cuenta de ahorro individual de la incoante de la acción, active adicionalmente la afiliación de la accionante la señora HERMILIA ROSO PAEZ como vinculada al régimen de prima media con prestación definida y, una vez recibidos los recursos correspondientes proceda a hacer el estudio correspondiente de la situación pensional de la incoante de la acción de cara al eventual reconocimiento de una pensión de vejez, todo lo anterior específicamente anotado en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas respecto a las determinaciones adoptadas.

QUINTO: Sin costas en la instancia.

SEXTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia CONSÚLTESE con el superior.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES interpone el recurso de apelación expresando que mediante comunicación del 07 de febrero del 2018, le manifestó a la demandante que si bien es cierto si tenía más de 35 años para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, para que se tuviera en cuenta la aplicación de la sentencia SU 062 debía contar con 15 años o más de servicios cotizados al momento de la entrada en vigencia el sistema general de seguridad social en pensiones lo cual la demandante no cumplió, aunado a no ser factible ni para COLPENSIONES ni para la AFP COLFONDOS conocer cómo iba a ser el comportamiento de la historia laboral de la demandante a futuro. (Audiencia virtual, record: 1:33:24)¹

¹ “Gracias señor juez me permito presentar recurso de apelación contra el fallo que aquí se acaba de proferir, toda vez que Colpensiones mediante comunicación del 07 de febrero del 2018 con el numero interno 2018 828 203 contesto a la demandante que una vez verificada su historia laboral y para darle aplicación a la sentencia de unificación 062 del 2010, pues se evidencio que efectivamente la demandante No, si bien es cierto si tenía la edad o tenía más de 35 años para el momento en que se trasladó perdón, para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 pues también lo es que puntualmente para el reconocimiento o para que se tuviera en cuenta la aplicación de la sentencia SU 062 pues tenía que contar con 15 años o más de servicios cotizados al momento de la entrada en vigencia el sistema general de seguridad social en pensiones y pues era requerido para efectuar el traslado por sentencia unificada 062 del 2010 de tal manera que pues la demandante no cumple con los requisitos que contempla esta sentencia no tenía los 15 años de cotización como consta en la historia laboral y que adicionalmente pues como en algún momento lo indique en los alegatos de conclusión, pues tampoco era factible para mi representada y para la AFP COLFONDOS conocer cómo iba a

La AFP COLFONDOS solicitó revocar la presente decisión, teniendo en cuenta que la parte demandante pretende alegar que fue engañada o forzada y que no conocía las condiciones del RAIS después de haber estado afiliada un tiempo considerable, precisando no se puede olvidar que existe un deber de diligencia por parte de los afiliados de conocer las condiciones de su afiliación máxime cuando se trata de un elemento esencial en su vida y sí un imposible que la demandante para este momento pretenda alegar su propia culpa.

Señala que en otros casos el tribunal con ponencia de la Magistrada Ángela Lucia Murillo ha sido clara en advertir que en estos casos no existe un problema jurídico frente a un error de hecho sino a un error de derecho porque lo que se alega son elementos de la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico, los cuales en ningún momento tendría como consecuencia la nulidad del mismo ya que la nulidad se predica solo de los errores de hecho que no tienen lugar en este tipo de discusión frente a una supuesta falta de información. (Audiencia virtual, record: 1:33:24)²

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

ser el comportamiento de la historia laboral de la demandante a futuro, pues es digamos que es casi una novedad para nosotros en este momento que la demandante solamente haya cotizado por un periodo de dos años más después del traslado de régimen pensional, de tal manera su señoría pues que por esta razón dejo mi recurso de apelación sustentado, Gracias su señoría.”

² “Gracias su señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación al fallo proferido en esta instancia solicitando al tribunal por favor revocar la presente decisión, teniendo en cuenta que la parte demandante pretende alegar que fue engañada o forzada y que no conocía las condiciones del RAIS después de haber estado afiliada un tiempo considerable.

Adicional a ello el despacho no puede olvidar que existe un deber de diligencia por parte de los afiliados de conocer las condiciones de su afiliación máxime que cuando se trate de un elemento esencial en su vida y si un imposible que en este momento la demandante pretenda alegar su propia culpa, en este mismo sentido es importante tener en cuenta que la sala laboral de superior en fallos de segunda instancia del 14 de febrero de 2017, del 02 de mayo del 2017 y de 21 de junio del 2017 dentro de los procesos de nulidad con número de radicados 2015-150, 2015-709 y 2016-645 respectivamente, siendo la Magistrada ponente la doctora Ángela Lucia Murillo revoco fallos de primera instancia en casos donde se pretendía la nulidad por supuesta falta de información de la AFP del afiliado, en ese caso el tribunal argumento que la doctrina ha sido clara en advertir que en estos casos no existe un problema jurídico frente a un error de hecho sino a un error de derecho porque lo que se alega son elementos de la existencia naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico, los cuales en ningún momento tendría como consecuencia la nulidad del mismo ya que la nulidad se predica solo de los errores de hecho que no tienen lugar en este tipo de discusión frente a una supuesta falta de información. Entonces solicito que el Tribunal explore con mayor detenimiento el caso y conceda la apelación en el sentido de que esta apoderada la presenta, muchas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora HERMILIA ROZO PAEZ, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 22 y 23, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 20 a 22 del expediente digital, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado que realizó del RPM al RAIS, en consecuencia se ordene a COLFONDOS trasladar el saldo de la cuenta de ahorro pensional con sus rendimientos a COLPENSIONES y a su vez ésta mantenga su afiliación, como también se ordene el reconocimiento y pago de la respectiva pensión de vejez, costas y agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente ni las consecuencias del traslado de cara al régimen de transición del cual es beneficiaria la demandante, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con todos sus rendimientos, así mismo ordenó a Colpensiones que una vez remitidos los recursos por parte de la AFP proceda hacer el estudio correspondiente de la situación pensional de la demandante.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

En ese orden, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 3 del expediente digital se tiene que la actora nació el 18 de diciembre de 1958, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1° de abril de 1994, contaba con 35 años de edad, quedando claro, es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por la demandante a COLFONDOS el 24 de junio de 1999 (fls. 9 y 119) y que para el 1° de abril de 1994 la actora contaba con 13 años, 1 mes y 19 días de servicio (673,57 semanas fls. 120 a 122 HISTORIA LABORAL OBP), es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1° de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁴, contrario a lo referido por COLPENSIONES en su

⁴ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5°.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1°), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que

apelación resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, incluso al punto de

el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...).”

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado en relación con el régimen de transición del cual era beneficiaria, y menos aún de las desventajas que traería el cambio de régimen, destacándose con las manifestaciones expuestas en el interrogatorio parte absuelto por la promotora del

juicio⁶, no se puede demostrar la información suministrada al momento del traslado, pues la actora se limitó en señalar que le indicaron que el ISS se acabaría, que en el RAIS tendría mayor rentabilidad y que su pensión sería mejor, sin que hiciera mención alguna frente a las consecuencias del traslado.

En la misma dirección no sobra agregar, en cuanto a la suscripción del formulario de afiliación, diligenciado a COLFONDOS el 24 de junio de 1999 (fol. 9), ello no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, en cuanto, conforme se examinó en autos, a la señora HERMILIA ROZO PAEZ, desde luego, le generaba mayores beneficios permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con miras a conservar su régimen de transición. Al tema puede consultarse el pronunciamiento realizado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 19447 de 2017, citada en la sentencia SL 1689 de 2019⁷.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 132 y 134, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (24 de junio de 1999 fl. 9), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia y se dispuso por la Juez de primera grado.

⁶ Audiencia virtual, record: 12:01

⁷ “(...) (ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información (...)”

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó la *a quo*, de tal manera se prohijara la decisión de primer grado en este punto.

Por otro lado y en punto a la apelación de COLFONDOS, en cuanto a tener en cuenta las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación baste con señalar la mismas no resultan aplicables al caso de autos, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política, situación que no se presenta dentro del caso bajo estudio. Por otra parte, esta Sala de decisión ha venido sosteniendo el criterio aquí esbozado, tal como se verifica entre otros en fallos con radicación 38 2019 00033 01 del 30 de septiembre del 2020, 07 2018 00655 01 del 30 de octubre del 2020 y 21 2019 00551 01 del 30 de noviembre de 2020.

Ahora, en relación con la orden dada por el Juez de primer grado a Colpensiones en cuanto a que una vez reciba los valores por parte de la AFP, estudie la procedencia o no del reconocimiento pensional de la actora, dicha decisión se confirma dado que no fue objeto de apelación por la parte actora.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien además se surte el grado jurisdiccional de Consulta (fls. 151 y 152⁸), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁸ Por auto del 2 de octubre del 2019 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 171)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

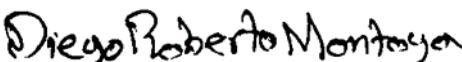
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO